

## Colaboradores:

---

- **Alberto Bastos Balazeiro**
- **Aloisio Cristovam dos Santos Junior**
- **Daniela Cristina Crepaldi**
- **Danilo Gonçalves Gaspar**
- **Fabiano Aragão Veiga**
- **Guilherme Guimarães Feliciano**
- **Leonardo de Moura Landulfo Jorge**
- **Leonardo Valverde Susart dos Santos**
- **Luciana Paula Conforti**
- **Luciano Martinez**
- **Maíra Guimarães Araújo de la Cruz**
- **Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos**
- **Murilo Carvalho Sampaio Oliveira**
- **Pedro Lino de Carvalho Júnior**
- **Renata Osório Caciquinho Bittencourt**
- **Rodolfo Pamplona Filho**
- **Rúbia Zantelli de Alvarenga**

Edição comemorativa:

**XXXII**  
**COMAT**  
CONGRESSO DE MAGISTRADOS  
TRABALHISTAS DA BAHIA

*Vistos etc.*

Revista da Associação dos Magistrados  
da Justiça do Trabalho da 5ª Região - BA

Em Homenagem ao magistrado  
Dr. Lysandro Tourinho Costa,  
*in memoriam.*

**Nº 19 • 2023**

**Amatra**  
Associação dos Magistrados da  
Justiça do Trabalho da 5ª Região - BA



## Autores:

---

- Alberto Bastos Balazeiro
- Aloisio Cristovam dos Santos Junior
- Daniela Cristina Crepaldi
- Danilo Gonçalves Gaspar
- Fabiano Aragão Veiga
- Guilherme Guimarães Feliciano
- Leonardo de Moura Landulfo Jorge
- Leonardo Valverde Susart dos Santos
- Luciana Paula Conforti
- Luciano Martinez
- Maíra Guimarães Araújo de la Cruz
- Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos
- Murilo Carvalho Sampaio Oliveira
- Pedro Lino de Carvalho Júnior
- Renata Osório Caciquinho Bittencourt
- Rodolfo Pamplona Filho
- Rúbia Zanotelli de Alvarenga

# Vistos etc.

**Nº 19 – 2023**

Revista da

**Amatra**

Associação dos Magistrados da  
Justiça do Trabalho da 5ª Região – BA



**REVISTA VISTOS**  
**Conselho Editorial**

- Leonardo de Moura Landulfo Jorge (Coordenador)
- Agenor Calazans da Silva Filho
- Aloisio Cristóvam dos Santos Junior
- Edilton Meireles de Oliveira Santos
- Guilherme Guimarães Ludwig
- Marcelo Rodrigues Prata
- Monique Fernandes Santos Matos
- Rodolfo Mario Veiga Pamplona Filho
- Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

**AMATRA5 – DIRETORIA**

**Presidente**

- Leonardo de Moura Landulfo Jorge

**Vice-presidente**

- Maria Angela Magnavita Sampaio

**Diretor de Prerrogativas**

- José Arnaldo de Oliveira

**Diretor-secretário**

- Paulo Viana de Albuquerque Jucá

**Diretora Tesoureira**

- Eloina Maria Barbosa Machado

**Diretor Cultural**

- Agenor Calazans da Silva Filho

**Diretor Social, Esporte e Lazer**

- Andrea Barbosa Mariani da Silveira Ludwig

**Diretora de Comunicação**

- Gabriela de Carvalho Meira Pinto

**Diretora de Aposentados e Pensionistas**

- Marama dos Santos Carneiro

**Diretora de Cidadania e Direitos Humanos**

- Maíra Guimarães Araújo de la Cruz

**Diretor da Ematra5**

- Danilo Gonçalves Gaspar

**CONSELHO FISCAL**

**Titulares:**

- Aloisio Cristovam dos Santos Junior
- Ana Paola Santos Machado Diniz
- Geruzia Martins de Amorim E Souza

**Suplentes:**

- Alexa Rocha de Almeida Fernandes
- Nadva Nascimento da Cruz
- Joalvo Carvalho de Magalhães Filho

**CONSELHO DE ÉTICA**

**Titulares:**

- Marcos Oliveira Gurgel
- Soraya Gesteira de Azevedo Lima Marques
- Fabiano de Aragão Veiga

**Suplentes:**

- Valtércio Ronaldo De Oliveira
- Adriana Silva Nico
- Monique Fernandes Santos Matos

Revista AMATRA-V: Vistos etc. / Associação dos Magistrados da  
Justiça do Trabalho da 5ª Região.

V. I, nº 19 (2023). – Salvador: AMATRA 5, 2023.

ISSN 977.2238-0353

1. Direito do trabalho – Brasil. 1. Associação dos Magistrados da  
Justiça do Trabalho da 5ª Região.

# Sumário

<b>Apresentação</b> .....	9	<b>dos trabalhadores durante a pandemia da Covid-19</b> .....	35
– <i>Leonardo de Moura Landulfo Jorge</i>		– <i>Maíra Guimarães Araújo de la Cruz</i>	
– <i>Agenor Calazans da Silva Filho</i>		Introdução .....	35
<b>Homenagem (in memorian) ao Dr. Lysandro Tourinho Costa</b> .....	11	1. As Normas Internacionais do Trabalho e os marcos mínimos de padrões sociais.....	36
– <i>Paulo Viana de Albuquerque Jucá</i>		2. As normas da OIT e o combate à violência e ao assédio no trabalho, no contexto da pandemia da Covid-19 .....	38
<b>A Reforma da Previdência e os possíveis impactos no direito de crescer nas indenizações por acidente de trabalho</b> .....	13	Quadro Resumo 1 – Razões para Ratificação da C. 190 e da R. 206 da OIT .....	39
– <i>Danilo Gonçalves Gaspar</i>		Considerações finais .....	43
– <i>Fabiano Aragão Veiga</i>		Referências.....	44
1. Introdução .....	13	<b>Liberdade religiosa no ambiente laboral: é lícito ao empregador instituir no contrato de trabalho cláusula que proíba o proselitismo religioso?</b> .....	45
2. Acidente de trabalho. Conceito, caracterização e consequências .....	14	– <i>Aloisio Cristovam dos Santos Junior</i>	
2.1. Elementos caracterizadores da responsabilidade civil em caso de acidente de trabalho.....	15	1. Introdução .....	45
2.2. Fixação da indenização devida aos dependentes/sucessores em caso de morte do trabalhador .....	16	2. Uma importante discussão semântica: o sentido da expressão proselitismo religioso .....	46
2.2.1. Noções gerais.....	16	3. A eficácia do direito fundamental à liberdade religiosa na relação de emprego...	47
2.2.2. Parâmetros da indenização: base de cálculo da pensão.....	18	4. A raiz fasciculada do proselitismo religioso: liberdade religiosa e liberdade de manifestação do pensamento .....	49
2.3. Novidade da Reforma da Previdência: art. 23, § 1º, da Emenda Constitucional n. 103/2019 .....	22	4.1. O proselitismo como posição jurídica essencial à configuração do direito fundamental à liberdade religiosa.....	50
3. Conclusões .....	23	4.2. O proselitismo como posição jurídica nuclear da liberdade de manifestação de pensamento .....	53
4. Referências .....	24	5. A (in)constitucionalidade de cláusula vedatória do proselitismo religioso .....	54
<b>A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a proteção ao acesso à justiça</b> ...	25	6. Conclusões .....	57
– <i>Leonardo de Moura Landulfo Jorge</i>		7. Referências bibliográficas .....	57
1. Introdução.....	25	<b>O salário por “tarefa” digital: o assalariamento praticado pelas plataformas digitais de trabalho</b> .....	59
2. Do direito fundamental ao acesso à justiça..	26	– <i>Murilo Carvalho Sampaio Oliveira</i>	
3. Da proteção internacional do acesso à justiça .....	28	1. Introdução .....	59
4. O caso empregados da fábrica de fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares VS. Brasil.....	29	2. Contextualizando o trabalho em plataformas digitais.....	60
5. Conclusões .....	32		
6. Referências .....	33		
<b>As diretrizes da Organização Internacional do Trabalho para a proteção</b>			

3. Formas (tipos) salariais na relação de emprego .....	62	3. Dever de zelo na administração da sociedade e a governança de algoritmos .....	104
4. O salário por tarefa em plataformas digitais.....	64	3.1. Densificação dos deveres de cuidado e lealdade.....	104
5. Trabalho dependente e proteção trabalhista .....	67	3.2. A governança algorítmica como manifestação do dever de cuidado .....	107
6. Conclusões .....	69	4. Responsabilidade dos administradores por danos causados pelos sistemas dotados de inteligência artificial.....	109
Referências.....	70	4.1. O regime geral de responsabilidade subjetiva.....	109
<b>O dano existencial trabalhista</b> .....	73	5. Conclusões .....	112
– <i>Alberto Bastos Balazeiro</i>		Referências.....	113
– <i>Luciano Martinez</i>		<b>Reforma trabalhista, o futuro e o acesso à justiça</b> .....	115
– <i>Pedro Lino de Carvalho Júnior</i>		– <i>Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos</i>	
Introdução .....	73	– <i>Renata Osório Caciquinho Bittencourt</i>	
1. A crise dos paradigmas clássicos da responsabilidade civil.....	74	– <i>Daniela Cristina Crepaldi</i>	
2. Conceito de dano. Danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais .....	75	1. Introdução.....	115
3. Dano existencial e direito do trabalho .....	76	2. O direito fundamental ao acesso à justiça ....	116
3.1 Elementos caracterizadores do dano existencial.....	76	3. Reforma trabalhista e a frustração do “adorável mundo novo” liberal.....	117
3.1.1. Dano a um projeto de vida.....	78	4. Um olhar para o futuro pela ótica constitucional humanista: o acesso à justiça como instrumento de inclusão e justiça social.....	123
3.1.2. Dano à vida relacional .....	80	5. Considerações finais .....	124
3.2. Algumas distinções conceituais.....	81	Bibliografia.....	125
3.3. Prova.....	83	<b>Discriminação racial e assédio moral no trabalho</b> .....	127
3.4. Fixação do valor reparatório .....	85	– <i>Rúbia Zanotelli de Alvarenga</i>	
4. Considerações finais .....	86	Introdução .....	127
Referências bibliográficas.....	87	1. Discriminação e direito do trabalho.....	128
<b>Sobre o assédio eleitoral no direito do trabalho: as novas veredas do velho coronelismo à brasileira</b> .....	89	2. Discriminação racial e assédio moral no trabalho .....	131
– <i>Guilherme Guimarães Feliciano</i>		Conclusão .....	135
– <i>Luciana Paula Conforti</i>		Referências.....	136
1. À guisa de introdução: aspectos gerais, penais e sociológicos.....	89	<b>O crime de perseguição (stalking) e os efeitos da sentença criminal na jurisdição trabalhista</b> .....	137
2. O direito ao trabalho e ao voto livre como direitos humanos fundamentais .....	92	– <i>Luciano Martinez</i>	
3. Práticas antidemocráticas dirigidas aos trabalhadores e coronelismo .....	95	– <i>Pedro Lino de Carvalho Júnior</i>	
4. Considerações finais .....	97	1. Considerações iniciais.....	137
Referências .....	97	3. A competência da Justiça do Trabalho para o processamento da <i>actio civilis ex delicto</i> .....	143
<b>Governança algorítmica e a responsabilidade civil dos administradores perante as sociedades empresárias pela contratação e/ou desenvolvimento de sistemas dotados de inteligência artificial</b> .....	99	4. Os reflexos da sentença condenatória criminal prolatada contra empregado <i>stalker</i> em relação ao empregador.....	146
– <i>Leonardo Valverde Susart dos Santos</i>		5. A eventual suspensão da ação trabalhista para se aguardar o desfecho da ação penal..	146
1. Introdução .....	99		
2. O risco inerente à utilização dos sistemas dotados de inteligência artificial nas atividades empresariais .....	100		

6. A atuação do Ministério Público do Trabalho em casos de <i>stalking</i> .....	148	2. Globalização – aspectos conceituais.....	153
7. Conclusão.....	151	3. Fundamentos do Direito do Trabalho .....	154
Referências .....	152	4. Globalização e flexibilização do Direito do Trabalho.....	155
<b>A nova face do Direito do Trabalho e a globalização.....</b>	<b>153</b>	5. Os novos desafios do Direito do Trabalho em uma sociedade globalizada.....	<b>155</b>
– <i>Rodolfo Pamplona Filho</i>		6. Considerações finais .....	156
1. Introdução .....	153	7. Bibliografia citada e consultada.....	157





# Apresentação

Voltamos a nos encontrar em mais um COMAT – Congresso de Magistrados Trabalhistas da Bahia – e, no ensejo lançamos a edição nº 19 da nossa Revista “VISTOS ETC.”

Neste ano de 2023, quando a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT completa oito décadas, assistimos com certa perplexidade ataques de diversas origens ao arcabouço de proteção e valorização do trabalho. Os argumentos são de ordens várias. Desde a injusta acusação de que a CLT padece de vetustez até a falaciosa argumentação de que sua existência reprime geração de emprego!

O processo histórico-legislativo trabalhista brasileiro, pode ser distinguido em períodos de fluxos e refluxos no sistema de proteção ao trabalho assalariado, consideradas as seguintes fases: o período de institucionalização do Direito do Trabalho, dos anos 1930 a 1945; o período de expansão da legislação trabalhista, de 1945 a 1988; o período de consolidação democrática constitucional do Direito do Trabalho brasileiro, com a Constituição de 1988; e a fase de intensa flexibilização trabalhista, sobretudo com a denominada reforma trabalhista, da Lei n. 13. 467/2017.

O ambiente reformista que estamos atravessando enseja considerações inovadoras que desafiam o sistema de tutela do trabalho. Tais novas considerações produzem atos normativos e decisões judiciais que agredem a estrutura em que se ampara a rede de proteção e valorização do trabalho. Entre os exemplos, estão o direito à retroatividade nas negociações coletivas e a criação de mecanismos de precarização, como o trabalho intermitente. Urge discutir a conformação, legalidade e constitucionalidade desses atos normativos e dessas decisões judiciais, por isso que no nosso COMAT teremos por tema central o “NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO TRABALHO”.

A edição nº 19 da nossa Revista “VISTOS ETC.” apresenta artigos de estudiosos desse mesmo tema.

A AMATRA5 agradece a colaboração dos estimados articulistas.

Boa leitura a todos e todas.

*Salvador, 21 de outubro de 2023.*

**LEONARDO DE MOURA LANDULFO JORGE**

*Presidente da Amatra 5*

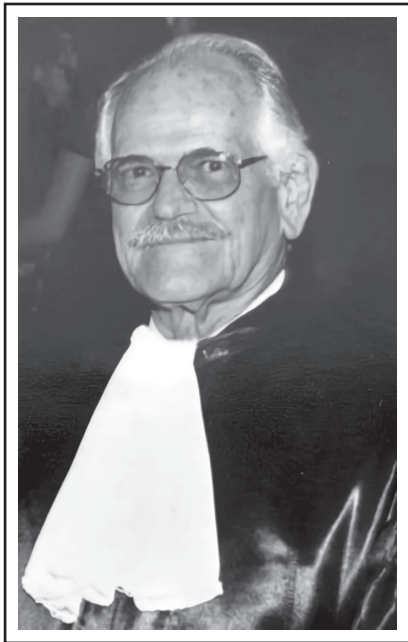
**AGENOR CALAZANS DA SILVA FILHO**

*Diretor Cultural da Amatra 5*



# Homenagem (*in memoriam*) ao Dr. Lysandro Tourinho Costa

*Paulo Viana de Albuquerque Jucá\**



*Dr. Lysandro Tourinho Costa*

“Nomeado para exercer o cargo de Juiz do Trabalho Substituto pelo Decreto do Presidente da República, de 18/09/1978, publicado no Diário Oficial da União, edição de 19/09/1978, com posse e exercício em 03/10/1978. Promovido, por merecimento, em 03/08/1983, para o cargo de Juiz do Trabalho Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Conceição do Coité, mediante Decreto Presidencial de 02/08/1983, publicado no Diário Oficial da União, edição de 03/08/1983.

Removido, a pedido, para as seguintes Juntas: 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Camaçari, a partir de 04/09/1990; 8ª Junta de Conciliação e Julgamento de Salvador, a partir de 12/08/1991; 7ª Junta de Conciliação e Julgamento de Salvador, a partir de 21/11/1991.

Promovido, pelo critério de merecimento para exercer o cargo de Juiz Togado deste Egrégio Tribunal, mediante Decreto do Excelentíssimo Senhor Presidente da República, de 25/02/1993, publicado no Diário Oficial da União, de 26/02/1993, com posse em 26/02/1993.

Eleito Presidente da Quarta Turma para o biênio de 1993/1995, na Sessão Ordinária de 26/10/1993; Presidente da Terceira Turma, para o biênio de 1997/1999, na Sessão Ordinária de 16/12/1997; Vice-Corregedor Regional, deste Egrégio Tribunal para o biênio de 1999/2001, com posse em 05/11/1999; posteriormente foi eleito Vice-Presidente deste Tribunal para o biênio 2001/2003, com posse em 05/11/2001.” (Registros do TRT – 5ª Região)

Essa foi a trajetória desse homem notável no TRT da 5ª Região, colega e amigo de todos nós.

Contava eu com 13 anos ou pouco mais quando conheci Dr. Lysandro.

Morava com meus pais na casa do Rio Vermelho, no alto do morro, de vista para o mar.

De forma habitual, nos almoços de sábado, meu pai, auditor fiscal aposentado, recebia os amigos para rodadas de uísque, ao som de voz e violão, e foi nesse espaço que conheci o meu saudoso mestre e amigo.

Na ocasião, eu era ainda mais tímido e, se tinha insegurança em puxar conversa com adultos em geral, conversar com uma autoridade era de tremer as pernas. Afinal, era o único juiz que conhecia.

Os sábados se repetiam na velocidade implacável do tempo e, já estando advogado e Dr. Lysandro desembargador, fui convidado a ser seu assessor.

No gabinete, conheci um outro Dr. Lysandro, bem diferente daquele homem sorridente e atlético, de camisa polo, bermuda e mocassim. Era um Dr. Lysandro de paletó e gravata, sério e cômico da enorme responsabilidade de ser magistrado.

---

(\*) Juiz Titular da 7ª vara de Salvador.

A propósito, sua seriedade já me havia sido revelada na casa de um cunhado por Dr. Joaquim Almeida, que dizia: “Lysandro é o juiz mais sério que conheço”.

Na assessoria, recebi de Dr. Lysandro críticas, elogios e estímulos, todos mais do que suficientes a despertar em mim o gosto pela magistratura.

Vi que estava diante de um homem inteligentíssimo e de um juiz com pensamento lúcido, claro e conciso. Utilizava, como poucos, seu poder de síntese e me dizia da objetividade das decisões de Dr. Rosalvo Torres, a quem apontava como paradigma.

Aproveitei as correções como se fossem aulas e, assim, reaprendi a pensar o direito.

Os elogios deram uma guinada na minha combalida autoestima. Como me fizeram bem!

Não posso deixar de mencionar o quanto ele era querido por todos, sem exceção. No gabinete, era venerado.

Com a sua aposentadoria em 2001, seguida do falecimento de meu pai em 2002, meu contato com Dr. Lysandro foi ficando mais espaçado, e, mais ainda, quando decidi fazer, eu próprio, as minhas declarações de Imposto de Renda. Sim, Dr. Lysandro, além de tudo, dedicava parte do seu tempo ao preenchimento das declarações de imposto de renda de amigos – e o fazia com grande prazer.

Não posso concluir essas breves palavras sem ressaltar o homem assaz dedicado à família, amoroso com sua doce esposa Lygia e sempre orgulhoso dos filhos Sergio e Cláudio, das noras e netos. Uma curiosidade: cada filho, na profissão, foi uma parte do pai – um auditor fiscal da União e o outro magistrado do trabalho.

Finalizo – ainda tendo muito a dizer –, que conhecer Dr. Lysandro foi um diferencial em minha vida e trabalhar com ele uma benção de Deus, a proporcionar-me a descoberta de uma vocação até então adormecida.

Senti muitíssimo a sua perda.

Um grande homem.

Minha estima é eterna.

# A Reforma da Previdência e os possíveis impactos no direito de crescer nas indenizações por acidente de trabalho

Danilo Gonçalves Gaspar\*

Fabiano Aragão Veiga\*\*

**RESUMO:** A Reforma da Previdência, efetivada pela Emenda Constitucional n. 103/2019, alterou diversos direitos sociais previstos na própria Constituição da República de 1988, relacionados aos benefícios previdenciários e assistenciais, entre eles os relacionados ao benefício de pensão por morte. A análise do tema se faz necessária, ante a edição de normas que podem impactar nas indenizações decorrentes de acidente de trabalho com morte do trabalhador.

**ABSTRACT:** The Pension Reform, effected by Constitutional Amendment n. 103/2019, changed several social rights provided for in the 1988 Constitution of the Republic, related to social security and assistance benefits, including those related to the death pension benefit. The analysis of the theme is necessary, in view of the edition of norms that can impact on the indemnities resulting from work accident with death of the worker.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Acidente de trabalho: Conceito, caracterização e consequências. 2.1 Elementos caracterizadores da responsabilidade civil em caso de acidente de trabalho. 2.2 Fixação da indenização devida aos dependentes/sucessores em caso de morte do trabalhador. 2.2.1 Noções gerais. 2.2.2 Parâmetros da indenização: base de cálculo da pensão. 2.3 Novidade da Reforma da Previdência: art. 23, § 1º, da Emenda Constitucional n. 103/2019. 2.4 (In)aplicabilidade do art. 23, § 1º, da Emenda Constitucional n. 103/2019 às indenizações devidas pelo empregador em decorrência de acidente de trabalho. 3. Conclusões. 4. Referências

## 1. INTRODUÇÃO

Após intenso debate no meio político, jurídico e econômico, a Reforma da Previdência, promovida pela Emenda Constitucional n. 103/2019, foi aprovada.

Trata-se, indubitavelmente, da aprovação de um dos projetos legislativos mais polêmicos dos últimos anos, decorrente da Proposta de Emenda Constitucional n. 6/2019.

De acordo com a Exposição dos Motivos da PEC n. 6/2019<sup>1</sup>, na parte que mais interessa ao presente estudo:

(...) A presente proposta estabelece nova lógica mais sustentável e justa de funcionamento para a previdência social, regras de transição, disposições transitórias e dá outras providências. A adoção de tais medidas mostra-se imprescindível para garantir, de forma gradual, a sustentabilidade do sistema atual, evitando custos excessivos para as futuras gerações e comprometimento do pagamento dos benefícios dos aposentados e pensionistas, e permitindo a construção de um novo modelo que fortaleça a poupança e o desenvolvimento no futuro.

(...)

O ajuste, ora proposto, busca maior equidade, convergência entre os diferentes regimes previdenciários, maior separação entre previdência e assistência e a sustentabilidade da nova previdência, contribuindo para a redução do elevado comprometimento dos recursos públicos com despesas obrigatórias, o que acaba por prejudicar investimentos em saúde, educação, segurança e infraestrutura.

(\*) Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região. Mestre em Direito Privado e Econômico (UFBA). Membro do Instituto Bahiano de Direito do Trabalho (IBDT). Professor de Direito e Processo do Trabalho.

(\*\*) Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 05ª Região. Mestre em Constitucionalização do Direito pela Universidade Federal de Sergipe. Especialista em Direito e Processo do trabalho pelo Instituto Excelência (Juspodivm). Especialista em Direito Constitucional pela Escola Judicial do TRT da 5ª Região (convênio com a Universidade Federal da Bahia).

1. [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mos\\_trarintegra;jsessionid=2CF1A903A12BC7ECD786EF10A0EDDC09.proposicoesWebExterno2?codteor=1712459&filename=Tramitacao-PEC+6/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mos_trarintegra;jsessionid=2CF1A903A12BC7ECD786EF10A0EDDC09.proposicoesWebExterno2?codteor=1712459&filename=Tramitacao-PEC+6/2019): Acesso em 12 de maio de 2020.

(...).

Percebe-se, pois, que a proposta teve como principal justificativa a equalização dos gastos públicos, evitando, segundo a referida exposição dos motivos, custos excessivos e possibilitando a criação de um sistema previdenciário equilibrado, de sorte a atender às gerações futuras.

Nesse contexto, a reforma da previdência implicou alteração de diversos direitos sociais previstos na própria Constituição Federal de 1988, quais sejam os direitos relacionados aos benefícios previdenciários e assistenciais, além de trazer novos regramentos a determinados direitos até então previstos apenas na legislação infraconstitucional, notadamente nas Leis n. 8.212/91 e 8.213/91.

Como se sabe, o Direito é um todo unitário, daí porque há diversas críticas às classificações historicamente elaboradas, sendo certo que a alteração de normas aparentemente específicas de determinado ramo jurídico podem impactar, consideravelmente, na disciplina de determinado instituto de outro ramo.

Há muito que se reconhece uma íntima relação entre o Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho, sendo nítido o caráter social de tais disciplinas, reconhecido pela própria Constituição da República de 1988 (art. 6º). Ambos os ramos jurídicos são, desse modo, direitos fundamentais de segunda dimensão.

Essa relação entre tais disciplinas não passou despercebida pela doutrina, tanto assim que, de acordo com os ensinamentos de Maurício Godinho Delgado<sup>2</sup>:

Os vínculos do Direito do Trabalho com o ramo previdenciário (ou de seguridade social) são históricos: os dois segmentos jurídicos praticamente nasceram do mesmo processo de intervenção do Estado no mercado de trabalho, a partir da segunda metade do século XIX, na Europa Ocidental.

Hoje tais vínculos preservam-se estreitos, inclusive pelo fato de parte significativa da arrecadação da Previdência Oficial, no sistema brasileiro, originar-se da folha de salários das empresas, tomando como base de cálculo, no caso dos empregados, as verbas de natureza salarial por eles recebidas, inclusive as equiparadas aos salários para

tais fins, como as gorjetas (arts. 29, § 1º e 457, caput. CLT).

Entre as múltiplas alterações promovidas pela Emenda Constitucional n. 103/2019, e com possível impacto no Direito do Trabalho, encontra-se a 23, § 1º, segundo a qual, em caso de concessão do benefício de pensão por morte a mais de um beneficiário, as cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes.

Destarte, o presente estudo busca analisar possível impacto de tal alteração legislativa no campo do Direito do Trabalho, especialmente na fixação da indenização por danos materiais em caso de acidente de trabalho, como morte do trabalhador, e condenação do empregador no pagamento de pensão mensal aos dependentes do falecido.

Vale dizer, busca-se analisar a possibilidade de transporte da norma previdenciária para as relações trabalhistas, em que se discute obrigação do empregador de reparar o dano em benefício dos familiares do trabalhador falecido, vítima de acidente de trabalho.

## 2. ACIDENTE DE TRABALHO. CONCEITO, CARACTERIZAÇÃO E CONSEQUÊNCIAS

O acidente de trabalho é tema que merece a atenção dos estudiosos, sobretudo do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário, sendo um dos assuntos que mostra a íntima relação entre tais ramos jurídicos, ambos caracterizados fortemente pelo caráter social.

É que, uma vez configurado o acidente de trabalho, incidem diversas normas que versam sobre as múltiplas consequências desse fato jurídico, destacando-se as seguintes: a) responsabilização contratual, com interrupção do contrato de trabalho seguida de eventual suspensão contratual (art. 476 da CLT; art. 59 da Lei n. 8.213/91); b) concessão de benefício previdenciário pela Previdência Social (art. 476 da CLT; art. 59 da Lei n. 8.213/91); c) reconhecimento da estabilidade acidentária (art. 118 da Lei n. 8.213/91; Súmula n. 378 do TST); d) responsabilização civil do empregador, com a obrigação de reparar os danos causados à vítima (materiais e imateriais).

Em termos conceituais, de acordo com definição do art. 19 da Lei n. 8.213/91, com redação dada pela Lei n. 150/2015, acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício

2. Delgado, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª ed. São Paulo: LTr, 2015, pg 84.

do trabalho dos segurados especiais, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Trata-se, aqui, do chamado acidente de trabalho típico, caracterizado pela ocorrência de fato inesperado e bem delimitado no tempo, que surpreende o trabalhador (ilustrativamente, caso do infortúnio de queda livre, em razão do rompimento do sistema de sustentação de um elevador).

A par dessa hipótese, há, ainda, a possibilidade de ocorrência de doenças ocupacionais (art. 20 da Lei n. 8.213/91), bem assim dos chamados acidentes de trabalho por equiparação (art. 21 da Lei n. 8.213/91).

Especificamente quanto às doenças ocupacionais, elas podem ser profissionais/tecnopatia/ergopatia (produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante de lista elaborada pelo Ministério da Previdência Social, competência atualmente exercida pelo Ministério da Economia) ou doenças do trabalho/mesopatia (adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizada e com ele se relacione diretamente, constante da referida lista).

Importante destacar que as doenças ocupacionais estão listadas no anexo II do Regulamento da Previdência Social (Decreto n. 3.048/99, com redação dada pelo Decreto n. 6.957/2009), ressalvando-se, contudo, que não se trata de rol taxativo, na medida em que o INSS, uma vez constatando que a enfermidade, embora não catalogada, resultou das condições especiais em que o trabalho é prestado e com ele se relaciona diretamente, deverá considerá-la como acidente de trabalho (art. 20, § 2º, da Lei n. 8.213/91).

Já os acidentes de trabalho por equiparação legal (art. 21 da Lei n. 8.213/91) constituem determinados eventos que têm na atividade laboral uma causa indireta, quando, por exemplo, ainda que fora do horário e local de trabalho, o empregado se acidenta, ao prestar serviços de forma espontânea à empresa para lhe evitar prejuízos ou proporcionar proveito.

## **2.1. Elementos caracterizadores da responsabilidade civil em caso de acidente de trabalho**

Como visto, uma vez ocorrido o acidente de trabalho, possível o surgimento de uma série de

consequências, com a incidência de normas de conteúdo previdenciário, cível e trabalhista, decorrendo daí a possibilidade de responsabilização civil do empregador em face de um acidente de trabalho sofrido pelo trabalhador.

É que o Direito do Trabalho, enquanto conjunto de regras, princípios e institutos, tem como função central a melhoria das condições de trabalho, realizando, assim, a dignidade do ser humano trabalhador (art. 1º, III e IV e art. 7º, caput, ambos da CRFB/88).

Para sua materialização, contribui o Direito do Trabalho com uma gama de direitos destinados à proteção da higidez física e mental do trabalhador, de modo a permitir que o trabalho, mais do que não seja tratado como uma mercadoria, seja um instrumento de dignificação do homem.

Assim, a preservação do meio ambiente do trabalho (arts. 200, VIII e 225, da CRFB/88) e a redução dos riscos inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII, da CRFB/88) são medidas prioritárias na prevenção dos riscos laborais.

Entretanto, se tais medidas não forem suficientes e ocorra acidente de trabalho, com eventual dano ao trabalhador, o ordenamento jurídico brasileiro lança mão de um conjunto de normas destinadas à sua reparação, destacando-se, para tanto, o disposto no art. 7º, XXVIII, da CRFB/88.

Assim, além de contemplar regra de prevenção (art. 7º, XXII), a Carta Magna prevê também regra de repressão, garantindo ao trabalhador o recebimento de indenização a cargo do empregador quando da ocorrência de acidente de trabalho.

Em linhas gerais, possível afirmar que a responsabilidade civil pressupõe a presença dos seguintes requisitos (arts. 186, 187 e 927, todos Código Civil de 2002): a) conduta humana (comissiva ou omissiva); b) dano ou prejuízo; c) nexo de causalidade; d) culpa ou dolo, salvo na hipótese de reconhecimento de responsabilidade objetiva, inclusive em virtude de atividade de risco (por aplicação do parágrafo único do art. 927 do CC/2002, conforme tese firmada pelo STF no âmbito do julgamento do RE n. 828040).

Imprescindível, pois, como regra, para conformar a responsabilidade civil, a ação ou omissão do lesante, não se podendo negar, porém, que na maioria das vezes deve vir acompanhada do ânimo (dolo de ofender o direito de outrem) lesivo ou da chamada culpa stricto sensu, na qual o agente não visa causar prejuízo a vítima, mas de sua atitude

negligente, de sua imprudência ou imperícia decorre prejuízo a vítima.

Desse modo, uma vez ocorrido acidente de trabalho, possível o surgimento da responsabilidade civil do empregador, desde que preenchidos os seus pressupostos, ganhando destaque a obrigação do causador do dano de indenizar os dependentes/sucedores do falecido em caso de acidente de trabalho, ante a aplicação do disposto no art. 948 do Código Civil de 2002.

O dano material, vale lembrar, é composto dos lucros cessantes (o que razoavelmente deixou de lucrar) e do dano emergente (prejuízo verificado de plano, ilustrativamente, gastos com o tratamento).

Por oportuno, esclareça-se que com a morte do trabalhador ocorre a transferência da titularidade do crédito trabalhista para os dependentes/sucedores legais, a qual não se opera instantaneamente, mas mediante procedimento próprio previsto na Lei n. 6.858/80, com a apresentação do alvará pelos dependentes devidamente habilitados perante o INSS, independentemente de inventário ou de arrolamento. Neste sentido também, inclusive, o art. 666 do CPC/2015.

Assim, apenas na ausência de dependentes habilitados perante a Previdência Social, faz-se necessário aferir os sucessores/herdeiros, de acordo com o CC/2002.

## 2.2. Fixação da indenização devida aos dependentes/sucedores em caso de morte do trabalhador

A morte do trabalhador em decorrência de um acidente de trabalho gera, se presentes os requisitos necessários para configuração da responsabilidade civil, como visto, o dever de indenizar pelo empregador.

### 2.2.1. Noções gerais

É obrigação do empregador manter um meio ambiente de trabalho saudável e isento de riscos, cumprindo e fazendo cumprir as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (arts. 7º, XXII, 200, VIII, e 225, da Constituição da República de 1988; arts. 157 e 158 da CLT; art. 19, § 1º, da Lei nº 8.213/91; art. 16 da Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho-OIT). Assim, busca-se a prevenção, evitando a ocorrência de acidente de trabalho, com o surgimento do dever de indenizar.

Entretanto, não é qualquer acidente de trabalho que tem o efeito de fazer surgir o dever de indenizar.

Na linha do já mencionado, a responsabilidade civil do empregador em caso de acidente de trabalho se configura desde que presentes ação/omissão, dano, nexos de causalidade e culpa ou dolo, sendo certo que, diante do art. 7º, XXVIII, da Constituição da República de 1988, ainda que a culpa seja leve, há a obrigação de indenizar. Superada, neste aspecto, a súmula nº 229 do STF.

Assim, no âmbito da responsabilidade civil, a existência de dano é pressuposto indispensável para o surgimento do dever de indenizar: se não há prejuízo ou lesão, não há o que reparar/indenizar.

No que tange ao conceito de dano, ele deve ser entendido como o prejuízo efetivamente sofrido, podendo ser material ou imaterial (ilustrativamente, dano moral e dano estético).

Desse modo, apenas quando o acidente de trabalho, tal como caracterizado na Lei Previdenciária (Lei n. 8.213/91), provocar dano e preencher os demais requisitos da responsabilidade civil, será possível falar em nascimento do dever de indenizar.

Em caso de acidente de trabalho com o evento morte, tendo o trabalhador dependentes, esse dano é indiscutível, ante a presunção absoluta de dependência econômica.

Neste sentido, inclusive, os ensinamentos de Sebastião Geraldo de Oliveira<sup>3</sup>:

Para o deferimento das indenizações ao acidentado será necessário conferir se estão presentes todos os pressupostos da responsabilidade civil, quais sejam: o dano, o nexo causal e a culpa do empregador. Se prevalecer a teoria da responsabilidade objetiva abordada no Capítulo 5, a comprovação do dano e do nexo causal já será suficiente para a condenação.

Todavia, não é todo acidente do trabalho que gera o direito à indenização, ainda que perfeitamente caracterizados o nexo causal e a culpa do empregador. O ressarcimento só ocorrerá se o acidente causar algum tipo de dano ao empregado, que tanto pode ser material, moral, estético ou qualquer outro prejuízo. Mesmo não detalhando todas as espécies de danos, o Código Civil reserva espaço para incluir outras reparações ou algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido, ou seja, se

3. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013. Pg. 230.



ficar demonstrado qualquer dano juridicamente considerável, causado pelo acidente, pode ser cabível o deferimento da indenização correspondente.

É indiscutível que os acidentes fatais, a invalidez, a perda parcial da capacidade de trabalho ou o afastamento prolongado provocam danos reparáveis. É fácil também perceber o dano quando o empregado sofre alguma lesão estética, mesmo que isso não prejudique sua capacidade de trabalho, como, por exemplo, a perda parcial de uma orelha. Nessas hipóteses, se os demais pressupostos estiverem presentes, a indenização será devida.

O dano material, objeto de análise do presente estudo, é o prejuízo financeiro decorrente da diminuição do patrimônio do lesado.

Na linha do já mencionado, o dano material, de acordo com o art. 402, Código Civil de 2002, abrange o que a vítima efetivamente perdeu (danos emergentes) e o que razoavelmente deixou de lucrar (lucros cessantes ou negativos).

O dano emergente, prejuízo imediato da vítima, não será objeto de análise detalhada no presente estudo. De todo modo, cabe destacar que se refere às despesas necessárias em razão do evento, no caso de acidente de trabalho fatal, gastos com remoção do corpo e com o funeral (art. 948, I, do CC/2002).

Já os chamados lucros cessantes, objeto de maior interesse ao presente estudo, dizem respeito aos valores que a vítima deixou de ganhar, ou seja, a perda patrimonial ao longo do tempo.

O Código Civil de 2002, no art. 948, trata dessas duas hipóteses de dano:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima

Com efeito, os lucros cessantes mencionados no art. 402, e indicados, no art. 948, II, ambos do Código Civil, como “prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia”, se referem, desse modo, à privação dos ganhos futuros, ou seja, aos valores que não poderão ser auferidos pela vítima em virtude do evento danoso.

Deve ser apurado com razoabilidade, não sendo exigido, de um lado, certeza do ganho nem, de outro

lado, se contentando com a mera e hipotética possibilidade de ganho. É preciso, pois, que o ganho seja um fato provável.

A respeito desse ponto, ensina ainda Sebastião Geraldo de Oliveira<sup>4</sup>:

Além das perdas efetivas dos danos emergentes, a vítima pode também ficar privada dos ganhos futuros, ainda que temporariamente. Para que a reparação do prejuízo seja completa, o art. 402 do Código Civil determina o cômputo dos lucros cessantes, considerando-se como tais aquelas parcelas cujo recebimento, dentro da razoabilidade, seria correto esperar. Em decorrência desse comando, não deve ser considerada a mera probabilidade de alguma renda, nem se exige, por outro lado, certeza absoluta dos ganhos. O critério de razoabilidade expresso na lei indica que a apuração deverá ser norteadada pelo bom-senso e pela expectativa daquilo que ordinariamente acontece. Com apoio nessa diretriz, é correto prever que o acidentado continuaria no emprego, recebendo os seus salários normais com as devidas correções alcançadas pela categoria profissional. É verdade que esse empregado poderia vir a ser promovido recebendo salários mais elevados, nas também seria possível imaginar que poderia ficar desempregado ou ser vítima de alguma doença grave. Para fugir dessas cogitações que estão no mundo do imponderável deve o intérprete procurar sustentação em dados mais concretos e dentro da razoabilidade.

Nesse ponto, cumpre destacar que eventual concessão, pela Autarquia Previdenciária, de Benefício de Pensão por Morte em decorrência de acidente de trabalho (B – 93) não impede o reconhecimento ao direito à indenização em virtude da responsabilidade civil, de natureza autônoma e independente.

Vale dizer, é possível a cumulação do benefício concedido pelo INSS com as indenizações devidas pelo empregador, de modo que não há falar nem mesmo em compensação entre os valores percebidos a título de benefício previdenciário e as indenizações deferidas, na medida em que os fatos geradores são diversos, sendo possível o recebimento simultâneo (inteligência da Súmula n. 229 do STF).

É que a CRFB/88 (art. 7º, XXVIII) dispõe que a responsabilidade civil do empregador independe de recebimento do benefício previdenciário, norma

4. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 7. ed. rev. c atual. São Paulo: LTr, 2013. Pg. 233.

complementada pelo art. 121, da Lei n. 8.213/91, segundo o qual “O pagamento de prestações pela Previdência Social em decorrência dos casos previstos nos incisos I e II do caput do art. 120 desta Lei não exclui a responsabilidade civil da empresa”.

Desse modo, a cobertura previdenciária, decorrente inclusive de contribuição específica para fazer frente aos benefícios acidentários, mediante o recolhimento da contribuição adicional prevista no art. 22, II, da Lei n. 8.212/91, conhecida como SAT, sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados e trabalhadores avulsos, com percentual de 1%, 2% ou 3%, a depender do nível de risco de acidente de trabalho cuja empresa se enquadrar com leve, médio ou grave, não contempla indenização ao trabalhador, mas apenas visa garantir sobrevivência mínima dos beneficiários (segurados e/ou dependentes).

Nesse sentido, inclusive, caminha a jurisprudência, sendo o tema pacificado pelo STJ, ainda na época em que as questões relativas à indenização por acidente de trabalho eram julgadas pela Justiça Estadual (STJ. 4- Turma. AgRg no Ag. n. 540.871/PR, Rel.: Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ 22 mar. 2004; REsp 823.137/MG, Relator Ministro Castro Filho, Terceira Turma, DJ 30.6.2006).

Em idêntico sentido, o atual posicionamento do TST:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. JUROS DE MORA. O e. TRT decidiu em consonância com a iterativa, notória e atual jurisprudência deste Tribunal, consubstanciada na Súmula 439 do TST, segundo a qual: “Nas condenações por dano moral, a atualização monetária é devida a partir da data da decisão de arbitramento ou de alteração do valor. Os juros incidem desde o ajuizamento da ação, nos termos do art. 883 da CLT”. Incide, portanto, a Súmula nº 333 desta Corte como óbice ao prosseguimento da revista, a pretexto da alegada ofensa aos dispositivos apontados. Agravo não provido. PENSÃO MENSAL. CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO. Em razão de provável caracterização de má aplicação do art. 950 do Código Civil, dá-se provimento ao agravo para melhor examinar o recurso de revista. Agravo provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PENSÃO MENSAL. CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. BASE

DE CÁLCULO. Em razão de provável ofensa ao art. 950 do CC, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o prosseguimento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PENSÃO MENSAL. CUMULAÇÃO COM BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. POSSIBILIDADE. BASE DE CÁLCULO. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que é permitida a cumulação do pagamento de indenização por dano material decorrente de acidente de trabalho ou de doença ocupacional com o recebimento pelo empregado de benefício previdenciário. Isso em razão de referidas parcelas derivarem de fatos geradores distintos. Precedentes. Não obstante, o Regional condenou a reclamada no pagamento, apenas, da diferença entre o último salário recebido pelo reclamante, quando em atividade, e o benefício recebido do órgão previdenciário. Ao assim decidir, o incorreu violação do art. 950 do Código Civil. Recurso de revista conhecido e parcialmente provido (ARR-179-96.2014.5.02.0442, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 08/05/2020).

RECURSO DE REVISTA DO AUTOR. LEI 13.467/2017. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA CONSTADA. A jurisprudência desta Corte tem se manifestado no sentido de que a possibilidade do exercício de outra atividade laboral, compatível com a limitação, não afasta o direito à pensão na forma prevista no artigo 950 do Código Civil, na hipótese de perda parcial da capacidade laborativa, inexistindo incompatibilidade de cumulação da indenização por dano material com a reintegração no emprego. Recurso de revista conhecido e provido (RR-1000353-96.2015.5.02.0719, 7ª Turma, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, DEJT 30/04/2020).

Como se vê, trata-se, de fato, de tema também praticamente já pacífico no âmbito do TST.

### **2.2.2. Parâmetros da indenização: base de cálculo da pensão**

Quanto aos parâmetros que devem ser levados em consideração na fixação da “prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia” (art. 948, II, Código Civil de 2002), trata-se de tema controvertido, sem a existência de balizas legais específicas.

Com a morte do trabalhador, há extinção do contrato de trabalho, com a interrupção dos ganhos até então auferidos. Desse modo, a indenização civil tem por escopo assegurar ao grupo familiar do falecido um padrão de vida semelhante ao até então vivenciado.

O primeiro aspecto a ser considerado na fixação do valor é que a indenização deve levar em conta a extensão do dano, a renda do falecido, e não as necessidades do grupo familiar, nem tampouco a capacidade econômica do lesado.

Ademais disso, entende-se que a indenização deve se dar mediante o pagamento de pensão mensal, sendo inaplicável, como regra, o disposto no art. 950, parágrafo único, que faculta a vítima exigir que a indenização seja paga de uma única vez. É que tal dispositivo regula a situação em que a vítima (que permaneceu viva), e não os seus dependentes, postula a indenização.

Além disso, o pensionamento, em razão da morte do trabalhador, tem uma série de variáveis, como, ilustrativamente, a limitação temporal da obrigação e a possibilidade de alteração dos beneficiários, aspectos que ficam prejudicados quando o pagamento é realizado em parcela única.

Por fim, ainda quanto a este ponto, o pagamento em parcela única, em determinadas situações, pode gerar excessivo ônus ao autor do dano, provocando, inclusive, o comprometimento das atividades empresariais, com prejuízo a outros trabalhadores, considerando ser a empresa um polo de manutenção de empregos.

No cálculo da indenização, deve-se levar em conta os efetivos rendimentos do trabalhador, a fim de se fixar uma indenização que esteja de acordo com o princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*), ou seja, a noção de que a indenização deve ser medida pela extensão do ano. De acordo com Sebastião Geraldo de Oliveira<sup>5</sup>:

Pelo princípio da *restitutio in integrum*, que orienta o cálculo da indenização, devem-se apurar os rendimentos efetivos da vítima, computando-se o valor do seu último salário, mais a média das parcelas variáveis habitualmente recebidas, tais como: horas extras, adicional noturno, adicional de insalubridade ou de periculosidade, acréscimos previstos em convenções coletivas etc.

(...)

Compõem, ainda, o cálculo da remuneração os valores correspondentes às utilidades fornecidas habitualmente pelo empregador, tais como: alimentação, habitação, vestuário e outras prestações in natura, salvo as exceções mencionadas (art. 458 da CLT).

Além das parcelas da remuneração, cabe acrescer à base de cálculo o valor relativo ao 13º salário, pelo seu duodécimo, ou determinar que no mês de dezembro de cada ano haja uma prestação adicional equivalente a tal vantagem. Se a vítima estivesse viva, com certeza estaria recebendo, por força de lei, a gratificação natalina, razão pela qual não seria correto excluir do pensionamento o referido valor.

Por outro lado, não cabe a integração no pensionamento da parcela referente às férias porque tal direito não representava aumento da renda anual do acidentado, já que seu principal objetivo era um repouso mais prolongado.

É razoável, todavia, computar o acréscimo correspondente ao adicional de 1/3 sobre as férias, também pelo seu duodécimo, porquanto esse valor compunha o conjunto dos rendimentos ao longo do ano. Também os valores do FGTS não devem ser incluídos na base de cálculo da pensão porque não faziam parte da renda habitual do trabalhador.

O cálculo da indenização tem como objetivo restaurar, do ponto de vista material, a situação existente antes do óbito. Para atingir esse propósito, a apuração do quantum da pensão deverá retratar com fidelidade os ganhos que efetivamente o acidentado morto auferia, tomando-se o cuidado para que a indenização não se transforme em fonte de enriquecimento nem em causa de empobrecimento dos beneficiários.

A par disso, na fixação da indenização, deve-se considerar que o falecido utiliza parte dos valores com seu próprio sustento, razão pela qual é razoável deduzir o valor de um terço (1/3) do valor correspondente a sua remuneração.

Estes e outros parâmetros utilizados na fixação da pensão mensal podem assim ser sintetizados:

- a) a pensão não se compensa com o benefício previdenciário;
- b) a pensão mensal é devida a partir do afastamento do trabalhador (morte);
- c) a pensão mensal sofre divisão pelo número dos herdeiros postulantes;

5. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2013. Pg. 289.

- d) por se tratar de pensão mensal, para que não haja defasagem, as parcelas vencidas e vincendas devem ser anualmente reajustadas de acordo com o percentual aplicável à categoria do “de cujus”;
- e) vencimento mensal de cada parcela da pensão até quinto dia útil de cada mês;
- f) deve-se autorizar a revisão do julgado, na forma do inciso I, do artigo 505, I do Código de Processo Civil – CPC de 2015;
- g) o termo final do recebimento da pensão é a data relativa a duração provável da vida vítima, apurado de acordo com tábua de mortalidade divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE
- h) os beneficiários, a princípio, são os relacionados como dependentes junto à Previdência Social (art. 16 da Lei n. 8.213/91);
- i) em caso de extinção do direito a um cota, no caso de haver mais de um dependente, o valor será destinado aos demais beneficiários.

Sobre esse último aspecto do acréscimo à cota dos demais beneficiários em virtude da extinção do direito por um deles (ilustrativamente, no caso de morte ou atingimento da idade limite de um dos beneficiários), trata-se de instituto conhecido como “direito de crescer”. No Direito Previdenciário está previsto, expressamente, no art. 77, § 1º, da Lei n. 8.213/91.

Tal direito decorre do fato de que é natural que o indivíduo, a vítima, no caso, uma vez cessados os gastos com um dos dependentes, direcionasse os valores, em maior montante, para outro dependente.

Com efeito, o termo final da pensão, em absoluto, como visto, ocorre na data da provável duração da vida vítima, ainda que nesta data os familiares ainda estejam vivos e satisfaçam os demais requisitos para manutenção do direito. Mas, é possível que cada dependente, isoladamente, deixe de ter direito, antes de se atingir a data limite da obrigação do devedor (vinculada à data da provável duração da vida vítima).

O direito de crescer tem sido reconhecido pela jurisprudência, na seara do direito civil e previdenciário, nas causas julgadas pelo STJ:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DA VÍTIMA. CULPA E NEXO CAUSAL. REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. PENSÃO

MENSAL DEVIDA AO FILHO. DIREITO DE ACRESCEER. DESPESAS DE FUNERAL. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. CONFIGURAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS, SEM ALTERAÇÃO NO RESULTADO DO JULGAMENTO.

1. A adoção de entendimento diverso por esta Corte quanto à culpa e à existência de nexo causal capaz de ensejar a responsabilização da embargante demandaria reexame de fatos e provas, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

2. A jurisprudência deste Tribunal orienta que “cabível o direito de crescer à viúva a parcela dos filhos, quando estes deixarem de receber a pensão” (AgRg no REsp 777.889/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 23.3.2011).

3. Entende ainda esta Corte ser desnecessária a comprovação das despesas de funeral da vítima.

4. A sucumbência recíproca ou em parte mínima, estabelecida pelo Tribunal de origem, envolve contexto fático-probatório, cuja análise e revisão revelam-se interditas a esta Corte Superior, em face do óbice contido na Súmula 7 do STJ.

5. Embargos de declaração acolhidos, sem alteração no resultado do julgamento.

(EDcl no AgRg no AREsp 151.072/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 11/09/2018)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. COMPROVAÇÃO DE VÍNCULO ENTRE O AUTOR DO DANO E A PESSOA DEMANDADA. BASE DE CÁLCULO DA PENSÃO. NECESSIDADE DE CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. QUESTÕES DE FATO.

SÚMULA N. 7 DO STJ. VALOR DOS DANOS MORAIS ARBITRADOS. TERMO FINAL E REVERSÃO DO PENSIONAMENTO. DESPESAS COM SEPULTAMENTO DA VÍTIMA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. SÚMULA N. 83 DO STJ.

1. A alegação genérica da existência de omissão no acórdão recorrido não é suficiente para demonstrar a ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973, exigindo-se do recorrente a prova de que a Corte local, embora provocada, não se pronunciou sobre matéria relevante para a solução da controvérsia.

2. A revisão do entendimento sobre a existência de vínculo entre a pessoa jurídica

demandada e o motorista responsável pelo acidente, a base de cálculo da pensão e a necessidade de constituição de capital é inviável em sede de recurso especial. Incidência da Súmula n. 7 do STJ.

3. Mostra-se de acordo com os parâmetros da jurisprudência do STJ a indenização estabelecida no equivalente a 450 (quatrocentos e cinquenta) salários mínimos a família de vítima fatal de acidente de trânsito.

4. No que se refere ao termo final da pensão, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que deve ocorrer na data em que o filho da vítima completa 25 (vinte e cinco) anos de idade, garantido o direito de a viúva crescer. Precedentes.

5. Sendo incontroverso o óbito, as despesas com o funeral são presumidas, de modo que é adequada sua fixação limitada ao mínimo previsto na legislação previdenciária, independentemente da comprovação dos gastos.

6. Conforme dispõe a Súmula n. 326 do STJ, "na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca".

7. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 113.612/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 06/06/2017)

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE POLICIAL CIVIL. AÇÃO INDEMNIZATÓRIA. PENSÃO MENSAL ÀS FILHAS. DANOS MATERIAIS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. VALOR DE 2/3 DOS RENDIMENTOS DA VÍTIMA ATÉ FILHAS COMPLETAREM 25 ANOS DE IDADE. PARA A VIÚVA ATÉ A IDADE PROVÁVEL DO DE CUJUS. PRECEDENTES. DIREITO DE A MÃE/VIÚVA ACRESCEM O VALOR RECEBIDO PELAS FILHAS.

1. A jurisprudência desta Corte é disposta no sentido de que o benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto têm origens distintas. O primeiro assegurado pela Previdência; e a segunda, pelo direito comum. A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba. Precedentes.

2. Configurada a possibilidade de cumulação da pensão previdenciária e os danos materiais, bem como a dependência econômica das filhas e viúva em relação ao de cujus, afirmada no acórdão recorrido, o valor da pensão mensal deve ser fixado em 2/3 (dois terços) do soldo da vítima, deduzindo que o restante seria gasto com seu sustento próprio, e é devida às filhas menores desde a data do óbito até o limite de 25 (vinte e cinco) anos de idade. Precedentes.

3. Quanto à viúva, a pensão mensal de 2/3 do soldo da vítima à época do evento danoso deverá ser repartida entre as filhas e a viúva, sendo que para as filhas deverá ser pago até a data em que elas completarem 25 anos de idade cada uma, e para a viúva, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, até a data em que a vítima (seu falecido cônjuge) atingiria idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro, prevista na data do óbito, segundo a tabela do IBGE. Precedentes.

4. Também é pacífico nesta Corte o entendimento jurisprudencial de ser possível crescer as cotas das filhas, ao completarem 25 anos, à cota da mãe. Precedentes.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1388266/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2016, DJe 16/05/2016)

E, também, quanto nas indenizações decorrentes de acidente de trabalho, apreciadas pelo TST:

(...)

ACIDENTE DE TRABALHO COM MORTE DO EMPREGADO. DANOS MATERIAIS. PENSÃO DOS HERDEIROS. TERMO FINAL DO PENSIONAMENTO DE UM DOS BENEFICIÁRIOS. REVERSÃO DA QUOTA PARTE EM FAVOR DOS DEMAIS BENEFICIÁRIOS.

1 – Cinge-se a controvérsia à existência do direito de crescer à pensão do beneficiário remanescente (esposa do falecido) a quota-parte da pensão de outro beneficiário que tenha atingido o seu termo final (filho menor de idade).

2 – É sabido que a reparação por ato ilícito deve se revestir de caráter compensatório, punitivo e pedagógico envolvida na responsabilidade do ofensor em toda sua extensão.

3 – No arbitramento da indenização correspondente, conforme o art. 944 do Código Civil, devem ser observadas as partes envolvidas na lide, a extensão do dano ocorrido e os seus efeitos, buscando

quantia suficiente a reparar o sofrimento do ofendido, sem, contudo, concorrer para o seu enriquecimento sem causa ou para o empobrecimento do ofensor.

4 – No caso de acidente do trabalho em que houve a morte do empregado, é impossível o retorno ao status quo ante, e a função compensatória da indenização somente não se esvazia por completo ante a transmissão da pretensão reparatória aos seus sucessores. A seu turno, o caráter punitivo já se encontra alcançado pela fixação da indenização que atinge a função de reprimenda. Por fim, tem-se a função pedagógica da sanção, quando se busca desestimular a conduta danosa praticada pelo ofensor.

**5 – Assim, em se tratando de dano material por ato ilícito, como no caso, o montante do pensionamento devido não pode ser diminuído em razão da cessão do pagamento da cota de um dos beneficiários. Havendo a cessação do pagamento de pensão a um dos beneficiários, sua cota-parte deve ser acrescida à pensão do outro.** Nesse sentido o julgado TST-ARR81300-53.2007.5.17.0191, de relatoria do Sr. Ministro Augusto César Leite de Carvalho. Há também julgados do STJ. (Processo: RR – 42500-56.2007.5.01.0043 – Fase Atual: AgR-E-ED – Tramitação Eletrônica; Número no TRT de Origem: RO-42500/2007-0043-01; Órgão Judicante: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais; Relator: Ministro Breno Medeiros) (Grifos não originais)

(...)

3. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA DEVIDA À VIÚVA E AOS FILHOS DO EMPREGADO FALECIDO EM ACIDENTE DE TRABALHO. PARÂMETROS DA CONDENAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. Diante da presunção de que a vítima dispunha de 1/3 dos seus rendimentos a título de despesas pessoais, a apuração do valor mensal da pensão devida aos dependentes do empregado falecido, calculada na proporção de 2/3 da última remuneração do empregado falecido, computadas as verbas de caráter permanente, atende ao princípio da reparação integral, consoante jurisprudência desta Corte, não havendo que se falar em inadequação do quantum arbitrado na origem. Precedente da SBDI-1. De outro lado, a projeção da expectativa de vida, fixada na sentença e confirmada pelo Tribunal Regional, segundo tabela do IBGE, adotada como justificativa para a imposição da obrigação por 42,7 anos, quando somada à idade do trabalhador à época do óbito (34

anos), acaba ultrapassando o limite de 72 (setenta e dois) anos estipulado na inicial, a caracterizar desrespeito ao Princípio da Adstrição (ou congruência). **Nestes termos, também necessária a observância da restrição relativa ao limite da obrigação destinada aos filhos, cujo cumprimento da idade de 25 (vinte e cinco) anos autoriza a reversão das respectivas quotas-partes à genitora, viúva do de cujus, consoante jurisprudência deste Tribunal.** Precedentes. Em caso análogo, já se pronunciou a SBDI-I deste Tribunal no sentido de que a desconsideração destes parâmetros, quando suscitados na inicial/contestação, enseja o reconhecimento de julgamento extra petita, a motivar a intervenção desta Corte, no particular. Recursos de revista conhecidos e providos. (...) (RR-1080-91.2010.5.02.0446, 5ª Turma, Relator Desembargador Convocado João Pedro Silvestrin, DEJT 06/12/2019). (Grifos não originais)

Fica evidente, portanto, que, até então, a jurisprudência (STJ e TST) nacional encontra-se consolidada no sentido de garantir, na ocasião da cessação do direito ao recebimento do pensionamento por um dos dependentes (por exemplo, um filho que completa 25 anos de idade), a reversão da sua cota-parte do pensionamento para o(s) herdeiro(s) ainda habilitado ao recebimento (a viúva, por exemplo, cujo direito ao recebimento da pensão se mantém até a sua morte ou até a data da provável duração da vida vítima, o que ocorrer primeiro).

### 2.3. Novidade da Reforma da Previdência: art. 23, § 1º, da Emenda Constitucional n. 103/2019

Na linha do mencionado anteriormente, a Reforma da Previdência promoveu uma série de mudanças no reconhecimento do direito aos benefícios previdenciários.

Entre tais mudanças, destaca-se a norma inserida no art. 23, § 1º, da EC n. 103/2019, que, ao tratar da pensão por morte, dispõe que “As cotas por dependente cessarão com a perda dessa qualidade e não serão reversíveis aos demais dependentes, preservado o valor de 100% (cem por cento) da pensão por morte quando o número de dependentes remanescente for igual ou superior a 5 (cinco).”.

Dessa forma, o § 1º do art. 77 da Lei n. 8.213/91, que previa o direito de crescer, revertendo em favor dos demais beneficiados a cota daquele cujo direito à pensão cessar, não foi recebido pela Emenda Constitucional n. 103/2019, para os novos óbitos.

É justamente esta mudança na legislação previdenciária que favorece o debate acerca da manutenção ou não do direito de acrescer às indenizações devidas pelo empregador em decorrência de acidente de trabalho.

## **2.4. (In)aplicabilidade do art. 23, § 1º, da Emenda Constitucional n. 103/2019 às indenizações devidas pelo empregador em decorrência de acidente de trabalho**

O tema é novo e ainda não foi amplamente debatido. Todavia, diante da alteração da Lei Previdenciária, há discussão, que não é meramente teórica, tendo importantes efeitos práticos, acerca da possibilidade de se entender que, a partir da Reforma da Previdência, eventual indenização devida pelo empregador, em razão de acidente de trabalho fatal, deve ser impactada pela inovação legislativa, de modo a impedir o direito de acrescer.

Sucedendo que, pelo contexto exposto anteriormente, defende-se no presente texto não ser possível a aplicação do disposto no art. 23, § 1º, da Emenda Constitucional n. 103/2019, às indenizações devidas pelo empregador em razão de acidente de trabalho.

Isto porque não se pode esquecer que, no particular, a Reforma da Previdência teve como principal fundamento a equalização dos gastos públicos, evitando, segundo a exposição de motivos proposta, custos excessivos e possibilitando, segundo defendido pelo Governo Federal, a criação de sistema previdenciário equilibrado, de sorte a atender as gerações futuras.

Por conseguinte, houve uma restrição na concessão e pagamento de benefícios previdenciários, tendo em vista a necessidade de manutenção do sistema previdenciário, calcado na ideia de solidariedade, bem assim de seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviço (arts. 3º e 194, III, Constituição Federal de 1988).

A tônica restritiva encapada pela Reforma da Previdência, entretanto, não se compatibiliza com a essência da responsabilidade civil, calcada, conforme trabalhado ao longo do texto, na ideia de reparação da vítima.

Com efeito, de acordo com o princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*), a indenização mede-se pela extensão do dano (art. 944, CC/2002), de modo que a reparação aos prejudicados deve ser a mais completa possível.

Destarte, enquanto durar a obrigação, a princípio, pelo tempo provável de sobrevivência da vítima, a prestação mensal deve retratar os rendimentos efetivos do falecido.

Registre-se que, ainda em momento anterior a Reforma da Previdência, o fundamento para o reconhecimento do direito de acrescer sempre foi o princípio da reparação integral, e não exatamente a norma inserta no § 1º do art. 77 da Lei n. 8.213/91, que, como dito, não foi recebida pela Emenda Constitucional n. 103/2019.

Cabe ainda destacar, que, além do art. 944, o art. 945, também do Código Civil de 2002, aponta no sentido da ampla proteção e reparação da vítima, de sorte que a obrigação de pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família, bem assim de prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima, não exclui outras reparações.

Nesse contexto, então, verifica-se que a interpretação consentânea com as noções de responsabilidade civil sugere que o direito de acrescer subsiste na seara da responsabilidade civil, não sendo impactado, portanto, pelo art. 23, § 1º, da Emenda Constitucional n. 103/2019.

## **3. CONCLUSÕES**

Na linha do quanto exposto, possível concluir que:

- a) a Reforma da Previdência promoveu a alteração de diversos direitos sociais previstos Constituição Federal de 1988, criando restrições à concessão e pagamento de benefícios previdenciários;
- b) o direito de acrescer, no ramo do Direito Previdenciário, previsto no art. 77, § 1º, da Lei n. 8.213/91, não foi recebido pela Emenda Constitucional n. 103/2019;
- c) a extinção do direito de acrescer na órbita do Direito Previdenciário, promovida pelo art. 23, § 1º, da Emenda Constitucional n. 103/2019, não tem impacto na seara da responsabilidade civil trabalhista, calcada na ideia de reparação da vítima (princípio da reparação integral).

## **4. REFERÊNCIAS**

AMADO, Frederico. *Curso de direito e processo previdenciário*. 12 ed. rev, ampl e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

- BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições Cíveis no Direito do Trabalho*. 5 ed. ampl e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.
- BRANDÃO, Cláudio. *Acidente de trabalho e responsabilidade civil do empregador*. São Paulo : LTr, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.
- MARTINEZ, Luciano. *Reforma da Previdência: Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019: entenda o que mudou*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 11 ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.
- MELO, Raimundo Simão de. *Ação Civil Pública na Justiça do Trabalho*. 2 ed. São Paulo : Ltr, 2004.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 7. ed. rev. c atual. São Paulo: LTr, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- STOLZE, Pablo ; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. Volume único. 4 ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.



# A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a proteção ao acesso à justiça

Leonardo de Moura Landulfo Jorge\*

**RESUMO:** O direito fundamental ao acesso à Justiça é garantido não apenas pelas normas brasileiras, como também pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Esse artigo pretende analisar a classificação do direito ao acesso à justiça como norma de direito fundamental e o dever do seu respeito pelos Estados signatários do Pacto de São José da Costa Rica, tendo em vista que este diploma internacional criou mecanismos de proteção internacional (sistema regional de proteção de direitos humanos). Estuda-se a sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil* (sentença de 15/07/2020) que condenou a República Federativa do Brasil por violação ao direito à proteção judicial (art. 25 da Convenção) e por não observar o dever de devida diligência e da garantia judicial em prazo razoável (art. 8 da Convenção).

**PALAVRAS CHAVE:** Direitos fundamentais sociais. Proteção internacional do direito ao acesso à Justiça. Corte Interamericana de direitos humanos. Condenação do Brasil.

**ABSTRACT:** The fundamental right to access to justice is guaranteed not only by Brazilian rules, but also by the international system for the protection of human rights. This article intends to analyze the classification of the right to access to justice as a fundamental right norm and the importance of its respect by the signatory states of the San José Pact of Costa Rica, considering that this international diploma created mechanisms of international protection (regional system protection of human rights). The sentence handed down by the Inter-American Court of Human Rights is being studied in the case of *Employees of the Santo Antônio de Jesus Fire Factory and their families vs Brazil* (judgment of 07/15/2020) that condemned the Federative Republic of Brazil for violation of the right to judicial protection (art. 25 of the Convention) and for not observing the duty of due diligence and judicial guarantee within a reasonable period (art. 8 of the Convention).

**SUMÁRIOS:** 1. Introdução 2. Do direito fundamental ao acesso à justiça 3. Da proteção internacional do acesso à justiça 4. O caso

empregados da fábrica de fogos de santo Antônio de Jesus e seus familiares vs Brasil 5. Conclusões.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar a aplicabilidade das normas internacionais de proteção ao acesso à Justiça pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, analisaremos a evolução histórica dos direitos fundamentais e o direito ao acesso à Justiça.

Em seguida, pretendemos observar os mecanismos de proteção internacional do direito fundamental ao acesso a Justiça, inclusive as instituições que compõem o sistema regional de proteção, sobretudo os órgãos de garantia dos direitos fundamentais que compõem o sistema interamericano.

Pretendemos analisar os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos que versam sobre os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8 e 25 da Convenção, especialmente a sentença prolatada no caso *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil*.

Por fim, buscaremos concluir quais medidas os estados signatários do Pacto São José da Costa Rica devem adotar para não violarem tais direitos.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é o marco na proteção dos direitos fundamentais. As suas previsões passaram a serem incorporadas nas Constituições nacionais, bem como a servir de norte para as resoluções da Organização das Nações Unidas.

A constitucionalização da proteção aos direitos fundamentais é essencial para haver limitação de poder, respeito e desenvolvimento da dignidade humana. A positivação deste direito é indispensável para o estabelecimento do Estado Democrático de Direitos, pois desta forma há maiores chances de controle e efetiva aplicabilidade.

Inicialmente, a positivação dos direitos fundamentais visou proteger o cidadão do poder estatal (reconhecimento dos direitos civis e políticos

(\*) Juiz do Trabalho Substituto do TRT da 5ª Região. Presidente da AMATRA5 biênio 2023/2025. Mestrando em Direito pela UFBA. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPODIVM. Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

individuais). Com a Revolução Industrial (século XVIII), impulsionada pelo surgimento da máquina a vapor, agravou-se a situação de desigualdade e miséria, fazendo com que a sociedade, que é formada na sua grande maioria pela classe trabalhadora, percebesse a importância também da promoção dos direitos sociais, marcando o início do constitucionalismo social.

Surge um Estado com postura ativa, fomentando uma sociedade justa e solidária, promovendo o bem-estar social dos cidadãos (reconhecimentos dos direitos econômicos, sociais e culturais).

Indaga-se se o direito ao acesso à Justiça, responsável pela concretização no mundo dos fatos destes direitos, também deve ser classificado como direito fundamental.

## 2. DO DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

As normas de direitos fundamentais são conceituadas por ROBERT ALEXY, um dos maiores estudiosos sobre o tema, nos seguintes termos:

Ela é formulada de forma abstrata quando se indaga por meio de quais critérios uma norma, independentemente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou a uma Constituição, pode ser identificada como sendo uma norma de direito fundamental. (ALEXY, 2008, p. 65)

O autor assevera que os Direitos Fundamentais são posições jurídicas do cidadão, que devido a sua relevância, foram consagradas no texto da Constituição ou em normas internacionais, saindo da esfera de disponibilidade do Estado (fundamentalidade formal), bem como as que, nada obstante não estejam consagradas no texto constitucional formal, pelo seu objeto e significado, possam lhe ser equiparadas.

As normas de direitos fundamentais são todas as normas para as quais existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.

No que concerne ao Direito ao Acesso à Justiça, MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, nada obstante reconheçam que o conceito de acesso à Justiça é de difícil definição, o resumem da seguinte forma:

Serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema

deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos” (CAPPELLETTI, 1988, p.8)

A Constituição Federal da República do Brasil de 1988 já no seu preâmbulo ressalta que o seu objetivo é instituir um Estado democrático destinado a assegurar os direitos sociais e individuais.

Nesta esteira, a Carta Magna brasileira, conhecida como Constituição cidadã, além de garantir direitos individuais, assegura também diversos direitos sociais e econômicos, a exemplo o direito ao trabalho, saúde, educação, moradia.

Em 2004, através da Emenda Constitucional n. 45 foi incluído no art. 5º o inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Também, por expressa disposição constitucional (art. 5º, §2º, CF), inclui-se igualmente no rol dos direitos fundamentais os previstos nos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil, naquilo que não reduzam o patamar de garantias já asseguradas.

Assim, ainda que haja características distintivas dos direitos sociais em comparação aos direitos civis e políticos, verifica-se que estruturalmente não há uma fratura radical entre essas duas dimensões de direitos fundamentais.

Assim, não há justificativas relevantes para fazer diferenciação entre esses direitos, seja no aspecto da lógica, nem no da formulação, nem no da tutela, embora, nesta hipótese, as dificuldades de efetivação sejam superiores.

É cediço que as próprias normas internacionais fomentam essa separação, como por exemplo, cita-se a dualidade do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de outro lado o Pacto Internacional de Direitos civis e políticos.

No entanto, sabe-se que o objetivo principal dos direitos fundamentais é assegurar de forma plena, a todos os indivíduos, o direito à liberdade na mais ampla acepção e de forma mais profunda.

Não há como assegurar liberdade ao indivíduo sem lhe propiciar igualdade de condições e são justamente os direitos sociais que fortalecem e reforçam a liberdade do indivíduo perante a sociedade.

Defender a minimização da dicotomia entre os direitos fundamentais, não implica em desconhecer as maiores dificuldades de implementação dos

direitos sociais, como se verifica no seguinte ensinamento de SASTRE IBARRECHE :

En efecto, constituye un lugar común afirmar que estos derechos dependen estrechamente de una previa estructura socio-económica, presentándose, así, condicionados por factores externos al dato puramente jurídico. Así, por un lado, aparecen las circunstancias sociales y el grado de desarrollo económico como límites de hecho importantes. La efectiva realización de los derechos sociales se ve subordinada a las disponibilidades económicas, entrando en juego el más estricto posibilismo y la demora de una puesta en práctica obligadamente progresiva. (SASTRE IBARRECHE, 1996, p. 75)

Por outro lado, não se pode negar que para se assegurar qualquer direito, sempre haverá custos, que podem ser de natureza financeira ou de natureza política por escolhas de proteção de pretensões jurídicas que excluem outras.

A constatação de um direito não pode estar baseada apenas em conceitos morais ou da natureza humana. Só é possível se falar em direitos se houver meios jurídicos capazes assegurá-lo, o que naturalmente, gera custos.

A manutenção das instituições que compõe o aparato Estatal gera custos, a exemplo de funcionários e recursos físicos, logísticos, financeiros e técnicos suficientes.

Para que haja liberdade, não basta a ausência de indevida intervenção estatal, é preciso que existam instituições jurídicas sérias e bem aparelhadas para garantir efetivamente esse direito. Assim, é pressuposto que o Estado possa intervir para assegurar direitos aos cidadãos para que se possa afirmar que este direito de fato existe.

Conclui-se que do mesmo modo que os menos favorecidos economicamente precisam do governo para que haja redistribuição de rendas (direitos sociais), os ricos precisam do Estado, através de suas instituições, para defender o seu direito ao livre gozo de suas propriedades (direitos civis) e ambas atuações estatais geram custos.

Nesta linha, a Carta Magna brasileira, considerando a grande desigualdade social existente, ciente que o sistema jurídico influencia positiva ou negativamente no sistema econômico, criando e distribuindo riqueza de maneira igual ou desigual, optou por consagrar os direitos sociais e econômicos como direitos fundamentais.

E foi mais além, assegurando além da inafastabilidade do Poder Judiciário para a garantia destes

direitos, o dever das autoridades entregarem a prestação jurisdicional em um prazo razoável.

O direito ao acesso à Justiça, assim como os demais direitos e garantias fundamentais, de qualquer geração, encontram seu fundamento direto na dignidade do ser humano, já que remontam à ideia de proteção das pessoas:

Em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. Essa dignidade, na condição de valor fundamental, atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais de qualquer dimensão (ou geração). Como consequência, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á negando-lhe a própria dignidade. (SARLET, 2004, p. 84)

Tratam-se de direitos e garantias fundamentais com aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º CF). Exige-se que o Estado além de não violar direitos individuais, também tenha uma postura ativa para assegurar aos cidadãos os direitos sociais e econômicos, crescendo a cada dia a importância do efetivo acesso à Justiça.

De fato, é inútil garantir direitos aos cidadãos e não lhe conceder meios para exigí-los de forma célere e eficaz. O princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário encontra-se assegurada no artigo 5º, XXXV na Constituição Federal. Contudo, conforme leciona WILSON SOUZA o conceito de acesso à Justiça é mais amplo:

Vale dizer, a inafastabilidade do controle jurisdicional se limita a garantir o direito de ação, enquanto o acesso à justiça é conceito bem mais amplo, porquanto tem em consideração também o direito a decisão mediante o processo devido em direito, que, de sua vez, envolve o direito a uma decisão em tempo razoável, fundamentada, eficaz, e equitativa. (SOUZA, 2013, p. 166/167)

Nesta linha, o Pacto de São José da Costa Rica também denominado de Convenção Americana sobre Direitos Humanos contemplou a garantia do acesso à justiça, nos artigos 8 e 25 da referida Convenção. Trata-se do primeiro diploma legal a reconhecer a razoável duração do processo como direito fundamental.

Nada obstante toda a importância de se assegurar o acesso à Justiça é certo que o Poder Judiciário Brasileiro não vem desempenhando a contento o seu dever, devido principalmente à sobrecarga processual ao qual é submetido, fazendo com que não consiga responder adequadamente ao jurisdicionado, o

que tem levado o Brasil a responder perante as cortes internacionais.

### 3. DA PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição de Weimar na Alemanha inaugurou, em todo o mundo, a transformação do estado liberal-burguês para um estado social. Os direitos fundamentais sociais são descobertos como um fator significativo de integração e como um meio de desenvolvimento do Estado e da sociedade.

A internacionalização e extensão da crescente proteção aos direitos sociais durante o século XX é resultado da ação de organizações internacionais, especialmente, a ONU e a OIT.

O Tratado de Versalhes (1919) foi um acordo de paz celebrado entre as potências vencedoras da Primeira Guerra Mundial e a Alemanha derrotada. Nele instituiu-se a Organização Internacional do Trabalho (OIT), visando pacificar na sociedade internacional o respeito aos direitos sociais do trabalhador e a melhoria das suas condições de trabalho.

Assim, os direitos sociais deixaram de ser uma questão exclusivamente de direito interno, vindo para o centro das discussões internacionais logo após a primeira guerra.

É após a Segunda Guerra Mundial, em 1945, com a instituição da Organização Internacional das Nações Unidas (ONU) e a assinatura da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) de 1948 que começa a se desenvolver o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, incluindo os direitos sociais. Trata-se, segundo PIOVESAN, do “mínimo ético irredutível a ser observado pela comunidade internacional” (PIOVESAN 2008, p. 19)

Visando garantir mecanismos de exigibilidade ao quanto assegurado nos referidos diplomas, em 1966, foram firmados os Pactos de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC).

Como já tratado anteriormente trata-se de uma dicotomia desnecessária que pode incentivar uma ideia contrária à indivisibilidade dos direitos fundamentais, contudo a implementação conjunta dos referidos pactos se impõe no mesmo grau de igualdade, pois não há como haver pleno gozo de direitos cívicos e políticos, sem a concomitante implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Essa aparente dicotomia tem o objetivo específico de aumentar a capacidade de fiscalização do

cumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais. Inclusive o Protocolo facultativo ao PIDESC criou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU que tem como função averiguar as denúncias dos cidadãos de violação aos referidos direitos, reafirmando a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos fundamentais.

Registre-se que a Corte Internacional de Justiça (CIJ) é responsável pela jurisdição contenciosa interestatal (excluído o petiçãoamento por cidadãos) e por emitir opiniões consultivas baseadas no Direito Internacional.

Ao lado do referido sistema global, há também os Sistemas Regionais de proteção dos Direitos Humanos, a saber, os sistemas interamericano, europeu e africano. Encontra-se em desenvolvimento os sistemas árabe e asiático.

O sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos humanos se iniciou com a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), que tem um dos seus propósitos o estímulo ao desenvolvimento econômico, social e cultural, e a erradicação da pobreza (art. 2º da sua Carta).

Em 1969, foi firmada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que prevê expressamente que os Estados-membros comprometem-se a “*fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas e sociais*” (art. 26)

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem o objetivo de promover a fiscalização e a defesa das normas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, ainda, servir como órgão consultivo da OEA, sendo que atualmente, tem competência inclusive para receber petições individuais de cidadãos sobre violações de direitos humanos. (TRINDADE, 2014, p. 324).

A Comissão após as devidas apurações, busca uma solução conciliada para o conflito, fazendo relatórios e recomendações não vinculantes aos Estados. Se não houver conciliação e se a Comissão entender que existem elementos suficientes para considerar a existência de uma violação de direitos humanos, encaminha a demanda à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nos termos do art. 46 do Pacto de San José da Costa Rica, para que haja a admissibilidade da petição apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos é preciso:

- a) o esgotamento dos recursos internos da jurisdição interna do Estado-membro;
- b) a observância do prazo de seis meses a partir da notificação da decisão definitiva acerca do direito supostamente prejudicado;
- c) inexistência de litispendência internacional;
- d) a completa qualificação do denunciante.

Excepciona-se a necessidade de esgotamento das vias internas se no Estado-membro não houver mecanismos de proteção do direito violado ou o interessado tiver sido impedido de utilizá-lo ou houver demora injustificada na solução da demanda.

Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) compete julgar os casos que lhe forem submetidos pela Comissão (após passarem pelo filtro da admissibilidade), bem como as denúncias que podem ser feitas diretamente pelos Estados-membros (art. 61 do Pacto de San José da Costa Rica).

Trata-se de um dos três tribunais regionais de proteção dos direitos humanos em funcionamento no mundo. Os demais são o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

Compõe-se de sete juízes, nacionais dos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), eleitos a título pessoal entre juristas com autoridade moral conhecimento em matérias de direitos humanos, pelo voto da maioria absoluta dos Estados Partes na Convenção, na Assembleia Geral da Organização, de uma lista de candidatos propostos pelos mesmos Estados. Não podendo haver dois juízes da mesma nacionalidade compondo a corte (Art. 52 e 53 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

As sentenças da Corte são definitivas e irrecoráveis, além de serem vinculantes para os Estados que aderiram à sua competência contenciosa.

A corte pode determinar que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito violado, bem como que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, assim como condenar o Estado-parte no pagamento de indenização justa à parte lesada (Art. 63 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Há ainda uma atuação consultiva da Corte, ocasião em que pode fazer a interpretação de Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção

dos direitos humanos e até mesmo poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer leis interna do Estado-membro e os mencionados instrumentos internacionais.

#### **4. O CASO EMPREGADOS DA FÁBRICA DE FOGOS DE SANTO ANTÔNIO DE JESUS E SEUS FAMILIARES VS. BRASIL**

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos visando dar concretude aos seus preceitos prevê direitos de garantias judiciais e à proteção judicial (artigos 8 e 25 da Convenção):

##### Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

##### Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

Compete a Corte Interamericana de Direitos Humanos cumprindo com seu mister de interpretar e aplicar as disposições do Pacto de San José da Costa Rica, notadamente na função contenciosa, julgar os Estados-membros pela demora injustificada de processos judiciais, especialmente por falta de atuação diligente por parte das autoridades judiciais.

Contudo deve evitar imiscuir-se em questões ainda pendentes de solução pelos estados-membros e concentrar-se em problemas de graves ofensas ao sistema de proteção dos direitos humanos na região.

A primeira vez que a República Federativa do Brasil foi condenada por descumprir com essas garantias judiciais foi no caso chamado "*Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil*" (sentença de 20/10/2016).

Recentemente, no caso "*Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares*

vs. *Brasil*" (sentença de 15/07/2020) houve nova condenação pelas mesmas violações.

Este último caso foi submetido a jurisdição da Corte Interamericana porque a Comissão, após longa investigação, entendeu que houve violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, conforme trecho a seguir:

Pois nos processos civis, penais e trabalhistas conduzidos no caso, o Estado não garantiu o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação e punição dos responsáveis, nem a reparação das consequências das violações de direitos humanos ocorridas. (CORTE IDH, 2020, p. 4)

Trata-se da explosão da fábrica de fogos de artifício *Vardo dos Fogos* em Santo Antônio de Jesus/BA, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, em que 64 pessoas morreram, entre elas 22 crianças, e apenas seis sobreviveram.

A petição de representação das vítimas foi apresentada na Comissão em 03/12/2001, após algumas audiências públicas e reuniões visando uma tentativa de solução amistosa para o caso, em 2010 os requerentes solicitaram a suspensão do procedimento de solução amistosa e requereram a emissão do relatório de mérito por parte da Comissão. Pedido que foi ratificado em 2015, alegando que as violações continuam sem serem reparadas.

Em 2018, a Comissão submeteu à jurisdição da Corte a totalidade dos fatos e supostas violações de direitos humanos descritas no Relatório de n. 25/2018, objetivando-se a obtenção de justiça e reparação para as supostas vítimas e seus familiares. A Corte deliberou sobre a Sentença, por meio de uma sessão virtual, nos dias 13, 14 e 15 de julho de 2020.

A Corte rejeitou as três preliminares apresentadas pelo Brasil, a saber: inadmissibilidade da apresentação do caso, em virtude da publicação do Relatório de Admissibilidade e Mérito por parte da Comissão; incompetência *ratione materiae* a respeito das supostas violações do direito ao trabalho; falta de esgotamento de recursos internos.

Registrou-se que foram iniciados processos civis, trabalhistas, penais e administrativos. Até a data de aprovação do Relatório de Admissibilidade e Mérito da Comissão, só haviam sido concluídos os processos na via administrativa e alguns trabalhistas, mesmo assim sem que se houvesse conseguido a execução da reparação nestes últimos. Os demais processos, passados mais de 18 anos, se encontravam pendentes em diversas etapas.

No entender da Comissão, o Estado brasileiro descumpriu o dever de investigar os fatos com a devida diligência e em prazo razoável. Defendeu que a justiça brasileira deveria assegurar, em um tempo razoável, o direito das supostas vítimas de conhecer a verdade sobre o ocorrido, de receber as indenizações devidas e verem os eventuais responsáveis punidos.

Ressaltou que nada obstante alguns processos trabalhistas tenham transitado em julgado, nem todas as medidas possíveis foram adotadas para se tentar a execução das indenizações devidas: "*mais de 20 anos transcorreram sem que se consiga essa execução. Desse modo, apesar de ser o único processo com decisão definitiva, esta terminou sendo, na prática, ilusória.*" (CORTE IDH, 2020, p. 60)

Já o Estado Brasileiro se defendeu alegando que inexistia violação dos artigos 8 e 25 da Convenção, pois na verdade o que ocorreu foi que os recursos adequados e eficazes para a proteção dos direitos foram impulsionados pelo Estado, seguindo o processo regulamentar na jurisdição interna. Ressaltou que a interposição de recursos faz parte do contraditório e que inexistia demora injustificada atribuível ao Estado.

Inicialmente, a Corte Interamericana esclarece que só há efetivamente acesso à justiça quando, em um tempo razoável, o Estado garante as vítimas o direito de saber o que ocorreu, as reparações devidas e a punição dos responsáveis:

A Corte recorda que os artigos 8 e 25 da Convenção também consagram o direito de obter resposta às demandas e solicitações apresentadas às autoridades judiciais, visto que a eficácia do recurso implica uma obrigação positiva de oferecer uma resposta em um prazo razoável. (CORTE IDH, 2020, p. 62)

Como o conceito de prazo razoável é aberto, a Corte esclarece que haverá respeito a este direito quando as autoridades competentes (juízes e membros do Ministério Público) conduzirem o processo de forma simples e rápida, identificando os agentes que causaram os danos e efetivamente pagando as indenizações das vítimas.

Para tal, a Corte analisa quatro elementos, a saber, a complexidade do assunto, a atividade processual do interessado, a conduta das autoridades judiciais e o prejuízo à situação jurídica da suposta vítima.

Entende por processo complexo quando houver complexidade da prova; pluralidade de sujeitos

processuais ou o número de vítimas; o tempo transcorrido desde que se teve notícia da suposta violação; as características do recurso constante da legislação interna; o contexto em que ocorreram os fatos.

A Corte entendeu que em relação ao processo administrativo instaurado e que culminou com o cancelamento definitivo da autorização estatal para a empresa explorar a atividade econômica que desempenhava (fabricação de fogos de artifícios) o Estado brasileiro agiu com a devida diligência e em prazo razoável.

Com relação aos processos civis, a corte entendeu que não havia complexidade na ação vez que as vítimas e os responsáveis pela explosão, suas circunstâncias e causas ficaram bem esclarecidos no processo administrativo.

Registrou que inexistiu qualquer atividade dos interessados que tenha retardado o feito. Por outro lado, sustentou que houve um atraso injustificado para que as autoridades judiciais proferissem as decisões que lhe eram afetas: dois anos para desmembrar os feitos, seis anos para prolação de sentença e sete anos para apreciação dos recursos.

Reconheceu que a falta de pagamento das indenizações gerou um grave prejuízo às vítimas que não dispuseram de condições financeiras para arcar com os custos dos tratamentos médicos e psicológicos.

Assim, entendeu que o Estado brasileiro descumpriu com a garantia do prazo razoável na tramitação dos processos para que houvesse uma reparação adequada das vítimas.

Com relação aos processos trabalhistas, nada obstante nestes as decisões condenatórias tenham transitado em julgado, a Corte também constatou que houve violações já que as verbas trabalhistas devidas não foram quitadas até a presente data.

Registrou que houve uma demora excessiva das autoridades em reconhecer a responsabilidade do sócio oculto Sr. Osvaldo Prazeres Bastos, pai do sócio formal que não tinha bens para garantir as execuções:

A conduta das autoridades judiciais foi insuficiente, na medida em que dispunham dos elementos para ter reconhecido o papel de Osvaldo Prazeres Bastos na fábrica e, portanto, ter ordenado o embargo de seus bens anos antes. No entanto, houve uma demora excessiva, pois somente 18 anos depois de iniciados os processos, foi possível embargar um bem que parece ser

suficiente para a execução das sentenças (CORTE IDH, 2020, p. 68)

No entendimento da Corte, para que haja uma proteção judicial efetiva, é preciso haver pronunciamento judicial sobre a controvérsia e que esta decisão se materialize no mundo dos fatos, sob pena de haver na prática a negação do direito envolvido:

A Corte concorda com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos quando considera que, para que a efetividade da sentença seja plena, a execução deve ser completa, perfeita, integral e sem delonga. (CORTE IDH, 2020, p. 69)

Concluiu que tendo passados mais de 21 anos da explosão, os culpados não foram efetivamente punidos e nem as vítimas foram ressarcidas dos seus prejuízos, pelo que reconheceu que o Estado brasileiro violou o direito à proteção judicial (art. 25 da Convenção), assim como o dever de devida diligência e da garantia judicial ao prazo razoável (art. 8 da Convenção).

Nos termos do art. 63 da Convenção quando houver a violação de algum de seus preceitos, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito, bem como poderá determinar o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Nesta esteira, houve a condenação do Estado brasileiro a pagar US\$50.000,00 (cinquenta mil dólares) a título de danos materiais e US\$60.000,00 (sessenta mil dólares) a título de indenização por danos imateriais a cada uma das vítimas falecidas e sobreviventes da explosão. E US\$10.000,00 (dez mil dólares) a cada um dos familiares das vítimas.

Estabeleceu-se também a obrigação do Brasil de dar continuidade aos processos judiciais, com a devida diligência, para, em um prazo razoável, concluí-los e, caso pertinente, promover a completa execução com a entrega efetiva das somas devidas às vítimas.

No âmbito internacional, o reconhecimento por um órgão supraestatal de uma violação de direitos humanos já é considerado em parte reparação às vítimas, além de um constrangimento para o Estado infrator.

Por esta razão, a Corte também determinou a publicação da sentença pelo Brasil no diário oficial, em jornal de grande circulação e no sítio eletrônico do governo. Deverá ainda elaborar e divulgar um material de rádio e televisão sobre o conteúdo da sentença. Por fim, determinou a realização de um ato público em homenagem às vítimas, no qual

deverão comparecer representantes do governo federal e estadual.

Estas determinações que buscam divulgar as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos são de extrema importância, pois desta forma a sociedade brasileira começará a ter conhecimento da sua jurisprudência, aumentando o seu potencial pedagógico.

Em verdade, a maioria da população brasileira sequer sabe da existência da Corte Interamericana, muito menos que pode requerer eventuais indenizações. Com a difusão deste conhecimento, a Corte Interamericana passa a ter mais influência no cenário mundial e assim, espera-se que os Estados-membros aprimorem as suas políticas públicas internas acarretando uma melhoria na proteção dos direitos humanos.

No entanto, não é tarefa fácil a regulação e atuação de uma jurisdição supraestatal. As decisões internacionais devem ser executadas de forma espontânea, não havendo norma de direito internacional que possibilite a execução forçada dos julgados, tendo em vista a soberania dos estados-membros.

Contudo, o país que não cumprir com as decisões da Corte Interamericana pode ser responsabilizado internacionalmente já que reconheceu a legitimidade da Corte e se comprometeu a cumprir as suas decisões.

Registre-se que a Corte Interamericana deve prestar contas anualmente dos seus julgados à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. Desta forma, de alguma maneira, pelo menos haverá uma pressão política para o cumprimento das decisões.

Há precedentes no direito internacional (art. 8º do Estatuto do Conselho da Europa) de possibilidade de expulsão do Estado-membro que descumprir as decisões do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

A Carta da Organização dos Estados Americanos não prevê expulsão de estado-membro, apenas a suspensão no caso de algum governo eleito democraticamente ser deposto pela força.

Entretanto, como já dito, a maior punição para um estado-membro é o constrangimento perante a comunidade internacional. O reconhecimento de violações de direitos humanos por parte de um Estado-membro prejudica a sua imagem no cenário internacional, enfraquecendo as suas relações diplomáticas.

Assim, ainda que a possibilidade de expulsão do estado-membro possa ser um fator de coerção para cumprimento das decisões da corte internacional, é certo que esta medida pode prejudicar o objetivo maior que é proteger os direitos humanos na região.

O mais eficaz para os propósitos do organismo internacional é a conscientização dos estados-membros da importância da promoção da cultura dos direitos humanos.

## 5. CONCLUSÕES

Por tudo exposto, constata-se que ainda que haja características distintivas dos direitos sociais em comparação aos direitos civis e políticos, verifica-se que estruturalmente não há uma fratura radical entre essas duas dimensões de direitos fundamentais.

Ao revés, não há como assegurar liberdade ao indivíduo sem lhe propiciar igualdade de condições e são justamente os direitos sociais que fortalecem e reforçam a liberdade do indivíduo perante a sociedade.

Nesta esteira, tendo em vista a desigualdade que é própria do sistema capitalista, é de grande valia os normativos e sistemas de proteção internacional dos direitos fundamentais sociais.

Regionalmente, cite-se o Pacto de San José da Costa Rica, que buscando conferir efetividade aos direitos que decorrem das suas normas econômicas e sociais, contempla também a garantia do acesso à justiça, nos artigos 8 e 25 do referido pacto.

De fato, é inútil garantir direitos aos cidadãos e não lhe conceder meios para exigí-los de forma célere e eficaz. É preciso um sistema jurídico que não só proclame, também efetive os direitos de todos.

Registre-se que o Brasil além de ser signatário do referido Pacto, em seu direito doméstico, através da EC n. 45/2004 também passou a assegurar a duração razoável do processo.

No entanto, o Poder Judiciário Brasileiro não vem desempenhando a contento o seu dever, o que se atribui principalmente à sobrecarga processual ao qual é submetido. Esta situação já foi denunciada perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Recentemente, no caso *“Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares vs. Brasil”* houve condenação do Brasil por violação do dever de investigar os fatos com a devida diligência,



condenar os responsáveis e efetivamente pagar as indenizações às vítimas em prazo razoável.

Além do prejuízo financeiro de mais de US\$6.000.000,00 (seis milhões de dólares), esta situação expõe internacionalmente o Brasil como violador de direitos humanos, sendo imperativo redesenhar a forma como o Poder Judiciário brasileiro gerencia os processos em que se discute graves violações de direitos humanos.

Evidencia-se a reprimenda internacional aos atos omissos dos países em matéria de direitos humanos. É dever do estado-membro não só não violar direitos humanos, como também entregar jurisdicionalmente uma resposta efetiva aos atos particulares violadores de direitos humanos.

Não se desconhece que o processo judicial deve garantir o contraditório e a ampla defesa, se prolongando minimamente no tempo, principalmente a depender da complexidade do assunto.

Urge, no entanto, que os órgãos de controle do Poder Judiciário implementem políticas públicas de gestão dos processos que envolvem grave violação jurídica da vítima, buscando conferir meios para uma rápida entrega da prestação jurisdicional. Inclusive, seria de grande valia, inovação legislativa que permita as autoridades judiciais conferirem prioridade de tramitação a estes processos.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editora, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Tradução: Ellen Gracie NorthFleet. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CONSELHO DA EUROPA. *Estatuto do Conselho da Europa*. Disponível em: [https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/estatuto\\_do\\_conselho\\_da\\_europa.pdf](https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/estatuto_do_conselho_da_europa.pdf) Acessado em: 13 out 2023
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12 ed. São Paulo: Renovar, 2000.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm) Acesso em: 13 out. 2023
- PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Código de direito internacional dos direitos humanos anotado*. São Paulo: DPJ Editora, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Editora: Coimbra Editora, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2004.
- SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. *The coast of rights: Why liberty depends on taxes*. Nova York: W.W. NORTON & COMPANY, 1999.
- SASTRE IBARRECHE, Rafael. *El derecho al trabajo*. Madrid: Trotta, 1996.
- SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à Justiça*. Salvador: Dois de Julho, 2013.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Convenções da OIT e outros tratados*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2007.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.



# As diretrizes da Organização Internacional do Trabalho para a proteção dos trabalhadores durante a pandemia da Covid-19

Maíra Guimarães Araújo de la Cruz\*

**RESUMO:** O presente artigo analisa as diretrizes internacionais da Organização Internacional do Trabalho para a proteção dos trabalhadores e trabalhadoras, que atuaram e, ainda, atuam, na linha de frente do combate à pandemia da Covid-19, identificando as principais normas da OIT voltadas à adoção de medidas protetivas à saúde e segurança no meio ambiente de trabalho.

**PALAVRAS-chave:** Trabalho. Atividades Essenciais. Pandemia. OIT.

**TITLE:** The guidelines of the international labor organization for the protection of workers during the Covid-19 pandemic

**ABSTRACT:** This article analyzes the international guidelines of the International Labor Organization for the protection of workers, who acted and still act, on the front line of the fight against the Covid-19 pandemic, identifying the main ILO standards aimed at adoption of protective measures for health and safety in the work environment.

**KEY-WORDS:** Work. Activity Essential. Pandemic. OIT.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. As Normas Internacionais do Trabalho e os marcos mínimos de padrões sociais. 2. As normas da OIT e o combate à violência e ao assédio no trabalho, no contexto da pandemia da Covid-19. Considerações Finais. Referências.

## INTRODUÇÃO

Considerando os reflexos transnacionais das políticas globais de austeridade fiscais e seus impactos no mundo do trabalho, a comunidade internacional, imbuída no propósito de minimizá-los, difundindo os princípios da solidariedade social para além das fronteiras nacionais, percebeu a importância do papel de organizações internacionais que, cada vez mais, passaram a assumir tal missão, antes delegada aos Estados nacionais, isoladamente.

A substituição do voluntarismo dos Estados pela atuação das organizações internacionais

permitiu uma interpretação mais eficaz e harmônica das normas de direito internacional, bem como o desenvolvimento de sistemas de proteção dos direitos sociais universais e de proteção dos direitos humanos.

A Organização Internacional do Trabalho mantém, pois, um sistema de Normas Internacionais do Trabalho imbuídas no propósito de promover o trabalho decente e produtivo, em condições de segurança e dignidade, servindo como importante marco referencial em tempos de crise, inclusive, no contexto atual de enfrentamento à pandemia da Covid-19 que atingiu, gravemente, o mundo do trabalho.

O respeito às Normas Internacionais do Trabalho relacionadas à saúde e segurança no emprego, às modalidades de execução do trabalho, à não discriminação, à seguridade social, à proteção do emprego e da renda do trabalhador e à proteção de categorias profissionais específicas é a garantia de que mulheres e homens trabalhadores tenham condições adequadas de trabalho, enquanto combatem o vírus durante a pandemia.

Diversas normas da Organização Internacional do Trabalho tratam sobre proteção social, preservação do salário e da renda do trabalhador e sobre cooperação e não discriminação no local de trabalho, orientando a comunidade internacional sobre as medidas que podem ser adotadas para a proteção das pessoas que atuam na linha de frente do combate à pandemia da Covid-19.

As diretrizes da OIT alcançam, pois, as categorias de trabalhadores mais vulneráveis no contexto atual, incluindo os (as) trabalhadores (as) dos “serviços públicos de emergência” – nomenclatura utilizada pela OIT, equivalente às “atividades essenciais” da legislação brasileira.

---

(\*) Mestra em Regulação Social do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Transformações do Trabalho, Democracia e Proteção Social (TDPS/CAPEs). Juíza do Trabalho Substituta do TRT da Bahia.

## 1. AS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO E OS MARCOS MÍNIMOS DE PADRÕES SOCIAIS

A “Declaração do Centenário do Futuro do Trabalho”<sup>1</sup>, documento final do Centenário da OIT, adotada em 2019, pela Conferência Internacional do Trabalho, na 108ª Sessão, reafirmou a importância das Normas Internacionais do Trabalho como marcos mínimos de padrões sociais, estabelecidos por meio do diálogo entre representantes de Estados, empregadores e trabalhadores, servindo de estímulo aos Estados-membros no avanço para níveis mais altos de proteção, notadamente em tempos de crise.

A observância às Normas Internacionais do Trabalho estimula, assim, o diálogo social e a cooperação no trabalho, sendo fundamental na construção de uma recuperação sustentável pós-pandemia.

Nessa esteira, destaca-se a Recomendação nº 205 sobre “Emprego e Trabalho Decente para Paz e Resiliência”, adotada pela **Conferência Internacional do Trabalho**, em 2017, que exorta os Estados-membros a assimilarem o papel vital das organizações de empregadores (as) e de trabalhadores (as) nas respostas às crises<sup>2</sup>, tal como previsto, tanto na Convenção nº 87 sobre “Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização”, como na Convenção nº 98 sobre “Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva”. O Brasil, contudo, não tendo ratificado a Convenção nº 87, tampouco adotou a Recomendação nº 205 de 2017.

Referida Recomendação nº 205 enfatiza, em seu preâmbulo e em seus parágrafos 7, b, e 43, que as respostas às crises devem priorizar o respeito aos direitos humanos, aos direitos fundamentais no trabalho e às Normas Internacionais do Trabalho que garantam o trabalho decente em contextos de crise, prevendo, por exemplo, a necessidade de manutenção dos meios de subsistência dos trabalhadores, por meio de medidas de proteção social e de preservação dos empregos, bem como o fomento ao trabalho decente e ao desenvolvimento sustentável, com contínua transição da economia informal para a formal.

Dentre as diretrizes de enfrentamento às crises, encontra-se o estímulo à expansão de regimes

abrangentes de seguridade social e de mecanismos de proteção social e de acesso aos serviços sociais básicos, em particular para os grupos que se tornaram, particularmente, vulneráveis por conta da crise<sup>3</sup>.

A Organização Internacional do Trabalho estima que, por força da pandemia da Covid-19, cerca de 25 milhões de empregos podem desaparecer no mundo. Diante dessa perspectiva, a promoção de políticas voltadas à promoção do pleno emprego, como estabelecido na Convenção nº 122 sobre “Política de Emprego”, deve priorizar medidas destinadas à estabilização da renda do trabalhador, sendo especialmente relevante a manutenção dos salários mínimos, a fim de proteger trabalhadores (as) vulneráveis, contribuindo, assim, para a redução da pobreza.<sup>4</sup>

Para o alcance de tais objetivos, a Organização Internacional do Trabalho prevê, diversas medidas para contenção de crises. Dentre elas destaca-se a concessão de subsídios, por parte dos governos, em casos de suspensões contratuais ou redução de jornada, tal como previsto na Convenção nº 168 sobre “Promoção do Emprego e Proteção Contra o Desemprego”<sup>5</sup>. Tal medida fora implementada no Brasil, durante a pandemia, com previsão legal de suspensão dos contratos de trabalho e redução da jornada acompanhadas de subsídio governamental, ainda que insuficiente para manutenção da renda originária do trabalhador.

Outra medida relevante diz respeito à antecipação de férias, desde que sua antecipação, em caso de necessidade de afastamento do trabalho como precaução para evitar exposição ao contágio pelo vírus, seja acordada com o trabalhador. A Convenção nº 132 sobre “Férias Remuneradas” estabelece que o período de férias será determinado

1. Cf. *Five questions about de ILO Centenary Declaration*. International Labour Organization, 2019. Disponível em: <[https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/108/reports/texts-adopted/WCMS\\_711674/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/108/reports/texts-adopted/WCMS_711674/lang--en/index.htm)>.

2. Parágrafos 7, k, 8, d, 24 e 25, da Recomendação nº 205 sobre “Emprego e Trabalho Decente para a Paz e Resiliência”.

3. Os parágrafos 8, 9 e 21 da Recomendação nº 205 sobre “Emprego e Trabalho Decente para a Paz e Resiliência” contém diversas orientações sobre as medidas imediatas que podem ser adotadas no contexto de respostas às crises.

4. A Convenção nº 122 sobre “Política de Emprego” e a Recomendação nº 169 sobre “Política de Emprego” (parágrafos 1, 6 e 10 e parágrafo 8 do seu anexo) apresentam medidas destinadas à estabilização dos meios de subsistência dos trabalhadores. A Convenção nº 131 sobre “Fixação de Salários Mínimos” e a Recomendação nº 135 sobre “Fixação de Salários Mínimos”, igualmente, fornecem orientação quanto aos meios de fixação da renda mínima. No mesmo sentido, o documento “Pacto Global para o Emprego”, adotado na 98ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em 19 de junho de 2009.

5. Artigo 10 da Convenção nº 168 sobre “Promoção do Emprego e Proteção contra o Desemprego”.

pelo (a) empregador (a), somente após consulta ao (à) trabalhador (a).<sup>6</sup> No Brasil, a Medida Provisória nº 927/2020, editada durante a pandemia, possibilitou, contudo, a antecipação de férias, mesmo que o (a) empregado (a) não tivesse preenchido o período aquisitivo de 12 (doze) meses, tampouco prevendo qualquer tipo de anuência por parte do (a) empregado (a).

Medida muito adotada por empresas e instituições públicas durante a pandemia, voltada a impedir a propagação do vírus, foi a conversão do trabalho para a modalidade teletrabalho. Ainda não há Norma Internacional do Trabalho abordando, especificamente, o teletrabalho, no entanto, a Comissão de Peritos da OIT, no âmbito da pesquisa intitulada “Promovendo o emprego e trabalho decente em um panorama em mudança”<sup>7</sup>, ressaltou que, em seu “Estudo Geral” sobre os instrumentos e tempos de trabalho de 2017, se reconheceu a necessidade de se conferir aos teletrabalhadores o mesmo patamar de proteção e direitos conferido aos trabalhadores que desenvolvem suas atividades nas empresas, ressaltando o caráter voluntário do teletrabalho, impedindo, pois, sua imposição ao trabalhador.

No Brasil, por sua vez, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 927/2020 permitindo o teletrabalho e o retorno às atividades presenciais, independentemente de qualquer anuência por parte dos (as) empregados (as).

Já a Recomendação nº 116 sobre “Redução de Jornada de Trabalho” destaca que as autoridades competentes de cada país podem definir circunstâncias em que as exceções à jornada normal de trabalho podem ser permitidas, tais como casos de força maior que ensejem aumentos anormais de trabalho, calamidades ou situações de emergência nacional.<sup>8</sup> No Brasil, as exceções à jornada normal de trabalho, mesmo já disciplinadas no capítulo II, seção II, da Consolidação das Leis do Trabalho, também foram objeto da referida MP nº 927/20, que permitiu a realização de horas extraordinárias, prevendo em seu

art. 14 a possibilidade de sua compensação por um prazo de até 18 meses.

Ademais, em relação às rescisões contratuais, tanto a Convenção nº 158, sobre “Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador”, como a Recomendação nº 166 sobre “Rescisão do Contrato de Trabalho” estabelecem que a relação de trabalho não será rescindida sem que haja para isso uma causa justa, prevendo, inclusive, em relação às dispensas coletivas, que o empregador forneça, aos representantes dos trabalhadores, informações relacionadas aos motivos dos desligamentos.<sup>9</sup> Contudo, o Brasil, ainda, não é signatário da Convenção nº 158, e o que se viu no país, durante a pandemia, foi, não apenas o aumento das rescisões dos contratos formais de trabalho, como também inúmeras dispensas coletivas.

Segundo explica Vale, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso, influenciado pela corrente majoritária da época no sentido de que “o art. 7º, I, da CRFB/88 necessitava de Lei Complementar para a máxima executoriedade, e que a norma internacional ratificada possuía mero caráter de Lei Ordinária”, publicou em 23/12/1996, o Decreto nº 2.100, denunciando a referida Convenção nº 158 (VALE, 2015, p. 126).

Aqui, cabe um destaque às lições de Vale no sentido de que:

[...] não há direito potestativo de o empregador despedir sem qualquer motivação, não só porque o art. 7º, I, da Constituição da República já garante a proteção contra a despedida arbitrária, mas, sobretudo (...) porque sequer se analisou a constitucionalidade do art. 13 da Convenção nº 158 da OIT, que trata justamente da motivação do ato patronal de rescisão, assegurando-se aos representantes dos trabalhadores interessados, a “informação pertinente, incluindo os motivos dos termos previstos”, significando (...) que a denúncia do contrato de emprego não poderá ser vazia, mas sim devidamente fundamentada. (VALE, 2015, p. 135)

Ainda no contexto das medidas de enfrentamento às crises previstas na Recomendação nº 205, destaca-se a alusão à Convenção nº 95 sobre “Proteção do Salário”, que prevê que os salários devem ser pagos em intervalos regulares e, após a rescisão contratual, deve ser feito um ajuste final de todos os salários devidos. Ademais, em caso de falência ou

6. Artigo 10 da Convenção nº 132 sobre “Férias Remuneradas”. A Comissão de Peritos da OIT (CEACR), em seu “Estudo Geral” de 1984, enfatizou que o objetivo das férias é garantir ao trabalhador um período mínimo de descanso e de relaxamento, melhor cumprido quando as férias forem concedidas nas datas convenientes para o trabalhador (parágrafo 275).

7. “Promovendo o emprego e trabalho decente em um panorama em mudança”, parágrafos 614-623. Conferência Internacional do Trabalho, 109ª sessão, 2020. Tradução livre.

8. Parágrafo 14, b, iii-vi, da Recomendação nº 116 sobre “Redução de Jornada de Trabalho”.

9. Artigo 14 da Convenção Nº 158 sobre “Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador” e Parágrafo 19 da Recomendação nº 166 sobre “Rescisão do Contrato de Trabalho”.

recuperação judicial das empresas – e mesmo que resultante do impacto da pandemia da Covid-19 – os trabalhadores devem ser tratados como credores preferenciais no que se refere aos salários.

Não obstante, no caso brasileiro, o “Relatório Geral da Justiça do Trabalho” de 2020 apontou que as reclamações trabalhistas, distribuídas no primeiro ano da pandemia da Covid-19, versaram, notadamente, sobre aviso-prévio e multa de 40% do FGTS, verbas tipicamente rescisórias, devidas apenas em razão da extinção de vínculos de empregos.<sup>10</sup>

Avançando, a Recomendação nº 202 sobre “Pisos de Proteção Social” e a Convenção nº 102 sobre “Normas Mínimas da Seguridade Social” servem de fonte importante aos trabalhadores afetados pela Covid-19, pois obrigam os Estados-membros a promoverem o acesso dos(as) trabalhadores(as) a serviços de saúde adequados, prevendo, ainda, o artigo 13 da Convenção nº 155 sobre “Segurança e Saúde dos Trabalhadores” que todo(a) trabalhador(a) tem o direito de se retirar de uma situação de trabalho, quando houver risco grave para sua vida ou sua saúde.

Além da referida Convenção nº 155, alguns instrumentos tratam sobre medidas de proteção contra riscos biológicos e doenças infecciosas, entre eles: a Recomendação nº 120 sobre “Higiene no Comércio”, a Recomendação nº 157 sobre “Pessoal de Enfermagem”, a Convenção nº 167 sobre “Segurança e Saúde na Construção”, a Convenção nº 176 sobre “Segurança e Saúde em Minas”, a Convenção nº 184 sobre “Segurança e Saúde na Agricultura”, a Recomendação nº 192 sobre “Segurança e Saúde na Agricultura” e a Convenção sobre o Trabalho Marítimo de 2006.

Entre os tipos mais comuns de riscos biológicos estão as infecções por bactérias e contaminações por vírus. Embora milhares de trabalhadores (as) desempenhem atividades consideradas essenciais à coletividade nos setores de atenção à saúde, saneamento, coleta de lixo, dentre outros, expondo-se aos mais variados agentes biológicos, a prevenção de doenças causadas pelos riscos biológicos ainda carece de regulamentação internacional, razão pela qual a OIT, atualmente, examina propostas para o desenvolvimento de um novo instrumento que contribua para a consecução do objetivo central da política de saúde e segurança no trabalho, prevenindo acidentes e danos à integridade física e psíquica que

sejam consequências do trabalho, reduzindo ao mínimo as causas de riscos inerentes ao ambiente de trabalho.<sup>11</sup>

## 2. AS NORMAS DA OIT E O COMBATE À VIOLÊNCIA E AO ASSÉDIO NO TRABALHO, NO CONTEXTO DA PANDEMIA DA COVID-19

Destaca-se que a Conferência Internacional da OIT, em 21 de junho de 2019, adotou a Convenção nº 190 sobre a Eliminação da Violência e do Assédio no Mundo do Trabalho, que entrou em vigor, recentemente, em 25 de junho de 2021, ratificada por 6 países: Argentina, Equador, Fiji, Namíbia, Somália e Uruguai.

Referida Convenção define o que se deve entender por violência e assédio no mundo do trabalho, além de especificar suas características em contextos de discriminação por sexo, gênero e raça, reconhecendo o direito dos trabalhadores e trabalhadoras a um ambiente de trabalho livre de assédio, rechaçando práticas comportamentais, sistemáticas ou isoladas, que afetem moral, física ou psicologicamente mulheres e homens em seus ambientes de trabalho.

A Convenção nº 190 e sua Recomendação nº 206 estão amparadas na Declaração de Filadélfia (1944) que afirma que todos os seres humanos, “independentemente de raça, crença ou sexo, têm o direito de procurar tanto seu bem-estar material quanto seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança econômica e igualdade de oportunidades”<sup>12</sup>.

Ambas priorizam o trabalho decente, não apenas em relação aos aspectos de igualdade salarial e de oportunidades e de qualidade do emprego, mas avança em relação à noção do local de trabalho ao tratar das agressões, inclusive, quando ocorridas durante o deslocamento entre casa-trabalho-casa.

Em 9 de março de 2022, a Secretaria da Mulher da Câmara dos Deputados publicou Carta Aberta<sup>13</sup>,

10. Cf. RELATÓRIO Geral da Justiça do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho, 2021. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral>>.

11. Quanto à Recomendação nº 3, que trata da prevenção do “antraz”, há proposta de revisão mediante a elaboração de um instrumento em que se abordem todos os riscos biológicos possíveis já conhecidos na atualidade.

12. Violência e assédio no mundo do trabalho: Um guia sobre a Convenção N.º 190 e a Recomendação N.º 206 Escritório Internacional do Trabalho – Genebra: OIT, 2021.

13. Cf. MPT assina carta em favor da ratificação da Convenção 190 da OIT. MPT, 2022. Disponível em: <<https://www.prt24.mpt.mp.br/2-uncategorised/1551-mpt-assina-carta-em-favor-da-ratificacao-da-convencao-190-da-oit>>.

solicitando ao Poder Executivo Federal celeridade na ratificação da referida Convenção, sob o fundamento de que ela protege o direito a um ambiente de trabalho livre de violência e assédio e apresenta diretrizes que podem ser adotadas – por empresas e entidades públicas -, para a prevenção dessas condutas que configuram uma ameaça para a igualdade de oportunidades na esfera laboral.

Considerando, inclusive, a vulnerabilidade a que estão submetidas as trabalhadoras nas relações de trabalho e que o assédio sexual é um dos grandes entraves ao ingresso, manutenção e ao desenvolvimento das mulheres no mundo do trabalho, a Carta aponta para a urgência da ratificação da Convenção 190 que está em perfeita harmonia com o direito fundamental ao trabalho digno, previsto constitucionalmente, e com diversos outros instrumentos internacionais ratificados pelo Brasil, inclusive a Convenção 155, sobre a proteção do meio ambiente de trabalho.

“Síntese Setorial” da OIT sobre a Convenção nº 190, publicada em maio de 2020<sup>14</sup>, destaca a rele-

vância da referida Convenção, durante a pandemia, apresentando exemplos de violência e assédio relacionados com o trabalho que foram denunciados em vários países no contexto da Covid-19, indicando as disposições, tanto da Convenção nº 190, como da Recomendação nº 206 que a complementa, que podem ajudar a prevenir e a resolver essas situações.

No Brasil, por exemplo, assistiu-se a inúmeros episódios de violência contra profissionais de saúde nos transportes públicos, perpetrados por pessoas que se recusavam a dividir o mesmo espaço com supostos “disseminadores” do vírus da Covid-19.<sup>15</sup>

Nessa esteira, apresenta-se a seguir quadro resumo, elaborado com base nos registros da referida “Síntese Setorial”, com algumas razões pelas quais a ratificação da Convenção nº 190 e a sua implementação, em conjunto com a Recomendação nº 206, revelam-se de grande importância para uma resposta rápida e eficaz no combate à violência e ao assédio no trabalho, agravados no contexto da pandemia da Covid-19:

### Quadro Resumo 1 – Razões para Ratificação da C. 190 e da R. 206 da OIT

OBJETIVOS DA OIT	EXEMPLOS DE VIOLAÇÕES	RESPOSTAS C. 190/R. 206
Prevenir e combater o crescimento da violência e do assédio que extravasa as instalações físicas do local de trabalho, considerando-se, que a pandemia da Covid-19 modificou a forma como muitas pessoas trabalham	Em muitos países foram registrados casos de cloro lançados em enfermeiras durante o trajeto casa-trabalho-casa, ou de trabalhadores no setor de comércio agredidos ou abusados verbalmente pelos clientes devido à escassez de oferta. Ainda, o aumento do teletrabalho incrementou a ciberperseguição (cyberbullying).	A Convenção nº 190 protege contra todas as formas de violência e assédio no mundo do trabalho (artigo 3º).
Combater a violência e o assédio de uma forma abrangente	Trabalhadores (as) migrantes, em situações vulneráveis, denunciaram riscos acrescidos de violência e assédio pelas autoridades responsáveis pelo controle de fronteiras, quando abandonaram o país de acolhimento na sequência da perda do emprego.	A Convenção nº 190 e a Recomendação nº 206 adotam abordagem inclusiva, que considera a dimensão de gênero. (artigo 4º)
Prevenir e combater o crescimento da violência e do assédio sexual.	A Covid-19 exacerbou ainda mais os estereótipos de gênero e as masculinidades violentas, conduzindo a um aumento do trabalho não remunerado de prestação de cuidados para as mulheres. Esta situação, associada a uma maior insegurança financeira e desemprego, conduziu a um aumento da violência e do assédio de gênero e, mais especificamente, da violência doméstica contra mulheres.	Convenção nº 190 prevê medidas específicas para combater a violência e o assédio de gênero. (Preâmbulo, artigos 1º, 4º, 5º e 10º C. 190, e parágrafos 16-18 da R. 206).

14. Cf. A COVID-19 e a Convenção (nº190) sobre Violência e Assédio. Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <[https://www.ilo.org/brasilia/temas/covid-19/WCMS\\_760224/lang-pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasilia/temas/covid-19/WCMS_760224/lang-pt/index.htm)>.

15. Cf. GUIMARÃES, Ligia. Coronavírus: profissionais de saúde relatam hostilidade no transporte público de SP. BBC NEWS Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-51983987>>.

OBJETIVOS DA OIT	EXEMPLOS DE VIOLAÇÕES	RESPOSTAS C. 190/R. 206
Atenuar o impacto da violência doméstica no mundo do trabalho.	O isolamento imposto pela pandemia incrementou o teletrabalho, transformando, para muitos, a casa em seu local de trabalho, o que implicou riscos acrescidos de violência e assédio. Registaram-se, em muitos países, aumento de violência doméstica, especialmente contra mulheres e pessoas com deficiência, mas também contra homens. A violência doméstica tem um impacto em termos de saúde, segurança e produtividade dos trabalhadores e trabalhadoras, bem como na sua capacidade de integração, permanência e evolução no mercado de trabalho.	A Convenção nº 190 reconhece a relação entre a violência doméstica e o mundo do trabalho. (alínea f do artigo 10º e parágrafo 18 da R. 206)
Prevenir e combater a ciberperseguição	Ainda que o teletrabalho possa reduzir as formas de violência e assédio que exigem um contato pessoal, o recurso generalizado ao teletrabalho pode implicar um risco acrescido de violência e assédio por meios tecnológicos, conhecido como “ciberperseguição”.	A Convenção nº 190 também se aplica à ciberperseguição. (artigo 3º).
Proteger as pessoas que se encontram ainda mais expostas à violência e ao assédio em determinados setores, profissões e modalidades de trabalho.	A Covid-19 intensificou a violência e o assédio em alguns setores e profissões, como é o caso da saúde e o serviço social, dos serviços essenciais, do trabalho doméstico, ou do trabalho noturno ou isolado, que já apresentavam elevados níveis de exposição mesmo antes da pandemia.	A Convenção 190 reconhece que alguns setores e profissões, como saúde, transportes, educação e trabalho doméstico, ou o trabalho noturno ou em áreas isoladas, são mais suscetíveis à exposição, à violência e ao assédio. (artigo 8º da C. 190 e parágrafo 9 da R. 206)
Garantir a proteção das pessoas que trabalham na economia informal.	A Covid-19 impactou os meios de subsistência e bem-estar de muitas pessoas que trabalham na economia informal. O isolamento agravou o risco já elevado de violência e assédio por parte de clientes, terceiros ou autoridades locais. Em muitos países, feirantes e ambulantes denunciaram violentas represálias ou assédio por parte da polícia por se encontrarem em espaços públicos, ainda que em virtude de trabalho por necessidade ou a prestar serviços essenciais à coletividade.	A Convenção nº 190 amplia a proteção aos trabalhadores e trabalhadoras e outras pessoas envolvidas na economia informal, (artigo 8º da C. 190, e parágrafo 11 da R. 206)
Garantir a igualdade e a não discriminação das pessoas em situação de vulnerabilidade	A Covid-19 intensificou o estigma, discriminação, violência e assédio de grupos vulneráveis. Populações indígenas denunciaram a falta de informação nas suas línguas sobre as estratégias de prevenção da pandemia Covid-19 e sobre a forma de acesso aos serviços de saúde e apoio em caso de violência e assédio. Quando se cruzam múltiplas formas de discriminação com base em diferentes características pessoais, o impacto da pandemia é ainda mais grave.	A Convenção nº 190 abarca trabalhadores e trabalhadoras e outras pessoas de um ou mais grupos vulneráveis ou em situações de vulnerabilidade. (artigo 5º da C. 190 e parágrafos 10-13 da R. 206).
Adotar, adaptar e implementar medidas no local de trabalho em matéria de violência e assédio.	A pandemia demonstrou que uma série de fatores pode conduzir ou aumentar o risco de violência e assédio, tais como más condições de trabalho, stress, estigma e discriminação. Por exemplo, as pessoas que trabalham no setor da saúde e de cuidado foram assediadas devido à sua exposição à Covid-19; simultaneamente, a escassez de pessoal, de equipamento de proteção individual e de instalações gerou um ambiente de trabalho tenso, conduzindo a um maior risco de violência e assédio por parte dos pacientes e suas famílias, de colegas e da administração.	A Convenção nº 190 apela à adoção de políticas em matéria de violência e assédio no local de trabalho e à avaliação de todos os fatores associados como parte do sistema de gestão da segurança e saúde no trabalho (SST) e da avaliação dos riscos de SST no local de trabalho. (art. 9º da C. 190 e parágrafos 8 e 18 R. 206)



OBJETIVOS DA OIT	EXEMPLOS DE VIOLAÇÕES	RESPOSTAS C. 190/R. 206
Assegurar uma comunicação segura, justa e efetiva e meios de recurso adequados e eficazes.	A Covid-19 demonstrou que os serviços de apoio e o acesso à justiça para responder à violência e ao assédio são essenciais e devem continuar a funcionar eficazmente, mesmo durante o confinamento ou outras formas de isolamento social.	A Convenção nº 190 apela à aplicação da lei, aos meios de recurso e à assistência como componentes essenciais de qualquer tentativa de pôr termo à violência e ao assédio. (artigo 10º da C. 190 e parágrafos 14-22 da R. 206).
Promover melhores dados.	A Covid-19 demonstrou que os dados sobre a violência e o assédio são essenciais para responder eficazmente à crise, nomeadamente, informações sobre os perpetradores, as vítimas e os locais onde estas situações ocorrem. A informação estatística, entre outra, deve ser desagregada por sexo, profissão e setor de atividade económica, bem como por tipo de deficiência, etnia, migração, estatuto sorológico HIV e LGBTQIA+.	A Recomendação nº 206 reconhece a importância dos dados estatísticos. (parágrafo 22 da R. 206).

Fonte: Elaboração própria a partir da análise do Relatório “Síntese Setorial” sobre a Convenção nº 190 publicada pela OIT em maio de 2020.

No que diz respeito à vigilância da saúde, a Recomendação nº 171 sobre “Serviços de Saúde Ocupacional” indica que medidas devem ser tomadas para proteção da privacidade dos trabalhadores, garantindo que seus dados não sejam usados para fins discriminatórios, prevendo, inclusive, disposições relativas à proteção de dados pessoais relacionados à avaliação da saúde do trabalhador realizada pelos serviços de saúde ocupacional.

Sabe-se que após surtos de doenças infecciosas, é possível que ocorram incidentes de racismo e xenofobia, em particular contra pessoas de grupos étnicos e de países onde o vírus é mais prevalente. Diversas foram as notícias divulgadas pela imprensa nacional e internacional, sobre agressões sofridas pelos cidadãos da China, em várias partes do mundo, tendo, até mesmo, alguns Chefes de Estado, se referido, publicamente, ao sars-cov-2, como o “vírus chinês”<sup>16</sup>.

A raça, inclusive, é uma das razões de discriminação listada na Convenção nº 111 sobre “Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação”, que proíbe, expressamente, a discriminação em todos os aspectos do emprego e da ocupação, proibição, esta, também, presente em nossa Constituição Federal, a exemplo do art. 3º, IV, art. 5º, *caput* e art. 7º, XXX.

Em muitos países, a legislação nacional ainda proíbe a discriminação baseada no estado de saúde<sup>17</sup> e essa proteção contra a discriminação no emprego baseada no “estado de saúde”, incluindo casos de infecção viral, também pode ser considerada coberta pela Convenção nº 111, acaso contemplada no quadro jurídico interno dos Estados-membros que a ratificaram, como motivo de discriminação.

O Brasil, além de ter ratificado a referida Convenção nº 111, em 26 de novembro de 1965, dispõe no art. 1º da Lei nº 9.029/95 sobre a proibição de “qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros”.

Nessa esteira, o sistema interamericano de direitos humanos também protege o trabalhador contra ingerências arbitrárias em sua vida privada, aspecto central no desenvolvimento da bioética dos direitos humanos, diante do estigma social associado à Covid-19 que atinge as pessoas contaminadas pelo vírus.<sup>18</sup>

Os Estados têm, portanto, o dever de proporcionar informações fidedignas sobre a pandemia, evitando a propagação de desinformação e preservando a privacidade e a proteção de dados das pessoas

16. Cf. FELLETT, João. ‘Vírus chinês’: como Brasil se inseriu em disputa geopolítica entre EUA e China sobre pandemia. BBC NEWS Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51963251>>.

17. Croácia, França, México, entre outros.

18. Resolução nº 4/2020 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, adotada em 27 de julho de 2020, pela CIDH.

com Covid-19, evitando, assim, a proliferação de ferramentas digitais e aplicativos que utilizem dados pessoais da população, especialmente informações sensíveis no contexto da pandemia.

No Brasil, não foram poucos os episódios de vazamento de informações sensíveis de seus cidadãos, relacionados às carteiras de vacinação, por exemplo, fruto de ataques aos sistemas informáticos do Sistema Único de Saúde, como o que ocorreu em dezembro de 2021, quando milhares de brasileiros (as) ficaram sem seus certificados de vacinação, inviabilizando, assim, o acesso a locais de trabalho, a ambientes privados e repartições públicas, em um momento em que se discutia a necessidade da exigência do “passaporte de vacinação” no país<sup>19</sup>.

A Recomendação nº 205 sobre “Emprego e Trabalho Decente para Paz e Resiliência” destaca, ainda, a importância da perspectiva de gênero na análise, pelos Estados-membros, das respostas à crise, diante do fato de que as mulheres continuam sendo as mais atingidas pelas crises e continuam sendo maioria nos serviços de cuidados. Quando a disseminação do vírus exige o fechamento de escolas, restringe a circulação e coloca em risco familiares mais idosos, são as mulheres, como antes debatido, que arcam com maiores responsabilidades em seus lares, assumindo o apoio na educação à distância dos filhos, o cuidado com os familiares enfermos e garantindo que não falem as refeições em casa<sup>20</sup>.

Importante frisar, também, que existem exceções relacionadas ao trabalho obrigatório durante uma epidemia. Nas normas da OIT, em particular na Convenção nº 29 sobre “Trabalho Forçado ou Obrigatório”, a definição de trabalho compulsório não inclui serviços em caso de emergência pandêmica<sup>21</sup>, sendo que nesses casos excepcionais, não poderá ser exigida a realização de trabalho, sem uma supervisão das autoridades competentes e sem a limitação

da duração do serviço às estritas exigências da situação.<sup>22</sup>

Quanto a algumas categorias específicas de trabalhadores, ressalta-se a situação dos profissionais de saúde, que correm um risco particular de exposição a doenças transmissíveis como a Covid-19.

A Convenção nº 149 sobre o “Emprego e Condições de Trabalho e de Vida do Pessoal de Enfermagem” insta os governos a se esforçarem para melhorar as disposições legislativas existentes no campo de segurança e saúde no trabalho, adaptando-as às características particulares do trabalho de enfermagem e ao ambiente em que é realizado. A recomendação sobre pessoal de enfermagem nº 157 aborda a proteção à saúde ocupacional no setor de enfermagem e exorta a adoção de medidas para garantir que profissionais de enfermagem não sejam expostos a riscos especiais. Caso os riscos sejam inevitáveis, a recomendação exorta que medidas sejam adotadas para minimizar esses riscos, incluindo o fornecimento e o uso de EPIs, a redução da jornada de trabalho e pausas mais frequentes para descanso.<sup>23</sup>

Nessa esteira, é importante registrar que não há normas tratando sobre paralisações, greves ou suspensão de trabalho em atividades essenciais, no âmbito do Sistema de Normas Internacionais do Trabalho da OIT. Contudo, a Organização Internacional do Trabalho prevê entre as limitações ao exercício do direito de greve por parte dos trabalhadores, os serviços essenciais, definidos como “aqueles cuja interrupção pode colocar em perigo a vida, a segurança e a saúde de parte ou de toda a população”.

O documento publicado em 2018, pela OIT, intitulado “Diretrizes de Trabalho Decente nos Serviços Públicos de Emergência” concluiu que:

19. <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/12/10/ministerio-da-saude-diz-que-pf-investigara-ataque-hacker.htm>

20. Parágrafo 9 da Recomendação nº 205 sobre “Emprego e Trabalho Decente para Paz e Resiliência”. Artigos 1 e 2 da Convenção nº 100 sobre “Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor”. Artigos 1 e 2 da Convenção nº 111 sobre “Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação” e artigos 1 a 6 da Convenção nº 156 sobre “Sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Homens e Mulheres Trabalhadores: Trabalhadores com Encargos de Família”.

21. Artigo 2º, 2, d, da Convenção nº 29 sobre “Trabalho Forçado ou Obrigatório”.

22. Parágrafo 280, do “Levantamento Geral sobre as Convenções Fundamentais relativas aos direitos do trabalho à luz da Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa”, da Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações da OIT (CEACR), 2012.

23. Parágrafo 49 da Recomendação nº 157 sobre “pessoal de enfermagem”. A publicação da OIT intitulada “Diretrizes de Trabalho Decente nos Serviços Públicos de Emergência”, de 2018, aborda a necessidade de proteger os funcionários públicos de emergência da exposição a doenças transmissíveis, incluindo profissionais de saúde de emergência, declarando que “é importante monitorar e avaliar o progresso dos planos de gerenciamento de respostas, de políticas nacionais de segurança e saúde dos trabalhadores dos serviços públicos de emergência, medidas de emergência para impedir a contágio por doenças transmissíveis (especialmente para profissionais de saúde de emergência), protocolos de investigação sobre violência e assédio no trabalho e o fornecimento de equipamentos de proteção individual”.

Além dos serviços policiais e das forças armadas, outros “serviços públicos de emergência” podem ser considerados serviços essenciais no que diz respeito às restrições legais que podem ser impostas ao exercício dos direitos de liberdade sindical de seus funcionários, quando a interrupção do trabalho implicar em risco a vida, a saúde ou a segurança pessoal de parte ou de toda população. Se forem privados do direito de greve por força da legislação nacional, esses trabalhadores devem ter acesso a procedimentos adequados de conciliação e arbitragem, imparciais e rápidos quando surgem conflitos de interesse.<sup>24</sup>

Nessa esteira, o Brasil não destoa das diretrizes da Organização Internacional do Trabalho, pois atrela as restrições ao exercício do direito de greve pelos trabalhadores às atividades essenciais (“serviços públicos de emergência” segundo nomenclatura utilizada pela OIT). Embora o direito de greve seja tematizado na legislação nacional desde 1890, as tensões acerca dos limites do seu exercício perduraram até a CF/88, sendo a ideia de atividades essenciais um importante limitador do exercício desse direito, sobretudo em períodos de implantação de regimes no país, nos quais, a despeito de uma admissão formal do direito, seu exercício prático era esvaziado por meio de inúmeros subterfúgios.

Concluindo, em 27 de julho de 2020, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos adotou a Resolução nº 4 que dispõe sobre “Direitos Humanos das Pessoas com Covid-19” e estabelece diretrizes sobre os direitos das pessoas contaminadas durante a pandemia, de acordo com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, reconhecendo que o direito à saúde de todos os trabalhadores e trabalhadoras deve ser resguardado, devendo o Estado assumir seu papel de garantidor, oferecendo o melhor tratamento possível às pessoas contaminadas pela Covid-19 que se encontrem sob a tutela das instituições públicas de saúde.

Com estas diretrizes, a CIDH continua desenvolvendo os princípios de direito internacional dos direitos humanos para proteger as pessoas que, hoje, estão em maior situação de vulnerabilidade, servindo de norte aos Estados na adoção de medidas que priorizem os direitos humanos nos processos de

tomada de decisões. O documento representa, portanto, uma contribuição que a CIDH coloca à disposição dos Estados e da sociedade civil para a defesa dos direitos humanos no continente americano no contexto da pandemia.<sup>25</sup>

Diante da necessidade de prevenção de riscos aos sistemas de saúde na atenção das pessoas com Covid-19, e do contínuo monitoramento de outros possíveis surtos epidêmicos durante a pandemia da Covid-19, a referida Resolução nº 4 exorta como dever dos Estados a necessidade de manutenção dos serviços essenciais de diagnóstico, tratamento, cuidados, reabilitação e serviços médicos essenciais dirigidos às pessoas com Covid-19 e em situação de maior vulnerabilidade na pandemia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O enfrentamento da pandemia da Covid-19 pelos Estados requer, pois, a utilização máxima dos recursos disponíveis, inclusive em cenários de escassez de recursos e de austeridade fiscal, diante do sistema de normas internacionais de direitos humanos, devendo, os Estados, adotarem medidas constantes para minimizar os riscos de contágio pelo vírus, incluindo políticas públicas dirigidas à garantia de acesso aos serviços de saúde por todos os seus cidadãos.

O mundo testemunhou, em 30 de janeiro de 2020<sup>26</sup>, a 6ª declaração de “Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII)” da Organização Mundial de Saúde, desde sua constituição, em virtude do surto do novo coronavírus, identificado, inicialmente, na República Popular da China. Este mais alto grau de alerta da OMS, segundo seu Regulamento Sanitário Internacional<sup>27</sup>, visou aprimorar a coordenação e cooperação internacionais e a solidariedade global voltadas à interrupção da propagação do vírus.

O alerta “ESPII” indica um evento extraordinário com potencial risco à saúde pública dos Estados,

24. Reunião da Comissão de Peritos da OIT para adoção das “Diretrizes sobre o trabalho decente nos serviços públicos de urgência”. Genebra, 16-20 de abril de 2018. Tradução livre

25. CIDH adopta Resolución 4/20 que establece Directrices Interamericanas sobre los “Derechos Humanos de las personas con COVID-19”. OEA, 2020. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/180.asp>>.

26. OMS declara emergencia de salud pública de importancia internacional por surto de novo coronavirus. OPAS, 2020. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/news/30-1-2020-who-declares-public-health-emergency-novel-coronavirus>>.

27. REGULAMENTO Sanitário Internacional (RSI). OPAS, 2020. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/reglamento-sanitario-internacional-rsi>>.

por meio da disseminação internacional da doença, exigindo-se grande exercício de solidariedade internacional, por meio da cooperação entre os povos e da coordenação internacional na adoção das respectivas medidas de enfrentamento e contenção da contaminação pelo vírus.

Registre-se que na **reunião do Comitê de Emergência do Regulamento Sanitário Internacional da OMS**, seu diretor-geral, Tedros Adhanom, ressaltou que o principal motivo da declaração não dizia respeito à descoberta do novo corona vírus na China, mas ao que estava acontecendo em outros países. Ressaltou, ele, que a maior preocupação é o potencial do vírus para se espalhar por países com sistemas de saúde mais fracos e mal preparados para lidar com ele. E, resumindo suas recomendações, conclamou o mundo a compartilhar dados, conhecimentos e experiências com a OMS, afirmando que

[...] a única maneira de derrotar este surto é ter todos os países trabalhando juntos em um espírito de solidariedade e cooperação. Estamos todos juntos nisso e só podemos pará-lo juntos. É tempo de fatos, não de medo. É tempo da ciência, não de rumores. É tempo da solidariedade, não do estigma.<sup>28</sup> (tradução livre)

A participação plena da comunidade internacional no progresso científico e a respectiva distribuição dos benefícios a todos os seus membros é, portanto, um direito humano reconhecido e protegido internacionalmente, sendo fundamental para a efetivação do direito humano à saúde dos povos, tanto para a prevenção de enfermidades, como para seu tratamento e para a própria erradicação desta, e de outras pandemias, a nível global.

## REFERÊNCIAS

- CIDH. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Disponível em: <<https://www.corteidh.or.cr/index.cfm?lang=pt>>. Acesso em: 17 out. 2022.
- FELLET, João. *'Vírus chinês': como Brasil se inseriu em disputa geopolítica entre EUA e China sobre pandemia*. BBC NEWS Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51963251>>. Acesso em: 17 out. 2022.
- GUIMARÃES, Ligia. *Coronavírus: profissionais de saúde relatam hostilidade no transporte público de SP*. BBC NEWS Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-51983987>>. Acesso em: 17 out. 2022.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Convenções da OIT*. São Paulo: Atlas, 2009.
- MPT. *Ministério Público do Trabalho*. Disponível em: . Acesso em: 17 out. 2022.
- OIT. *Organização Internacional do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br>>. Acesso em: 17 out. 2022.
- OMS. *Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: <https://www.who.int/pt>. Acesso em: 17 out 2022.
- OPAS. *Organização Pan-Americana da Saúde*. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/brasil>>. Acesso em: 17 out. 2022.
- TST. *Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral>>. Acesso em: 17 out. 2022.
- VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. *Proteção efetiva contra a despedida arbitrária no Brasil*. São Paulo: Ltr, 2015.

28. WHO Director-general's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCov). OPAS, 2020. Disponível em: <[https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov))> .

# Liberdade religiosa no ambiente laboral: é lícito ao empregador instituir no contrato de trabalho cláusula que proíba o proselitismo religioso?

Aloisio Cristovam dos Santos Junior\*

**RESUMO:** O potencial conflituoso do proselitismo religioso tem sido utilizado como argumento para que se defenda a sua proibição absoluta no ambiente de trabalho já a partir da celebração do contrato de emprego. O objetivo do presente artigo é justamente examinar se a instituição de cláusula nesse sentido é compatível com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade Religiosa; Proselitismo religioso; contrato de trabalho.

**ABSTRACT:** The potential conflicts arising from religious proselytism has been used as an argument for defense its absolute proscription in the workplace as early as the conclusion of the contract of employment. The aim of this paper is precisely to discuss if the stipulation of a clause to that effect is consistent with the Brazilian constitutional system.

**KEYWORDS:** Religious Freedom; Religious Proselytism; Employment Contract.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Uma importante discussão semântica: o sentido da expressão proselitismo religioso. 3. A eficácia do direito fundamental à liberdade religiosa na relação de emprego. 4. A raiz fasciculada do proselitismo religioso: liberdade religiosa e liberdade de manifestação do pensamento. 4.1. O proselitismo como posição jurídica essencial à configuração do direito fundamental à liberdade religiosa. 4.2. O proselitismo como posição jurídica nuclear da liberdade de manifestação de pensamento. 5. A (in)constitucionalidade de cláusula vedatória do proselitismo religioso. 6. Conclusões. 7. Referências bibliográficas.

**SUMMARY:** 1. Introduction. 2. An important discussion semantics: the meaning of the term religious proselytizing. 3. The

effectiveness of the fundamental right to religious freedom in the employment relationship. 4. The double root of religious proselytism: religious freedom and freedom of expression of thought. 4.1. Proselytizing legal as essential position to the configuration of the fundamental right to religious freedom. 4.2. Proselytizing as juridical nuclear position of the expression of freedom of thought. 5. About the constitutionality of the clause forbidding religious proselytizing in the workplace. 6. Conclusions. 7. Bibliographic References.

## 1. INTRODUÇÃO

As relações de trabalho constituem um campo particularmente propício para o desenvolvimento de conflitos relacionados com a manifestação do fenômeno religioso. É natural que assim o seja. Os seres humanos investem parte significativa do seu tempo nas atividades por meio das quais buscam obter o sustento próprio e familiar. A par disso, a fé religiosa tem como traço característico uma inexorável aptidão para exorbitar dos escaninhos da consciência individual, na medida em que se faz acompanhar de uma cosmovisão que molda o comportamento das pessoas em todas as áreas da vida, incluindo, por óbvio, as relações intersubjetivas.<sup>1</sup>

A exteriorização das crenças religiosas, no entretanto das ideias e das opiniões difundidas no ambiente de trabalho, vez por outra se apresenta amalgamada com algum nível de intolerância que compromete as relações pessoais. Isso é ainda mais notório nos domínios daquela relação de trabalho qualificada pelo estado de subordinação de uma das partes e cuja existência plasmou o desenvolvimento do Direito do Trabalho: a relação de emprego.

De todos os conflitos que podem comparecer no ambiente de trabalho tendo como pano de fundo o fator religioso, aqueles motivados pelo proselitismo,

(\*) Aloisio Cristovam dos Santos Júnior é Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Simões Filho (TRT5). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), com estágio (Doutorado Sanduíche) na Universidade de Coimbra (UC). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), onde também obteve a sua graduação em Direito, e em Direito do Trabalho Portuário e Marítimo pela Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca (USAL). Autor de diversas obras jurídicas publicadas no Brasil e na Espanha. E-mail: acristovamjr@gmail.com

1. Nas palavras de Sara Guerreiro (*As fronteiras da tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem*. Coimbra: Edições Almedina, 2005, p. 20), “a religião surge associada a um conjunto de valores e princípios que condicionam o indivíduo na sua actuação quotidiana”.

se não são os que ocorrem com maior frequência<sup>2</sup>, certamente são os mais desafiadores. Ao tempo em que se trata de uma prática indispensável à afirmação da identidade do crente e constitui igualmente uma concretização da mais sagrada liberdade humana – a de manifestação do pensamento –, o proselitismo, dependendo das circunstâncias em que é exercitado, pode representar, para quem foi escolhido como alvo, um atentado à sua liberdade de consciência, da qual eventualmente não é possível fugir em virtude da subordinação hierárquica ou do fundado receio de desagradar a equipe de trabalho, dentre outros motivos.

À vista do potencial conflituoso que a prática proselitista carrega, não é de se admirar que haja quem defenda um ambiente de trabalho asséptico em relação ao fenômeno religioso. Estes são os que propugnam por uma vedação absoluta do proselitismo religioso desde a celebração do contrato de emprego, como uma medida que preveniria o surgimento de conflitos intersubjetivos e os eventuais prejuízos à atividade empresarial daí decorrentes. O objetivo do presente artigo é justamente analisar a compatibilidade de tal solução com o ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

## 2. UMA IMPORTANTE DISCUSSÃO SEMÂNTICA: O SENTIDO DA EXPRESSÃO PROSELITISMO RELIGIOSO

Todas as discussões que envolvem a questão religiosa apresentam-se permeadas por uma forte carga emocional que afeta de modo significativo a pré-compreensão do intérprete<sup>3</sup>. Trata-se, portanto, de um *locus* onde a escolha das palavras tem uma elevada importância e não pode ser feita de modo descuidado. Certas expressões (sectarismo, por exemplo) guardam um indelével sentido pejorativo. Outras (fundamentalismo, por exemplo) experimentaram ao longo da história – e ainda experimentam na contemporaneidade – mutações de sentido que podem conduzir a interpretações jurídicas abissalmente distanciadas. É o que se dá com a palavra proselitismo, cuja significação costuma repercutir no tratamento jurídico que os estudiosos do direito

conferem ao fenômeno religioso. Daí por que a adoção de um acordo semântico em torno da expressão *proselitismo* torna-se imprescindível para a compreensão deste texto. Para tanto, vale, inclusive, buscar o seu significado a partir das suas raízes etimológicas.

O termo *proselitismo* tem origem etimológica na palavra grega transliterada *prosélytos* que significa literalmente *recém-chegado* e, entre os judeus, identificava alguém que, vindo de uma religião pagã, abraçou o judaísmo<sup>4</sup>. A expressão foi utilizada nesse sentido por Jesus Cristo em veemente condenação ao comportamento hipócrita dos fariseus que, embora se esforçassem para conquistar adeptos à fé judaica, punham sobre o recém-chegado uma carga de deveres religiosos que nem eles próprios seriam capazes de suportar<sup>5</sup>. A conotação da palavra é, portanto, originariamente religiosa, posto que hoje tenha se tornado comum falar em outras espécies de proselitismo, dentre os quais o proselitismo político e o sindical.

À luz da raiz histórica da palavra, proselitismo pode ser definido como a atividade que o crente desenvolve ao difundir, por quaisquer meios, as ideias e crenças que professa com o objetivo de conquistar novos adeptos à sua fé religiosa<sup>6</sup>.

Uma advertência de logo deve ser feita. A mera exteriorização do pensamento religioso não constitui, por si só, proselitismo, pois pode ser motivada por razões outras que não a conquista de novos adeptos, a exemplo de razões estritamente apologéticas<sup>7</sup>. Neste sentido é que Sara Guerreiro afirma que

2. É possível que os casos de discriminação religiosa sejam ainda mais numerosos que os problemas relacionados especificamente com o proselitismo religioso, se bem que costumam se apresentar entrelaçados.  
3. Sobre a inevitabilidade da pré-compreensão na hermenêutica, cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Tradução de Enio Paulo Giachini. 10. ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

4. O teólogo James Strong na célebre obra *Léxico Hebraico, Aramaico e Grego de Strong*. (Barueri, Sociedade Bíblica do Brasil, 2002) anota que os rabinos distinguem duas classes de prosélitos, prosélitos de retidão, que recebiam a circuncisão e se comprometiam em guardar toda a lei mosaica e cumprir todas as exigências do judaísmo, e os prosélitos da entrada, que habitavam entre os judeus, e mesmo incircuncisos observavam algumas leis específicas, especialmente os preceitos de Noé contra os sete pecados capitais: idolatria, blasfêmia contra Deus, homicídio, lascívia, roubo ou saque, rebelião contra governantes, e o uso de "carne com sangue".  
5. Evangelho de Mateus, capítulo 23, versículo 20, in verbis, "Ai de vós, escribas e fariseus, hipócritas, porque rodeais o mar e a terra para fazer um prosélito; e, uma vez feito, o tornais filho do inferno duas vezes mais do que vós!" (Mateus 23:15 RA).  
6. Sobre a definição de proselitismo, inclusive chamando a atenção para a conotação pejorativa e o preconceito que pode estar associado ao termo, cf. Sara Guerreiro, *Op. cit.* p. 177.  
7. A apologética pode caminhar de mãos dadas com o proselitismo, pois quem defende argumentativamente sua convicção religiosa o faz normalmente na esperança de convencer seu oponente a mudar de opinião e, conseqüentemente,

A prática do proselitismo faz, normalmente, parte das exigências da própria religião perfilhada, constituindo exercício dessa religião. Para além da simples manifestação das suas convicções religiosas, quem exerce o proselitismo empenha-se fortemente em tentar convencer o respectivo “alvo” a aderir à sua fé.<sup>8</sup>

A atividade proselitista assumiu historicamente diversas formas, incluindo, conforme lembram Jean Rivero e Hugues Moutouh, “desde a intolerância ou mesmo a conquista até o testemunho silencioso e o martírio”<sup>9</sup>. Entre os cristãos o proselitismo é usualmente denominado de evangelismo ou evangelização.

A manifestação mais antiga e mais usual de proselitismo é a oral<sup>10</sup>. Todavia, o proselitismo pode ser praticado na forma escrita e por meio de símbolos e gestos. A evolução tecnológica, ademais, permite que o proselitismo seja praticado à distância, merecendo destaque a utilização de meios de comunicação de massa, como evidenciado pelos inúmeros programas religiosos apresentados diariamente nas emissoras de rádio e de TV brasileiras. Os sites da internet e a correspondência eletrônica também têm sido largamente usados com essa finalidade.<sup>11</sup>

Cumpra aqui, ainda, desfazer um equívoco muito comum e que deve ser evitado, haja vista que tem implicações hermenêuticas desfavoráveis à efetividade do direito ao proselitismo religioso. Trata-se da confusão entre proselitismo e sectarismo, que não são expressões sinônimas e se referem a fenômenos diferentes. A distinção entre ambos os termos pode ser percebida, por exemplo, no mais popular

dicionário de Língua Portuguesa. O vocábulo sectarismo é, na definição do Aurélio<sup>12</sup>, sinônimo de estreito espírito de seita, de intolerância, de modo que já traz na sua essência uma conotação pejorativa, um desvalor. O vocábulo proselitismo, no mesmo dicionário, é definido como a atividade diligente em fazer prosélitos, não carregando, portanto, a mesma carga negativa que o vocábulo sectarismo.

Proselitismo religioso, portanto, deve ser entendido neste artigo como se referindo à expressão de fé religiosa do crente com o objetivo de conquistar a adesão de outrem às suas crenças, independentemente da forma pela qual a prática se manifesta. Cuida-se aqui, portanto, não de uma simples expressão de fé religiosa, mas de uma expressão de fé qualificada por uma ação ou um discurso tendente a persuadir alguém a tornar-se um adepto da crença religiosa professada por seu autor.

### 3. A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA NA RELAÇÃO DE EMPREGO

A liberdade religiosa, da qual o direito ao proselitismo constitui uma de suas posições jurídicas<sup>13</sup>, é inegavelmente um dos mais relevantes direitos fundamentais, inclusive sob o ponto de vista de sua precedência histórica<sup>14</sup>. A sua concretização no âmbito da relação de emprego, que tem uma base contratual e se estabelece ordinariamente entre particulares, reclama, necessariamente, uma tomada de posição a respeito da vinculação dos direitos fundamentais *inter privados*.

O fenômeno do poder privado, que faz aflorar a desigualdade em muitas das relações jurídicas, é o principal argumento para a reconsideração da doutrina tradicional dos direitos fundamentais como oponíveis unicamente ao Estado. No preciso diagnóstico de Ingo Sarlet,

a aderir à fé do apologeta. Mas a apologética pode ser exercitada mais restritivamente visando apenas ao combate das idéias contrárias à fé do apologeta sem pretender a conversão do oponente.

8. *Op. cit.*, p. 277.

9. RIVERO, Jean e MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.

10. Os cristãos conferem especial valor à forma oral de proselitismo, diante da afirmação paulina de que “a fé vem pela pregação, e a pregação, pela palavra de Cristo” (Romanos 10:17).

11. No que tange ao alcance subjetivo do proselitismo, Paulo Ferreira Cunha (*A Constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 147-148) distingue três formas pelos quais se reveste: O mediático e de uma única e centralizada fonte para uma pluralidade de alvos anônimos; o massivo, mas directo, plural na emissão (missionária) como que porta-a-porta; e o elitista, que visa apenas certos sectores sociais (como os ricos, os pobres, ou os intelectuais).

12. DICIONÁRIO AURÉLIO BÁSICO DA LÍNGUA PORTUGUESA. 1ª Edição (6ª impressão). Editora Nova Fronteira.

13. No particular, vale conferir o extenso catálogo apresentado por Jayme Weingartner Neto, em obra recente que já se tornou clássica (*Liberdade Religiosa na Constituição: Fundamentalismo, Pluralismo, Crenças, Cultos*. Livraria do Advogado, 2007, p. 72-77).

14. Para Jellinek na luta pela liberdade religiosa está a verdadeira origem dos direitos fundamentais (JELLINEK, Georg. *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* Traducción y estudio preliminar Adolfo Posada; Segunda Edición, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 12. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003).

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre o público e o privado, os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades se encontram particularmente ameaçadas.<sup>15</sup>

De fato, se houve época em que os direitos fundamentais tinham como bandeira a proteção dos indivíduos contra o Estado, não há hodiernamente por que negar sua eficácia vinculante nas relações privadas, pelo menos naquelas em que há uma substancial disparidade entre as partes, como é o caso da relação de emprego. As bases dessa construção teórica, que foram definitivamente assentadas pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, com especial destaque para o Caso Lüth<sup>16</sup>, têm sido reafirmadas pela doutrina, tan-

to nacional quanto estrangeira<sup>17</sup>. É de se registrar, inclusive, que a doutrina da eficácia dos direitos fundamentais perante terceiros nasceu justamente na jurisprudência trabalhista alemã, tendo sido originariamente formulada por Hans Carl Nipperdey, Juiz do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha, em decisão prolatada no ano de 1954 na qual sustentou que os direitos fundamentais contêm princípios ordenadores para a vida social, com caráter vinculante e com um significado imediato para o tráfico jurídico privado<sup>18</sup>. Não sem razão, portanto, é que José João Abrantes pontua:

Na relação laboral, a eficácia dos direitos fundamentais surge como absolutamente "natural".

Baseado na subordinação jurídica de uma das partes em relação à outra, o contrato de trabalho constituiu o âmbito natural para a *Drittwirkung* nascer e desenvolver-se.

15. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009. p. 377-378.

16. Os fatos que deram origem ao caso, na narrativa de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (*Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 264), foram os seguintes: "O cidadão alemão Erich Lüth, conclamou, no início da década de cinquenta (à época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Portuária de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do cinema nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme "Jud Süß", de 1941). Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 do Código Civil Alemão – BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conlambração ao boicote), sob cominação de uma pena pecuniária. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo

tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo art. 5, I, 1, GG. O Tribunal Constitucional Federal julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral (Parte Geral) dos direitos fundamentais. Nela, por exemplo, os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo. Também foram lançadas as bases dogmáticas das figuras da *Drittwirkung* e *Austrahlungswirkung* (eficácia horizontal) dos direitos fundamentais, do efeito limitador dos direitos fundamentais em face de seus limites (*Wechselwirkung*), da exigência de ponderação no caso concreto e da questão processual do alcance da competência do TCF no julgamento de uma Reclamação Constitucional contra uma decisão judicial civil".

17. Tratando especificamente sobre o tema, vale conferir os seguintes livros: STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006; NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. Indispensável, também, a leitura das seguintes obras: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

18. Cf. UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. Ed. Rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006., p. 309.



A distribuição desigual de poder econômico e social entre trabalhador e empregador e diferente posição que ocupam na relação de trabalho representam riscos potenciais para a liberdade e os direitos do primeiro.<sup>19</sup>

É certo que, a despeito da crescente aceitação pelos estudiosos da eficácia vinculante dos direitos fundamentais na esfera privada, ainda persiste na doutrina o debate quanto ao caráter dessa vinculação: se indireta, dependendo de um processo de transmutação caracterizado pela aplicação, interpretação e integração das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado à luz dos direitos fundamentais; se direta, reconhecendo-se a sua aptidão como norma de conduta a incidir imediatamente no conteúdo das relações entre particulares.

O posicionamento aqui adotado, em princípio, é favorável ao reconhecimento da eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera das relações jurídicas entre particulares, rendendo homenagens à concepção sustentada entre nós por constitucionalistas de nomeada, dentre os quais o professor Ingo Sarlet, que, contudo, nos adverte de que “as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática”<sup>20</sup>.

Tal advertência sugere que, para além de toda a discussão em torno do modo pelo qual se opera a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, se direta ou indiretamente, sendo a relação de emprego uma província onde há um enorme potencial para agressões aos direitos fundamentais, haja vista o desequilíbrio reinante entre as partes, nada mais recomendável que se busque aferir em cada caso problemático se as eventuais restrições impostas em nome da autonomia privada à prática proselitista no ambiente de trabalho respeitam a dignidade do trabalhador.

#### **4. A RAIZ FASCICULADA DO PROSELITISMO RELIGIOSO: LIBERDADE RELIGIOSA E LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO**

Como visto, o fenômeno religioso não se restringe ao foro íntimo do crente, uma vez que lhe

fornece uma cosmovisão que afeta diretamente a sua conduta. Por isso, a liberdade de crença também compreende a liberdade de atuação conforme às crenças. Como alerta Jónatas Machado,

As convicções religiosas, como também as convicções de outra natureza, encerram, frequentemente, a assunção íntima e vital de um compromisso existencial e ético, com significativas repercussões comportamentais nos planos político, social, cultural, econômico, etc. Se assim é, tais convicções não podem ser artificialmente desligadas da acção humana em que se concretizam e manifestam, juntamente com a qual se subsumem a uma realidade incidível: o fenómeno religioso. Daqui deriva, em boa parte, o relevo jurídico-constitucional que este apresenta. Compreensivelmente, em nome da protecção do individuo, da unidade e integridade da sua personalidade moral, a liberdade religiosa deve proteger a conduta religiosa, a liberdade de actuação e autoconformação de acordo com as próprias convicções, numa medida tão ampla quanto o permita uma ponderação de bens constitucionalmente saudável. Quer dizer, a protecção constitucional não se limita ao foro íntimo, cobrindo, ao invés, as acções e as omissões consideradas obrigatórias no quadro de uma autocompreensão religiosa.<sup>21</sup>

Dentre os comportamentos que derivam da autocompreensão religiosa, a divulgação das crenças com o objetivo de conquistar novos adeptos, ou seja, o proselitismo religioso, conta-se certamente como um dos mais resistidos. Todavia, posto que com intensidade diferente, quase todas as religiões buscam divulgar as suas crenças com o objetivo de obter novas adesões. Jónatas Machado observa, ainda, que

Nem todas as religiões têm um igual impulso proselitista. No entanto, para muitas delas ele é um elemento caracterizador essencial. O cristianismo, por exemplo, tem como pedra de esquina o mandamento de Jesus Cristo, “Ide, fazei discípulos em todas as nações... até à consumação dos séculos”. As Testemunhas de Jeová e os Mormons notabilizam-se pelo vigor e pela insistência dos seus esforços proselitistas. Assim, a protecção do fenómeno religioso não pode deixar de abranger os comportamentos idóneos à aquisição do consentimento e da

19. ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. P. 17.

20. *Op. cit.* p. 383.

21. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1996, p. 223-224.

adesão de outros à própria e à comunidade em que esta eventualmente se exprime.<sup>22</sup>

A fundamentalidade do direito subjetivo ao proselitismo religioso na ordem constitucional brasileira é indiscutível. Radica tanto na compreensão de que o tratamento dado à liberdade religiosa pelo texto constitucional é flagrantemente refratário a restrições à exteriorização da fé quanto na identificação da divulgação das idéias religiosas com o núcleo essencial da liberdade de manifestação de pensamento<sup>23</sup>, sendo ambas as *liberdades* essenciais ao livre desenvolvimento da personalidade.

#### 4.1. O proselitismo como posição jurídica essencial à configuração do direito fundamental à liberdade religiosa

A interpretação sistemática do preceito constitucional que assegura a inviolabilidade da liberdade de crença (art. 5º, VI), por si só, já conduz à conclusão de que o proselitismo jurídico corporifica um direito subjetivo contemplado no acervo de posições jurídicas do direito fundamental completo da liberdade religiosa. Isso porque a referência à liberdade de crença não pode ser compreendida como se circunscrevesse ao foro íntimo do indivíduo, até porque a crença que não é externada nem mesmo é passível de controle pelo direito, que só se interessa por comportamentos sociais.

A liberdade de crença de que cogita o constituinte, por óbvio, é a liberdade de manifestar a crença, de exteriorizá-la. Ademais, a liberdade de crença compreende também a liberdade de mudar de religião<sup>24</sup>, uma faculdade que só se justifica na medida em que são afastados os eventuais óbices à livre divulgação das ideias religiosas.<sup>25</sup>

22. Idem, p. 225.

23. Como frisa Jónatas Machado (ibidem, p. 225), “implicando a proteção de múltiplos comportamentos, o exercício da liberdade religiosa desdobra-se em múltiplas posições jurídicas, algumas das quais compreendidas noutros direitos fundamentais”.

24. Neste sentido, José Afonso da Silva, para o qual a liberdade de crença “a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, e a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também (...) a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo” (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10. ed. nos termos da Revisão Constitucional de 1994. São Paulo: Malheiros, 1995)

25. É o que afirma Jónatas Machado (*Op. cit.*, p. 225), para quem a “liberdade religiosa compreende um direito à divulgação das convicções religiosas (*recht auf Äusserung religiöser Überzeugung*), sem a proteção do qual a liberdade de mudar de religião não faz muito sentido”.

Mais do que isso, a própria concepção ideológica que subjaz ao texto constitucional no que se refere à relação entre o Estado e o fenômeno religioso espanca qualquer dúvida quanto ao fato de que o proselitismo religioso é uma prática constitucionalmente protegida, como se verá.

Nossa Constituição adota um modelo de laicidade caracterizado por uma significativa abertura para a expressão religiosa, inclusive no espaço público. Com efeito, desde a referência a Deus no seu preâmbulo<sup>26</sup>, o texto constitucional aponta para uma concepção de Estado que nutre indisfarçável simpatia pelo fenômeno religioso, ao qual tributa não apenas o respeito absentésta, mas a valorização positiva, por meio de diversas disposições constitucionais.

A compreensão de que o modelo de laicidade adotado atualmente pelo Estado brasileiro é do tipo tendente ao favorecimento da expressão religiosa – até mesmo no espaço público – é, assim, a primeira sinalização de que a liberdade religiosa, no nosso ordenamento constitucional, é assegurada da maneira mais ampla possível, incluindo no seu feixe de posições jurídicas o comportamento proselitista<sup>27</sup>.

Há que se tomar em consideração que a expressão religiosa é um valor que integra o nosso sistema jurídico. Trata-se de um viés hermenêutico que não pode ser menoscabado, sobretudo a partir da constatação de que o Direito tem que ser interpretado sistematicamente, compreendendo princípios,

26. Vale registrar que ao julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelo Partido Social Liberal, que sustentava que o preâmbulo da Constituição do Estado do Acre deveria reproduzir a invocação da proteção de Deus, o Supremo Tribunal Federal negou força normativa ao Preâmbulo da Constituição Federal, nos seguintes termos: “I – Normas Centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas ou não, incidirão sobre a ordem local. II – Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa” (ADI 2.076, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08/08/03). Parece claro, contudo, que o Preâmbulo da CF, ainda que se lhe negue o caráter de norma central, evidencia uma indisfarçável simpatia do Estado brasileiro pelo fato religioso, que vai ser confirmada em diversos dispositivos constitucionais com força normativa.

27. Consoante leciona Jayme Weingartner Neto (*Op. cit.*, p. 28) “a Constituição Federal sustenta a construção de um direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, um feixe de posições jurídicas com dimensões subjetiva e objetiva, apto a resolver de modo coerente e previsível os conflitos decorrentes da coexistência de direitos fundamentais”.

regras e valores<sup>28</sup>. Neste quadrante, não é ocioso mencionar um aspecto que tem passado despercebido por muitos. Não apenas a liberdade religiosa constitui um valor crismado pelo constituinte brasileiro, mas o fenômeno religioso em si mesmo. Não é possível outra conclusão quando se acompanha a

evolução histórico-constitucional do Brasil. Observe-se o quadro seguinte, que se presta a comparar as constituições brasileiras democráticas, ou seja, aquelas que de algum modo foram produto da participação popular<sup>29</sup>:

Constituição de 1891	Constituição de 1934	Constituição de 1946	Constituição de 1988
Não faz referência em momento algum ao nome de Deus.	Afirma, no seu Preâmbulo, a confiança em Deus	Invoca a proteção de Deus no seu Preâmbulo	Invoca a proteção de Deus no seu Preâmbulo
Determina a perda dos direitos políticos dos que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República impuserem aos cidadãos (art. 72, § 29), sem admitir a “escusa de consciência”.	Prevê a perda dos direitos políticos pela “isenção do ônus ou serviço que a lei imponha aos brasileiros, quando obtida por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política” (art. 111, b).	Prevê a perda dos direitos políticos dos brasileiros que invocarem a convicção religiosa para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusem os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência.	Admite a “escusa de consciência” ao brasileiro que se recuse, por motivos de crença, a cumprir obrigação a todos imposta (art. 5º, VIII), somente estabelecendo a perda dos direitos políticos aos que não aceitem cumprir obrigação alternativa
Não prevê a prestação de assistência religiosa nas entidades de inter-nação coletiva.	Prevê que sempre que solicitada, será permitida a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos, nem constrangimento ou coação dos assistidos. Nas expedições militares a assistência religiosa só poderá ser exercida por sacerdotes brasileiros natos (art.113-6)	Prevê que “sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiro (art. 129, nº s I e II) assistência religiosa às forças armadas e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva” (art. 141, § 9º)	Assegura, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII).
Rejeita peremptoriamente quaisquer relações de dependência ou aliança entre o estado e as organizações religiosas (art. 72, § 7º), não prevendo sequer a colaboração em prol do interesse público.	No dispositivo que veda a relação de aliança ou dependência do Estado com qualquer culto ou igreja, prevê a colaboração recíproca em prol do interesse coletivo (art. 17, III).	No dispositivo que veda a relação de aliança ou dependência do Estado com qualquer culto ou igreja, prevê a colaboração recíproca em prol do interesse coletivo (art. 31, III).	No próprio dispositivo que estabelece o princípio da separação entre Igreja e Estado (art. 19, I), admite, como exceção ao princípio, a “colaboração de interesse público”.

28. Sobre o assunto, é imprescindível conferir A Interpretação Sistemática do Direito (3ª Edição. Malheiros: São Paulo, 2002), do Professor Juarez Freitas, que define o sistema jurídico como “uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido amplo, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático,

assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição”.

29. Não vem ao caso aqui discutir a legitimidade dessa participação, se foi mais ampla ou mais restrita do que deveria ter sido, mas apenas salientar a circunstância de que tais cartas foram elaboradas por representantes da cidadania, eleitos para tal finalidade.

Constituição de 1891	Constituição de 1934	Constituição de 1946	Constituição de 1988
Prevê que é leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos (art. 72 - § 6º), não abrindo exceção alguma para o ensino religioso.	Prevê ensino religioso de frequência facultativa, ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno, manifestada pelos pais ou responsáveis, constituindo matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais (art. 153)	Prevê o ensino religioso como disciplina dos horários das escolas oficiais, de matrícula facultativa e ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável (art. 168, V)	Dispõe que o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, § 1º).
Não prevê qualquer espécie de benefício tributário em favor das organizações religiosas	Não prevê qualquer espécie de benefício tributário em favor das organizações religiosas	Prevê a imunidade tributária quanto aos impostos sobre templos de qualquer culto, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins (art. 31, b).	Estabelece imunidade tributária quanto aos impostos incidentes sobre patrimônio, rendas e serviços das entidades religiosas (art. 150, VI, b e § 4º).
Somente reconhece o casamento civil (art. 72, § 4º).	Atribui ao casamento celebrado perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, o efeito civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil (art. 146).	Prevê que o casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público (art. 163, § 1º).	Atribui ao casamento religioso o efeito civil (art. 226, § 2º)

Visualizados no seu conjunto, os dispositivos constitucionais que se reportam à matéria religiosa não se limitam apenas a preservar a autonomia individual dos crentes ou a autodeterminação dos grupos religiosos. O principal valor que o texto constitucional pretende preservar é o fenômeno religioso em si mesmo. Não fosse assim e não se justificaria, por exemplo, a instituição de imunidade tributária em favor dos templos de qualquer culto<sup>30</sup>, a previsão de

30. Sobre o assunto, afirmamos em artigo anterior (A Imunidade Tributária dos Templos de Qualquer Culto: Uma Abordagem a Partir do Modelo Brasileiro de Laicidade Estatal, publicado na Revista Jurídica Tributária) que "A partir da compreensão do modelo crismado por nossa Constituição Federal no que tange ao relacionamento entre a organização política e a religião, é forçoso admitir que a imunidade tributária dos templos de qualquer culto busca favorecer a expressão religiosa e não apenas impedir que o poder público lhe ponha obstáculos. Há que se ter em mente que a expressão religiosa é um valor que integra o nosso sistema jurídico. Esse é um viés hermenêutico que não pode ser desconsiderado, sobretudo a partir da constatação de que o direito tem que ser interpretado sistematicamente, compreendendo princípios, regras e valores. Sob tal

perspectiva, a interpretação sistemática do preceito constitucional que cria a imunidade tributária, conjugando-se com o dispositivo que assegura a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (art. 5º, VI) já conduz à conclusão de que o constituinte buscou nitidamente favorecer a dimensão coletiva da fé religiosa. O argumento de que não se poderia vislumbrar no fundamento do dispositivo constitucional uma promoção da expressão religiosa, em nome da laicidade do Estado, conquanto atraente, mormente para todos aqueles cuja pré-compreensão é marcada pela intolerância às manifestações públicas da religiosidade, não corresponde, como visto, ao modelo de Estado laico adotado pela Constituição Federal. O fato é que, entre nós, a imunidade tributária dos templos de qualquer culto foi instituída como mecanismo de proteção à liberdade religiosa coletiva, não apenas no seu aspecto negativo – fortalecimento do princípio de separação –, mas no seu aspecto positivo, visando mesmo ao favorecimento da prática religiosa coletiva, o que se deduz de um modelo de laicidade simpático ao fenômeno religioso. A rigor, é até mais plausível visualizar no aspecto positivo certa preponderância na fundamentação constitucional da imunidade tributária, na medida em que não se pode, rigorosamente, sustentar que a tributação tenha como objetivo primordial embaraçar o exercício de qualquer atividade. Muito embora não se ignore a feição extrafiscal que eventualmente acompanha a tributação, a razão de ser dos tributos é o financiamento da esfera pública e dos direitos fundamentais e não

assistência religiosa em estabelecimentos públicos militares e, muito menos, a instituição do ensino religioso como disciplina das escolas públicas.

Para se ter uma ideia mais clara do que se está a formular, basta dizer que a liberdade de consciência e de religião também protege aquele que não crê, mas o ateísmo não é um valor constitucional. Não há qualquer medida de proteção específica para organizações que propaguem o ateísmo ou o agnosticismo, já que o legislador constituinte não considerou que tais visões de mundo, em si mesmas, constituiriam valores dignos de proteção. No que se lhes refere o que se protege é tão somente a liberdade de consciência, de expressão e de associação, mas sem que haja qualquer dispositivo constitucional que vise à promoção de tais sistemas filosóficos, ao passo que, desde o preâmbulo, o texto constitucional consagra o fenômeno religioso como um valor que reclama não apenas uma abstenção do Estado, mas igualmente um dever de promoção – é claro que com a observância de alguns limites impostos pela necessidade de harmonização com outros valores igualmente consagrados pelo constituinte como vitais para a sociedade democrática e pluralista.

A compreensão da dimensão axiológica do fenômeno religioso no campo constitucional tem implicações práticas na resolução de questões relacionadas com a expressão religiosa em ambientes coletivos, como o de trabalho. A mais notória consequência dessa compreensão é que no exame dos conflitos relacionados com a questão religiosa não se pode postular de plano a supressão da expressão religiosa no ambiente de trabalho sob o pretexto de que seria o único modo de evitar o ferimento das suscetibilidades religiosas de algum de seus frequentadores (trabalhador, empregador, fornecedor, cliente etc.). Antes disso, devem ser testadas medidas outras que harmonizem a liberdade religiosa com eventuais princípios constitucionais conflitantes sem que se ponha em causa a manifestação do fenômeno religioso. Sob tal prisma, haverá certamente muitas situações nas quais, em vez da supressão da expressão religiosa, a solução mais adequada à ideologia constitucional no que tange ao fenômeno religioso será justamente conferir uma maior amplitude subjetiva a tal expressão, de modo a que abarque isonomicamente as tradições religiosas de todos os que diariamente militam no ambiente de trabalho. De início, portanto, o dever de acomodação da expressão religiosa no ambiente de

trabalho deve prevalecer sobre qualquer proposta supressiva.

#### 4.2. O PROSELITISMO COMO POSIÇÃO JURÍDICA NUCLEAR DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DE PENSAMENTO

A fundamentalidade do direito subjetivo ao proselitismo religioso é encontrada também na relação indissociável que há entre tal prática e a liberdade de manifestação do pensamento<sup>31</sup> consagrada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 220 da Constituição Federal.<sup>32</sup>

O pensamento, como ensinam Jean Rivero e Hugues Moutouh,

[...] abrange tanto a apropriação das idéias prontas quanto a busca pessoal e a criação original, e isso em todos os campos, arte, ciência, moral, filosofia, religião e sob todas as formas, desde o grito elementar que traduz o entusiasmo ou a hostilidade até a obra longamente amadurecida e elaborada.<sup>33</sup>

Neste sentido, é inegável que a difusão das crenças constitui corolário da liberdade de manifestação do pensamento, não diferindo essencialmente do direito que qualquer cidadão possui de externar as suas opiniões políticas ou ideológicas<sup>34</sup>, vale di-

31. Utiliza-se aqui a terminologia adotada pelo constituinte brasileiro (art. 5º, IV), mas não se desconhece que a liberdade de manifestação de pensamento pode ser alcunhada como liberdade de opinião, como parece preferido por franceses, ou como liberdade de expressão, havendo quem confunda e quem distinga os significados de cada uma dessas expressões.

32. Art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;  
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.

33. *Op. cit.*, p. 499.

34. Dissertando sobre a liberdade de opinião, que na doutrina francesa corresponde ao que aqui chamamos de liberdade de manifestação do pensamento, Jacques Robert define-a como a liberdade de cada indivíduo de adotar, em qualquer domínio, a atitude intelectual de sua escolha, quer se trate de uma atitude interior, de um pensamento íntimo ou de uma tomada de posição pública. Em suma, liberdade para cada homem de pensar e de dizer o que ele acredita ser verdadeiro (ROBERT, Jacques. *Droits de l'homme et libertés fondamentales*. 6 ed. Paris: Montchrestien, 1996, p. 528, apud Jean-Jacques Israel, *Direito das liberdades fundamentais*, Tradução Carlos Souza. São Paulo: Manole, 2005, p. 485. Curiosamente, as diferenças de opinião são aceitas em qualquer campo (científico, político etc.) como algo saudável e democrático. Todavia, quando se trata de divergência no campo religioso, há uma enorme resistência a considerá-la democrática, como se o ideal fosse que

levantar óbices ao livre desenvolvimento da atividade dos particulares, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas.”

zer, de se expressar livremente sobre qualquer assunto. A diferença reside tão somente no objeto da manifestação, pois o fato religioso é dotado de uma mais-valia constitucional.

Ressalte-se, por oportuno, que a liberdade de manifestação de pensamento, consensualmente considerada como essencial ao funcionamento da democracia, apresenta virtudes que independem da natureza do assunto veiculado, pouco importando seja político, científico, filosófico ou religioso. Basta referir que se trata de uma condição da autonomia de consciência e de um instrumento que educa para a prática da tolerância<sup>35</sup>.

A conexão necessária da prática de proselitismo religioso com a liberdade de pensamento deixa mais uma vez evidente que o seu exercício também concretiza o princípio da dignidade da pessoa humana. A manifestação proselitista afirma a identidade do crente e, representando a tradução prática de uma convicção que reconduz ao transcendente, confere-lhe um sentido existencial<sup>36</sup>. Resulta daí que, num Estado que se pretenda democrático, a prática de proselitismo religioso, em si mesma, não pode ser proscrita. Uma proibição desta natureza somente se concebe sob regimes autoritários que, motivados por uma ideologia antirreligiosa, pretendam confinar a religião ao foro íntimo das pessoas ou, motivados pela rejeição ao pluralismo religioso, tentam impor a prevalência de uma religião única<sup>37</sup>. Nosso

---

todos tivessem a mesma crença (ou não tivessem crença alguma).

35. Cf. sobre o assunto João dos Passos Martins Neto (*Fundamentos da Liberdade de Expressão*. Florianópolis: Insular, 2008, especialmente Capítulos 6 a 10).
36. A busca por sentido é referida por Viktor Frankl (*Em busca de sentido*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1992) como o principal motor da existência humana. Conquanto o sentido existencial possa ser buscado em outras fontes, a religião certamente sempre foi a principal delas.
37. Curiosamente, a Constituição atual da Grécia (1976), país conhecido como berço da democracia, mantém no seu texto (art. 13) proibição expressa ao proselitismo, que nos termos da legislação penal é, ainda, considerado crime. No famoso caso Kokkinakis v. Grécia, porém, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, embora não houvesse avançado ao ponto de considerar inadmissível a criminalização do proselitismo, censurou os tribunais gregos pela condenação do Sr. Minos Kokkinakis, Testemunha de Jeová, por considerar que, no caso concreto, a medida tomada não observou os requisitos da necessidade e da proporcionalidade. A corte europeia, no entanto, não se deteve na análise da inadequação da norma constitucional grega com a ordem jurídica comunitária, limitando-se a interpretar a norma penal grega como se vedasse apenas o proselitismo abusivo e não todo e qualquer proselitismo. Antes do pronunciamento da Corte, contudo, a Comissão europeia dos Direitos Humanos chegou a concluir, por unanimidade, que a decisão da Justiça grega violava o direito à liberdade

ordenamento constitucional, já vimos, consagra um modelo que não se fecha às manifestações da fé. Ao contrário, caracteriza-se por uma abertura ampla.

## 5. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DE CLÁUSULA VEDATÓRIA DO PROSELITISMO RELIGIOSO

A indagação de cunho prático objeto do presente artigo diz respeito à possibilidade de estipulação no contrato de emprego de cláusula que, à partida, vede ao empregado o exercício desse direito no ambiente de trabalho, entendido este não apenas como espaço físico onde os serviços são prestados, mas também como *locus* onde relações intersubjetivas são travadas<sup>38</sup>.

A resposta a tal indagação, partindo da concepção que reconhece a vinculação direta do direito fundamental à liberdade religiosa na relação de emprego, afigura-se, de logo, negativa. Negar ao trabalhador crente o direito de expressar a sua fé religiosa nas dependências da empresa ou em outros locais onde exercita os serviços em proveito desta, mesmo que com intuito proselitista, violenta a liberdade religiosa e de expressão garantidas pelo texto constitucional e, em última análise, o princípio da dignidade da pessoa humana, considerando-se que a manifestação da crença é íncita à personalidade e constitui uma afirmação da identidade do obreiro.

Registre-se, ademais, que ao empregador também é assegurado o direito de difundir suas crenças religiosas e, portanto, a estipulação de tal cláusula apenas em desfavor do empregado vulnera claramente o princípio da igualdade, sem que haja justificativa razoável para tanto. Nesse caso, o princípio da proteção é deixado de lado, fortalecendo o desequilíbrio entre as partes do contrato de trabalho<sup>39</sup>.

Por outro lado, se a estipulação de tal cláusula proibitiva fosse feita com referência não ao ambiente físico onde o trabalho é prestado, mas à utilização do tempo destinado à efetiva execução de serviços, ainda que não se possa vislumbrar aí uma ofensa à liberdade religiosa do empregado, estar-se-ia com certeza diante de uma medida que se erige como um

---

religiosa (cf. sobre o assunto, Jónatas Machado, *Op. cit.*, p. 225-226, nota 747).

38. A referência é necessária porque o trabalho do empregado não necessariamente é prestado no estabelecimento empresarial, podendo ser desempenhado externamente ou mesmo no domicílio do trabalhador.
39. Refiro-me ao princípio da proteção ao hipossuficiente, que é a própria razão de ser do Direito do Trabalho.

monumento à inocuidade. É óbvio que a prática do proselitismo religioso em substituição às atividades contratuais representa violação do pacto e justo motivo para a punição disciplinar, como ocorreria com qualquer outra atividade desenvolvida pelo empregado, no curso da jornada, que não corresponda àquela para a qual se obrigou mediante contrato.

É possível inquirir, ainda, sobre o caráter absoluto ou não da proibição a que se estabeleça cláusula no contrato de emprego vedando o proselitismo religioso. Ela comportaria exceções? A pergunta não é irrelevante, especialmente quando se considera que instituições religiosas, que desfrutam da liberdade de autodeterminação, principal faceta da liberdade religiosa coletiva, também assalariam trabalhadores subordinados.

Quando o empregador é uma organização religiosa, afigura-se legítima a estipulação de tal cláusula proibitiva, objetivando a que o empregado não exercite proselitismo em favor de credo antagônico ao da instituição que o assalaria? À primeira vista, a indagação atrai uma resposta afirmativa. O raciocínio pode fundar-se no fato de que, neste caso, o que se pretende evitar é um ato de concorrência à instituição, com a difusão de ideias que contrariam os seus dogmas e que podem esvaziá-la de fiéis. *Mutatis mutandi*, a situação se assemelharia à negociação habitual por conta própria ou alheia praticada por empregado como ato de concorrência à empresa que, nos termos do artigo 482, c, constitui justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador. O ato de proselitismo religioso nessas condições representaria uma violação do dever de fidelidade. Esse entendimento está de acordo com a noção liberal do *mercado livre das ideias* e o princípio que lhe é consectário da defesa intransigente da liberdade de expressão numa ordem constitucional livre e democrática<sup>40</sup>.

Outros, porém, podem objetar que a inserção no contrato de trabalho celebrado por uma organização religiosa de cláusula proibindo o proselitismo propagador de crenças contrárias à confissão do empregador seria até desnecessária, pois tal cláusula já estaria implícita no pacto, como uma das condições peculiares à natureza do contratante. O argumento da desnecessidade é plausível. Só não é possível sustentar satisfatoriamente que a estipulação contratual explícita fira a liberdade religiosa do

empregado, considerando-se que a organização religiosa também tem assegurada constitucionalmente a liberdade de autodeterminação, outra importante posição jurídica que compõe a liberdade religiosa, e a solução em tela harmoniza da melhor forma possível a liberdade religiosa coletiva com a individual, sempre lembrando que as organizações religiosas são, em última análise, canais de expressão da fé de indivíduos que adotam uma crença comum e, portanto, a proteção da liberdade titulada por tais instituições concretiza, também, a liberdade dos seus associados.

A argumentação aqui desenvolvida vale também para as situações em que o empregador é uma organização confessional mantida por um culto ou igreja e que se ocupe de atividades que se inserem nos fins religiosos da instituição mantenedora, a exemplo de seminários, centros de reabilitação para usuários em drogas, asilos, creches etc.<sup>41</sup>

O cerne da questão é, no nosso sentir, a necessidade de salvaguardar a coexistência das diferentes concepções éticas no seio da sociedade, assegurando-se o livre mercado das ideias como o único meio eficaz de evitar a tirania de uma determinada visão de mundo sobre as outras. Não é porque num determinado momento histórico a cosmovisão religiosa impôs-se como um poder tirânico (e em alguns lugares ainda se impõe), que deve ser permitida agora a tirania de uma visão de mundo que lhe seja antagônica. O argumento de que a religião carrega enorme potencial de intolerância é insuficiente, pois a intolerância humana se evidencia – e de forma bastante clara – também na expressão de concepções ideológicas de matrizes não-religiosas (política, econômica, cultural, social etc.) ou até mesmo em situações do cotidiano, como na preferência por clubes de futebol.

O melhor antídoto para o totalitarismo é a preservação da livre expressão das diferentes ideias, quer sejam religiosas, quer não. A história demonstra que a tentativa de homogeneização de uma sociedade sob uma mesma cosmovisão, seja religiosa, seja política, constitui a forma mais cruel e mais eficaz de pôr fim a uma democracia ou de não permitir

40. Cf. sobre o assunto a obra monumental de Jónatas Machado “Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social”. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

41. É discutível, porém, até que ponto deve ser dado igual tratamento às organizações confessionais que desenvolvem atividades estatais por concessão ou delegação do poder público (escolas e universidades, por exemplo). Até que ponto a organização religiosa mantenedora de uma Universidade pode, por exemplo, interferir na liberdade científica, considerando-se que a atividade desenvolvida é estatal e não propriamente religiosa? A matéria reclama uma maior atenção, merecendo um estudo aprofundado.

que ela floresça. Para prová-lo, basta a referência ao nazismo, ao fascismo, ao stalinismo, ao polpotismo e à inquisição. Sob tal prisma, afigura-se mais democrático permitir que as diferentes visões de mundo possam se expressar livremente, inclusive na atividade empresarial. As crises econômicas que o mundo tem atravessado nas duas últimas décadas, por exemplo, mostraram que a busca pelo lucro a todo custo, sem o compromisso com valores éticos – independentemente de sua raiz religiosa ou humanista – é sobremaneira prejudicial para toda a raça humana.

Por último, há que se fazer referência à situação dos empregadores domésticos. Considerando-se que o labor desempenhado pelo empregado doméstico se dá no seio da família e que os pais têm o direito de ensinar os filhos na religião que lhes aprouver<sup>42</sup>, é razoável que neguem ao trabalhador, desde a contratação, permissão ao exercício do proselitismo religioso no âmbito residencial, como também é razoável que preventivamente optem por admitir apenas trabalhadores que partilhem das mesmas crenças.

Merece registro aqui que há respeitáveis pronunciamentos contrários à garantia do exercício do proselitismo religioso no ambiente de trabalho. Tal posição é geralmente sustentada sob o argumento de que o proselitismo instalaria no local de trabalho um ingrediente de intolerância que poderia causar um profundo mal-estar entre os seus frequentadores, o que nos parece, em última análise, uma aplicação ao microcosmo da relação de emprego do princípio da precaução, segundo o qual deve ser evitada qualquer ação que crie o risco de dano.<sup>43</sup>

Ocorre, contudo, que, como já foi dito, tendência à intolerância não apenas existe no campo

religioso. Existe no campo das ideologias políticas e mesmo – para repetir o prosaico exemplo anteriormente utilizado – na preferência por clubes de futebol<sup>44</sup>. Será que há alguém que também defenda que ao trabalhador não deva ser garantido o direito de nas suas conversas no ambiente de trabalho tentar conquistar o voto de seus colegas para sua chapa nas eleições sindicais? No entanto, não raro a campanha para a eleição da diretoria de um sindicato carrega um potencial mais explosivo de intolerância que o proselitismo religioso. Não se vê, assim, razão para que seja dado tratamento diferenciado a tais situações.

Ainda que se viesse a sustentar que a vedação ao proselitismo religioso deveria ser dirigida tanto ao empregador quanto ao empregado, se a *ratio* da cláusula proibitiva é evitar a intolerância, como justificar tratamento diferenciado quando o elemento potencialmente desagregador também é encontrado na manifestação de proselitismo político ou até quando se externa uma preferência fanática por um time de futebol? Um torcedor apaixonado pelo Palmeiras que tenha como colega de trabalho (ou como empregador) um torcedor fanático do Corinthians – e vice-versa – sabe bem o quanto a relação interpessoal no ambiente de trabalho pode ser conflituosa logo após a disputa de um jogo decisivo entre as duas equipes<sup>45</sup>.

Conquanto não se ignore o potencial conflituoso que a prática carrega, impedir *prima facie* que o empregado exercite o proselitismo religioso constitui um precedente muito mais perigoso do que lhe garantir tal possibilidade. O argumento baseado na necessidade de evitar constrangimentos no ambiente de trabalho poderia facilmente vir a ser utilizado pelo empregador para impedir a manifestação de pensamento de seus empregados a respeito de diversos outros assuntos, como, por exemplo, os relacionados às deliberações sindicais, o que certamente não é recomendável porque pode causar

42. Cf. *Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções*, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 25 de novembro de 1981, por meio da Resolução 36/55, cujo art. V, § 1º, dispõe que “os pais, ou no caso os tutores legais de uma criança terão o direito de organizar sua vida familiar conforme sua religião ou suas convicções e devem levar em conta a educação moral em que acreditem e queiram educar suas crianças”.

43. Esta opinião é sustentada, por exemplo, por Manoel Jorge e Silva Neto (2008:158), que assim se manifesta: É exatamente em razão de situações desta natureza e com lastro na característica de intolerância conformadora da liberdade de crença que não admitimos o exercício da garantia no ambiente de trabalho. A empresa é o local para onde se dirigem os trabalhadores com o propósito de realização profissional e material, mas é indiscutível se tratar de comunidade altamente heterogênea, mais ainda quando formada por diversas categorias profissionais.

44. Uma indagação singela, mas honesta, é um desafio à reflexão: a partir das notícias veiculadas pela mídia, morrem, no Brasil, mais pessoas vítimas da intolerância religiosa, da intolerância política ou da intolerância dos torcedores?

45. O mesmo vale para os clássicos GRE-NAL, Flamengo vs. Vasco, BA-VI, dentre outros. Não se desconhece que o argumento é bem simples, mas há que se considerar que os textos jurídicos devem ser escritos de um modo didático, a fim de que possam ser entendidos por leigos e não apenas por um grupo seleto de estudiosos que têm acesso ao jurídico. Direito é, sobretudo, vida, e não um saber esotérico que impõe que seus princípios e conhecimentos não possam ser “vulgarizados” a fim de que sejam compartilhados apenas por um número bem restrito de discípulos escolhidos.



uma erosão na luta dos trabalhadores por condições mais dignas de sobrevivência.

James Madison<sup>46</sup> – referindo-se às facções político-partidárias, mas traçando um preciso diagnóstico que vale para as outras espécies – já alertava que a destruição da liberdade para remediar os malefícios das facções constitui um remédio pior do que a doença.

Há [...] dois processos para remover as causas das facções: um, pela destruição da liberdade, que é essencial à sua existência; outro, fazendo com que todos os cidadãos tenham as mesmas opiniões, os mesmos sentimentos e os mesmos interesses.

Nada seria mais verdadeiro do que afirmar que o primeiro remédio é pior do que a doença. A liberdade é para as facções o que o ar é para o fogo, um elemento sem o qual elas instantaneamente se extinguem. E suprimir a liberdade – condição essencial à vida política – porque ela alimenta as facções, seria um erro não menor do que desejar a eliminação do ar, condição também essencial à vida animal – porque assegura ao fogo seu poder destruidor.

O argumento de Madison é, a um só tempo, singelo e eloquente. Na mesma linha de pensamento, é impossível não concluir que uma exegese das normas constitucionais que asseguram o direito ao proselitismo religioso formulada em termos que torne possível tolher de modo absoluto o seu exercício no ambiente de trabalho constitui um remédio que cura a doença matando o doente. Trata-se de uma solução que impõe sacrifício exagerado à liberdade de manifestação do pensamento, lastreada em razões meramente contingenciais radicadas na subjetividade humana. A solução constitucionalmente adequada para o problema, que preserva a unidade do sistema jurídico, é garantir a liberdade, estabelecendo, porém, restrições ao seu exercício quando esteja a colidir com outros valores constitucionais, notadamente num país cujo texto constitucional consagra o fenômeno religioso, em si mesmo, como valor a ser não apenas respeitado, mas, em certa medida, promovido.

## 6. CONCLUSÕES

Em síntese, as conclusões extraídas do presente artigo são as seguintes:

- 1º) O proselitismo religioso constitui uma posição jurídica que, conquanto componha o núcleo essencial do direito fundamental

completo da liberdade religiosa, também está compreendida no direito fundamental à liberdade de expressão;

- 2º) A estipulação de cláusula no contrato de emprego que vede de modo absoluto a prática de proselitismo religioso no ambiente de trabalho vulnera, como regra geral, a Constituição Federal, pois afronta o princípio da igualdade e atenta contra a dignidade do trabalhador;
- 3º) A estipulação da cláusula vedatória é admissível quando o empregador é uma organização religiosa, conquanto seja uma formalidade supérflua, pois a especificidade de sua finalidade justifica que se exija do candidato ao emprego a adesão aos valores que constituem a razão de ser da instituição, o que deve valer, também, para as instituições mantidas pelos cultos e igrejas que constituam sua *longa manus*;
- 4º) A cláusula proibitiva também deve ser admitida quando se trata do emprego doméstico, considerando-se que os pais têm o direito de ensinar e educar seus filhos de acordo com as suas convicções religiosas ou antirreligiosas.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRANTES, José João. *Contrato de Trabalho e direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.
- DICIONÁRIO AURÉLIO BÁSICO DA LÍNGUA PORTUGUESA. 1ª Edição (6ª impressão). Editora Nova Fronteira.
- FRANKL, Viktor E. *Em busca de sentido: um psicólogo no campo de concentração*. 24 ed. (revista). São Leopoldo, Editora Sinodal; Petrópolis: Editora Vozes, 2007.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*; tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão de tradução de Enio Paulo Giachini. 10 ed. – Petrópolis: Vozes, 2008.
- GUERREIRO, Sara. *As Fronteiras da Tolerância – Liberdade Religiosa e Proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Almedina, 2005.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Campinas: Russell Editores, 2003.
- ISRAEL, Jean-Jacques. *Direito das liberdades fundamentais* (tradução Carlos Souza). Barueri, SP: Manole, 2005.
- JELLINEK, Georg. *La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*. Traducción y estudio preliminar

46. *O Federalista* nº. 10.

- Adolfo Posada. Segunda Edición, Serie Estudios Jurídicos, Núm. 12. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos / Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra Editora, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MARTINS NETO, João dos Passos. *Fundamentos da liberdade de expressão*. Florianópolis: Insular, 2008.
- RIVERO, Jean. *Liberdades Públicas* / Jean Rivero, Hugues Moutouh; tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. – São Paulo, Martins Fontes, 2006.
- SANTOS JÚNIOR, Aloisio Cristovam dos. *A imunidade tributária dos templos de qualquer culto: uma abordagem a partir do modelo brasileiro de laicidade estatal*. Revista Jurídica Tributária, v. 8, p. 139-172, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. nos termos da Revisão Constitucional de 1994. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.
- STRONG, James. *Léxico Hebraico, Aramaico e Grego*. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2002.
- UBILLOS, Juan María Bilbao. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2. Ed. Rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição: Fundamentalismo, Pluralismo, Crenças, Cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

# O salário por “tarefa” digital: o assalariamento praticado pelas plataformas digitais de trabalho

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira\*

**RESUMO:** No debate sobre a regulação e proteção diante das relações assimétricas entre trabalhadores e plataformas digitais, defende-se que há trabalho dependente (ou subordinado) no caso das plataformas classificadas como dirigentes, mas pela forma de salário por “tarefa”. O texto inicia situando, de modo panorâmico, os elementos conceituais do trabalho plataformizado. Recorre às categorias dogmáticas do Direito do Trabalho, apresentando as formas salariais, com o objetivo de evidenciar que o assalariamento não se dá apenas pelo modelo de salário por tempo. Conecta os aportes conceituais anteriores, examinando como a precificação feita por algumas plataformas é uma renovação do salário por tarefa. Entendida a forma de assalariamento pela direção econômica, prossegue referenciando como a regulação já existente na CLT é adequada e compatível com a “autonomia e flexibilidade” já praticadas pelas plataformas. O método dialético e uma abordagem conceitual transdisciplinar foram as referências metodológicas, além de terem sido empregadas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental sobre julgados e termos de uso das plataformas digitais. A conclusão indica que diversos dispositivos da CLT albergam essa (aparente) flexibilidade e liberdade de trabalho a partir da caracterização da forma salarial por “tarefa”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Plataformas digitais de trabalho. Salário por “tarefa”. Salário por peça. Vínculo de Emprego. Proteção Trabalhista.

**TITLE:** Task-based pay in digital platforms: the methods of employment pay of digital labor platforms

**ABSTRACT:** In the debate about regulation and protection in regards to the asymmetrical relationships/relations between workers and digital platforms, it is sustained that there is dependent work in platforms classified as controlling/leading, but in the form of task-based pay. This work, at first, overviews the conceptual elements of work in platforms. It resorts to dogmatic categories of Labor Law, presenting the methods of employment pay, with the objective of evidencing that a labor relationship is not only defined by the time-based wage model. It connects the previous concepts, examining

how the price-setting done by some companies is renewal of piecework remuneration. Once the form of wage earning through economic direction is understood, it goes on to refer to how the regulation already existent in the Consolidation of Brazilian Labor Law (CLT) is adequate and compatible with the “autonomy and flexibility” already practiced by the platforms. Using the dialectical method and a multidisciplinary approach, bibliographic and documental research techniques were conducted on jurisprudence and terms of use of digital platforms. The conclusion of this work indicates that several articles of CLT include this (apparent) flexibility and liberty of work by characterizing it as piecework wage.

**KEY-WORDS:** Digital labor platforms. Piecework pay. Task-based pay. Employment Relationship. Labor protection.

## 1. INTRODUÇÃO

No trabalho em plataformas digitais por demanda<sup>1</sup>, diversas pesquisas identificam uma percepção ou um reconhecimento por parte dos trabalhadores de que vivem em uma condição de autonomia e de flexibilidade<sup>2</sup>. Encontra-se até a afirmação enfática de que os próprios trabalhadores não querem o vínculo empregatício. As causas detectadas para o discurso de recusa do vínculo empregatício são principalmente duas: temor em perder a flexibilidade no tocante aos horários de trabalho; imediata remuneração auferida por semana e ganhos expansivos e proporcionais à jornada disponibilizada.

Estes argumentos são muito importantes porque embaralham as concepções jurídicas sobre subordinação clássica e a noção de trabalho autônomo.

(\*) Juiz do Trabalho na Bahia. Professor Associado da Faculdade de Direito e do PPGD – UFBA. Doutor pela UFPR e estágio pós-doutoral pela UFRJ. Pesquisador do Grupo Transformações do Trabalho, Democracia e Proteção Social (TTDPS/UFBA). E-mail: murilosampaio@yahoo.com.br.

1. DE STEFANO, Valerio. *The rise of the “just-in-time workforce”*: on-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”. International Labor Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, Conditions of work and employment series, n. 71, Geneva, 2016. Disponível em: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_443267.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf).
2. ABÍLIO, L. C. et al. *Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a Covid-19*. Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano, Campinas, Edição Especial – Dossiê Covid-19, p. 1-21, jun. 2020. Disponível em: <http://revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/74/37>. Acesso em: 30 ago.2022.

Isto porque a subordinação clássica é normalmente referenciada como uma situação de jornada inflexível para o trabalhador e com padrão de uma remuneração fixa e mensal e a noção de trabalho autônomo não se conecta com situações de controle, precificação e direção por parte do tomador dos serviços. Este embaralhamento – nem subordinação jurídica clássica e nem a tradicional autonomia – explica, de certo modo e do ponto de vista abstrato, porque se cogita uma regulação intermediária – nem empregado, nem autônomo –, embora isto seja um equívoco político social como já comprovado no caso italiano da parassubordinação<sup>3</sup>.

A hipótese aqui articulada é que esta confusão ou inadequação destas categorias jurídicas ao trabalho em plataformas digitais decorre de premissas inconsistentes e de reduções conceituais nas formas ou modos de aferição do salário. No caso das concepções que circunscrevem o Direito do Trabalho como um sistema regulatório circunscrito ao modelo de gestão fordista centrado na forma de salário por tempo, é bem difícil entender como um trabalhador, nestas empresas, tem certa margem de expandir ou diminuir a jornada e conseqüentemente o salário. No caso da concepção de trabalho autônomo, causa estranhamento reconhecer que apenas a (parcial) autogestão da jornada representaria a caracterização fiel de autogoverno empresarial, mesmo quando há padronização do serviço, vigilância, programação, punição e sobretudo um dirigismo econômico como precificação unilateral sobre o trabalho alheio.

Acredita-se que há sim assalariamento, no sentido de trabalho dependente ou subordinado no caso das plataformas classificadas como dirigentes<sup>4</sup>, mas pela forma salarial conhecida, inclusive recorrente nos modelos produtivos capitalistas pré-fordistas, que é o salário por “peça”<sup>5</sup>. Então, a proposta do texto é percorrer as formas salariais (por tempo, por resultado e por tarefa) com o objetivo de associá-las

3. PORTO, Lorena Vasconcelos. *A parassubordinação: aparência x essência*. Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário. Editora Porto Alegre, v. 5, n. 27, 2008.
4. OLIVEIRA, Murilo; CARELLI, Rodrigo; GRILLO, Sayonara. *Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho*. Revista Direito e Práxis, v. 11, n. 4, p. 2609-2634, dez. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50080>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50080>.
5. OLIVEIRA, Murilo. *Dependência econômica e plataformas digitais de trabalho: desvendando as estruturas da precificação e assalariamento por meios digitais*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, UFBA, v. 31, n. 1, 2021. Disponível em <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/45523>.

ao sistema de precificação do trabalho feito por algumas plataformas digitais de trabalho.

Para tanto, este texto inicia situando, de modo panorâmico, os elementos conceituais do trabalho platformizado. Recorrendo às categorias dogmáticas do Direito do Trabalho, apresenta as formas salariais, com o objetivo de evidenciar que o assalariamento não se dá apenas pelo modelo de salário por tempo. Conectando os aportes conceituais anteriores, examina como a precificação feita por algumas plataformas é uma renovação do salário por tarefa. Entendida a forma de assalariamento pela direção econômica, prossegue referenciando como a regulação já existente na CLT é adequada e compatível com a “autonomia e flexibilidade” já praticadas pelas plataformas.

O método dialético e uma abordagem conceitual transdisciplinar são as referências metodológicas na construção da pesquisa<sup>6</sup> que dá sustentação a este texto. Em particular, foi feita uma pesquisa exploratória, de caráter sociojurídica-crítica com problematização das formas jurídica-normativas<sup>7</sup> e empregadas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental sobre julgados e termos de uso das plataformas digitais, além da menção às pesquisas etnográficas e qualitativas de trabalhadores platformizados.

## 2. CONTEXTUALIZANDO O TRABALHO EM PLATAFORMAS DIGITAIS

A compreensão mais ampla e crítica sobre o trabalho em plataformas digitais demanda uma contextualização a partir de abordagens conceituais interdisciplinares que tentam explicar o conjunto de fenômenos ora designado por “trabalho por aplicativos”<sup>8</sup>, por “sharing economy”<sup>9</sup>, por “uberização”<sup>10</sup>,

6. Projeto de pesquisa disponível em [https://ppgd.ufba.br/sites/ppgd.ufba.br/files/projeto\\_de\\_pesquisa\\_ppgd\\_2021\\_a\\_2022\\_versao\\_2021\\_0.pdf](https://ppgd.ufba.br/sites/ppgd.ufba.br/files/projeto_de_pesquisa_ppgd_2021_a_2022_versao_2021_0.pdf)
7. FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe. *Iniciação à Pesquisa no Direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 52-55.
8. CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Direito do trabalho 4.0: controle e alienidade como operadores conceituais para a identificação da relação de emprego no contexto dos aplicativos de trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, n. 22, p. 36-51, 201.
9. CALDAS, Josiane. *A Economia Compartilhada e a Uberização do Trabalho: utopias do nosso tempo?* Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.
10. MACHADO, Sidnei et al. *O trabalho controlado por plataformas digitais: dimensões, perfis e direitos*. Clínica Direito do Trabalho (Universidade Federal do Paraná), 2022

por “gig economy”<sup>11</sup>, por indústria 4.0 ou por capitalismo de plataformas. Em razão dos limites e da proposta diversa deste ensaio, trata-se de uma panorâmica contextualização, cabendo a remissão a outros artigos<sup>12</sup> e textos<sup>13</sup>, os quais pormenorizam os caracteres e elementos da platformização do trabalho.

A par da miríade de concepções expostas na ampla revisão bibliográfica feita por Kalil<sup>14</sup>, considera-se que a descrição mais ampla e crítica do fenômeno é a caracterização deste como “capitalismo de plataformas”, na proposta de Srnicek<sup>15</sup>. Para este autor, essas empresas são infraestruturas digitais que viabilizam a interação de mais de um grupo, assumindo, inicialmente, a posição de intermediárias que conectam usuários, sejam eles clientes, anunciantes, provedores, produtores e distribuidores. A caracterização disto como capitalismo de plataforma se explica, porque não se trata de mera “conexão” entre grupos, mas a estruturação de modo de interação capitalista de compra e venda de diversas mercadorias, no qual a plataforma digital pode governar e delimitar as possibilidades de ação dos seus usuários, já que é a criada (e modificadora) do ecossistema.

A grande distinção deste modelo empresarial – em especial com os modelos fordista ou toyotista – é a estruturação “digital”, entendida como lastreada na “dataficação”. Daí que as novas TICS como algoritmos, “big data”, “data mining” e “inteligência artificial” são elementares, além do indispensável uso de internet e aplicativos. Seguindo o padrão capitalista, esses dados são tratados como típicas

mercadorias, inclusive Srnicek<sup>16</sup> denuncia que a atuação digital de consumidores e trabalhadores em plataformas é constitutiva de dados que são fonte de valor para aquele modelo de negócio. Afirmar este distintivo digital não implica renegar que nesta cadeia global de produção, conforme Fuchs<sup>17</sup>, há muitas etapas de trabalho físico com intensa exploração de trabalhadores com expedientes coloniais e raciais.

Nestes ambientes, há mais possibilidade técnica de controle sobre os sujeitos que ali atuam. Vallas e Schor<sup>18</sup> descrevem as plataformas como “gaiolas digitais”, tendo em vista que o mapeamento permitido pelos dados viabiliza uma cartografia total da dinâmica empresarial de uma atividade e o perfil dos seus personagens. “As plataformas, assim, exercem uma governança (privada) e de certa forma oculta nos seus algoritmos sobre os seus parceiros e usuários”<sup>19</sup>. Há ainda usos de técnicas de gamificação como aponta Casilli<sup>20</sup>, com “gatilhos” e “alertas” para estimular os usuários a agir do modo desejado pelas plataformas, o equivalente, segundo o autor, a uma subordinação técnica digital.

Na dimensão política e econômica, a platformização do trabalho é expressão da financeirização econômica em conjunção com subjetividade neoliberal, conforme delinea Grohmann<sup>21</sup>. A sistemática

11. ROCHA, Cláudio Jannotti da; OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva. *A quarta revolução tecnológica e o trabalho na gig economy: limites e fronteiras do direito do trabalho na proteção dos trabalhadores em aplicativos* = The fourth technological revolution and work at gig economy: limits and boundaries of Labor Law in the protection of workers in applications. *Revista de direito do trabalho e seguridade social*, São Paulo, v. 47, n. 216, p. 145-159, mar./abr. 2021.
12. OLIVEIRA, Murilo; CARELLI, Rodrigo; GRILLO, Sayonara. *Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho*. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, n. 4, p. 2609-2634, dez. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50080>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50080>.
13. CARELLI, Rodrigo; OLIVEIRA, Murilo. *As Plataformas Digitais e o Direito do Trabalho: como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no Século XXI*. Editora Dialética, 2021.
14. KALIL, Renan. *A regulação do trabalho via plataformas digitais*. São Paulo: Blucher, 2020.
15. SRNICEK, Nick. *Capitalismo de plataforma*. Trad. Aldo Giacometti. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2018.

16. SRNICEK, Nick. *Capitalismo de plataforma*. Trad. Aldo Giacometti. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2018.
17. FUCHS, Christian. *Theorising and analysing digital labour: From global value chains to modes of production*. *The Political Economy of Communication*, [S.l.], v. 1, n. 2, jan. 2014. ISSN 2357-1705. Available at: <<http://www.polecom.org/index.php/polecom/article/view/19>>. Date accessed: 13 jul 2021
18. VALLAS, Steve; SCHOR, Juliet. *What Do Platforms Do? Understanding the Gig Economy*. *Annual Review of Sociology*, v. 46, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-soc-121919-054857>. Acesso em: 05 maio 2022.
19. OLIVEIRA, Murilo. *Dependência econômica e plataformas digitais de trabalho: desvendando as estruturas da precificação e assalariamento por meios digitais*. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, UFBA*, v. 31, n. 1, 2021. Disponível em <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/45523>.
20. CASILLI, Antonio A. *Da classe virtual aos trabalhadores do clique: a transformação do trabalho em serviço na era das plataformas digitais*. *MATRIZES*, v. 14, n. 1, p. 13-21, 10 maio 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/matrizs/article/view/169579/160674>. Acesso em: 26 maio 2022.
21. GROHMANN, Rafael. *Platformização do trabalho: entre dataficação, financeirização e racionalidade neoliberal*. *Revista Eptic, São Cristóvão (SE)*, v. 21, n. 1, p. 106-122, 2020. Disponível em: <https://revec.revistas.ufs.br/index.php/epitic/article/view/12188>. Acesso em: 16 dez. 2022.

da “nota individual” do plataformizado implica em autocobrança, resultado que aparentemente só depende do trabalhador, riscos do negócio impostos ao trabalhador<sup>22</sup> são manifestações desta perspectiva do neoliberalismo e da financeirização neste modelo empresarial.

Apesar das propagandas lastreadas em ideologia de empreendedorismo, é perceptível a antagonista situação de intensa inovação tecnológica com a consecutória hipervalorização da empresa-plataforma e simultaneamente condições precárias e duras de trabalho, a exemplo de jornadas superiores a doze horas, ausência de repouso semanal ou anual, pagamentos líquidos inferiores ao salário ao salário mínimo, entre outras situações. A fim de ocultar este lado precário (para os trabalhadores), as plataformas digitais constroem, com meios políticos, ideológicos e muita propaganda, invisibilidades, como afirma Cherry<sup>23</sup>. A principal invisibilidade, no campo jurídico, é a estipulação unilateral que transforma trabalhador em “parceiro”, com inicial exclusão da proteção trabalhista.

Ante a diversidade das plataformas digitais de trabalho e sua variedade de organização, a utilização de classificações auxilia na exata compreensão de como a regulação trabalhista pode ser aplicada. Uma das primeiras e mais conhecida, foi aquela proposta por De Stefano<sup>24</sup>:

- a) “trabalho em multidão” (“crowdwork”), bastante variado indo de projetos, tarefas ou até microtarefas, embora todas caracterizadas por serem executadas via rede mundial de computadores (internet);
- b) atividades também variadas (transportes, entregas, limpeza, serviços administrativos e jurídicos), que são prestadas presencialmente mediante demanda por meio de aplicativos, denominado de trabalho sob demanda (“work-on-demand via apps”).

22. ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão*. São Paulo: Boitempo, 2018.

23. CHERRY, Miriam A., *People Analytics and Invisible Labor* (July 18, 2017). Saint Louis University Law Journal, 61, 1, 2016-2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3004797>. Acesso em: 16 dez. 2020.

24. DE STEFANO, Valerio. *The rise of the “just-in-time workforce”: on-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”*. International Labor Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, Conditions of work and employment series, n. 71, Geneva, 2016. Disponível em: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_443267.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf). Acesso em: 18 mar. 2022.

Carelli, Oliveira e Grillo<sup>25</sup> apresentam uma classificação para fins trabalhistas, também em dois grupos. Primeiro, plataformas puras que apenas mediam a relação entre os consumidores e os tomadores do serviço, sem qualquer controle e ingerência sobre o trabalho. Segundo, as plataformas híbridas que, além da função estrita de aproximação de pessoas, exercem controle e direção sobre os trabalhadores. Em termos gerais, a GetNinjas situa-se no primeiro grupo<sup>26</sup>, enquanto a Uber e a Ifood no segundo agrupamento. Plataformas híbridas, então, constituem-se como dirigentes porque ordenam e governam os serviços oferecidos pelos trabalhadores, em típica situação de manifestação de poder diretivo que insere estes em situação de dependência, inclusive oriunda da precificação imposta.

### 3. FORMAS (TIPOS) SALARIAIS NA RELAÇÃO DE EMPREGO

O salário calculado com base no tempo à disposição, embora seja muito frequente e bem típico do padrão fordista de gestão empresarial, não é a única forma de se remunerar empregados. Relembre-se que, na dogmática do Direito do Trabalho, há uma certa tradição em classificar as formas salariais em critérios como resultado, condição, entre outros. Visualizar que o empregado é somente quem está sob fiscalização de horário e recebe com base nesse tempo de trabalho é, por óbvio, um equívoco conceitual de fácil percepção, sobretudo na pragmática do mundo do trabalho diante de empregados que recebem por “comissão”, porcentagens, prêmios, ações e outras modalidades de retribuição ao trabalho entregue.

Logo, a primeira redução conceitual que precisa ser desfeita é rememorar que a forma salarial por tempo que demanda uma jornada fiscalizada não é a única maneira de um empregador estabelecer a remuneração dos seus trabalhadores. Nas outras formas salariais, o fator tempo não se mostra tão relevante, como ocorre no salário por resultado ou obra.

25. OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. *Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho*. Revista Direito e Práxis, v. 11, n. 4, p. 2609-2634, dez. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50080>. Acesso em: 10 dez. 2022.

26. Oliveira, Murilo *et al.* *O trabalho na plataforma digital GetNinjas: vitrine de pessoas, moedas virtuais e leilão reverso*. In Teoria Jurídica Contemporânea, 6. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/41812>

Em geral, a doutrina trabalhista brasileira mais clássica – a exemplo de Gomes – ou mais atual – a exemplo de Martinez<sup>27</sup> – divide as formas de quantificação da retribuição pelo trabalho em três critérios: salário por tempo (com as subdivisões de salário por mês, por quinzena, por semana, por dia ou por hora); salário por resultado ou obra, como são o salário por peça, por produção, por comissão; salário fixado por atividade e por tempo, a qual corresponde uma composição dos critérios tempo e resultado.

Martinez<sup>28</sup> designa essa tipologia de formas salariais como “fórmulas de aferição” da retribuição ao trabalho, pelos critérios de tempo despendido ou produção. Salário por unidade de obra é também denominado, na pragmática e de modo inapropriado – como leciona Santos<sup>29</sup>, como empreitada, no sentido de realçar a vinculação entre o resultado do trabalho com a sua remuneração.

Nascimento<sup>30</sup> prefere a denominação de salário por produção e qualifica essa forma salarial é quantificada não pelo tempo laborado e sim pelo rendimento do trabalho. Dentro dessa expressão gênero – salário por produção –, encontra-se as espécies de salário por peça, salário incentivo, salários variáveis, salários por resultados, salários por intermediação de vendas. O quadro abaixo alinha as diversas características:

Forma salarial	Característica	Exemplos
<b>Salário por tempo</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Quantificada pelo tempo gasto ou à disposição;</li> <li>– Não considera o resultado do trabalho.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Por mês;</li> <li>– por quinzena;</li> <li>– por semana;</li> <li>– por dia ou</li> <li>– por hora</li> </ul>
<b>Salário por resultado</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Quantificada pelo resultado efetivo do labor;</li> <li>– Não considera o tempo efetivo ou à disposição.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Por peça;</li> <li>– por resultados;</li> <li>– por produção;</li> <li>– por comissão,</li> <li>– percentagens.</li> </ul>

Forma salarial	Característica	Exemplos
<b>Salário por tarefa</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Mescla um certo resultado e considera o tempo como critério de quantificação</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>– Viagem ou entrega com pagamento variável conforme o deslocamento e tempo despendido.</li> </ul>

Delgado<sup>31</sup> esclarece que o salário por unidade de obra é normalmente adotado em situações em que há dificuldade de exercício do controle do empregador sobre execução do trabalho, e, por tal razão, seria mais frequente nas situações de trabalho no domicílio, à distância (como no teletrabalho) ou trabalho externo sem possibilidade de controle de jornada.

Nas fórmulas salariais baseadas no resultado, há claro objetivo de propiciar o engajamento do trabalhador pela seguinte fórmula: mais resultado do trabalho, maior remuneração. O engajamento se dá porque estimula economicamente o interesse do empregado em se esforçar mais para, produzindo mais, receber maior remuneração.

O mesmo Mascaro já criticava essa forma salarial que, sendo o salário imposto pelo empregador que define o valor da peça ou atividade, perdura, em termos sociológicos, o clássico assalariamento e exploração, porque “Esse preço jamais se eleva a ponto de trazer a melhoria da condição salarial do trabalhador. Para a economia, o salário por produção é uma forma de incentivar o aumento da produtividade”<sup>32</sup>.

O salário por resultado revela-se, então, como uma forma salarial que transfere ao trabalhador os riscos da atividade, porque não se houver efetivo resultado, obra ou produção não haveria pagamento, o que, na prática, ofenderia ao princípio da alteridade que atribui ao empregador os riscos do negócio, inclusive nos termos do art. 2º, *caput* da CLT. Por tal razão, Delgado<sup>33</sup> elucida que a legislação (como a

27. MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

28. MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 518.

29. SANTOS, José Aparecido dos. *Curso de Cálculos de Liquidação Trabalhista: dos conceitos essenciais à elaboração das contas*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 146.

30. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Salário: conceito & proteção*. São Paulo: Ltr, 2008, p. 123.

31. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 884

32. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Salário: conceito & proteção*. São Paulo: Ltr, 2008, p. 123.

33. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

garantia do salário mínimo em caso de remuneração variável conforme art. 7º, VII da CRFB ou a regra do art. 78 da CLT, previsão de rescisão indireta se reduzida excessivamente a quantidade de “peças” ou “tarefas” como disposto no art. 483, g, da CLT) e igualmente a jurisprudência (a exemplo da Orientação Jurisprudencial n. 235 da SDI-1 que protege especialmente o cortador de cana com o direito pleno às horas extraordinárias mesmo no sistema de salário por produção) estabelecem limites à tal modo salarial, com o objetivo de proteger o empregado.

Há ainda e numa posição intermediária ou híbrida, uma forma mista entre salário por unidade de tempo e por unidade de resultado que é nomeada como “salário por tarefa”. Nesta modalidade de salário, exige-se uma produção mínima do trabalhador aoplada a um certo parâmetro temporal<sup>34</sup>.

No salário por tarefa (forma mista entre atividade e tempo), Saad, Saad e Branco<sup>35</sup> apontam que pode o trabalhador sair antes do horário normal se já concluída a tarefa. Em verdade, isso significa, logicamente, que o tempo projetado para a conclusão da tarefa é irrelevante, porque basta a conclusão da atividade e não o transcurso do lapso temporal.

Dáí conclui-se que pode ser caracterizado o assalariamento (e a conseqüente relação de emprego) por empresas que, dirigindo a prestação dos serviços dos trabalhadores, impõem mecanismos de controle e fixação da remuneração, de modo que pouco relevante se fiscalizar a jornada realizada, como também que se admita que o próprio trabalhador, em total semelhança com a figura do empregado intermitente, recuse a convocação para o trabalho, como literalmente previsto pela CLT no art. 452-A, §3º.

#### 4. O SALÁRIO POR TAREFA EM PLATAFORMAS DIGITAIS

A par das diversas formas salariais que podem ser praticadas – por escolha de quem exerce o poder organizativo, corolário do poder empregatício – é necessário perquirir se as plataformas digitais que definem o sistema de precificação dos trabalhadores e se isso seria, concretamente, expediente de assalariamento típico de empregados (CLT, art. 2º, caput).

Ao desenhar um ecossistema digital que o trabalhador tem certa margem de flexibilidade de definir seus dias e horários de trabalho, as empresas-plataformas dirigentes afastam a clássica forma de salário por tempo disponível e registrado em controles de jornada. Aqui, cabe enfatizar que esta flexibilidade é, sobretudo, uma escolha da própria plataforma digital, ou seja, é a empresa-plataforma quem escolheu e arquitetou no seu modelo de negócios a inserção de trabalhadores eventuais ou mesmo conectados a outras empresas-plataformas concorrentes no mesmo período de disponibilidade.

Dessarte, a flexibilidade de horários é um caractere facultado pela plataforma e não estrutural ou inerente à posição do trabalhador naquele modelo. Ademais, essa flexibilidade – articulada falsamente como a prova cabal da autonomia de trabalho – não é impune. Carelli e Oliveira<sup>36</sup> argumentam que o exercício da recusa ou o absentéismo implicam em redução de notas, que gera menos chamadas e até punições temporais ou mesmo a exclusão do sistema. No particular de em uma empresa de entregas de alimentos, há trabalhadores com “horários fixos” (turnos)<sup>37</sup>, o que mostra que há entregadores que não gozam dessa flexibilidade de gestão de horários.

De qualquer modo, há relativa inovação deste modelo empresarial com a adoção de mecanismos de assalariamento que não passam pela forma “salário por tempo”. Conforme categorias salariais articuladas por Marx<sup>38</sup>, o salário por peça é modelo de remuneração baseado no resultado em si do labor, normalmente executado de modo distante da fiscalização da empresa, como nas situações de “putting-out-system” e “fação”<sup>39</sup>. Isto é, o assalariamento por peça se associa a processos de externalização e incorpora uma subjetivação por parte do

34. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 887.

35. SAAD, Eduardo; SAAD, José Eduardo; BRANCO, Ana Maria. *CLT Comentada*. 51. ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 300.

36. CARELLI, Rodrigo; OLIVEIRA, Murilo. *As Plataformas Digitais e o Direito do Trabalho*: como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no Século XXI. Editora Dialética, 2021.

37. DESGRANGES, N. *Os algoritmos do empreendedorismo*: A plataformação do trabalho de entregadores de iFood. *Pensata*, [S. l.], v. 9, n. 2, 2021. DOI: 10.34024/pensata.2020.v9.11136. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/pensata/article/view/11136>. Acesso em: 30 dez. 2022.

38. MARX, Karl. *O Capital*: Crítica da Economia Política. Livro I: O Processo de Circulação do Capital. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 525.

39. COLLI, Juliana Marília. *O 'salário por peça' e sua reposição nas novas formas de trabalho à fação*. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 3, n. 5, p. 75-86, 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/268361593\\_O\\_salario\\_por\\_peca\\_e\\_sua\\_reposicao\\_nas\\_novas\\_formas\\_de\\_trabalho\\_a\\_facao](https://www.researchgate.net/publication/268361593_O_salario_por_peca_e_sua_reposicao_nas_novas_formas_de_trabalho_a_facao). Acesso em: 28 nov. 2022. p. 76.



trabalhador no aumento da intensidade e na maior extensão do tempo de trabalho<sup>40</sup>.

Segundo Wolff<sup>41</sup> e Colli<sup>42</sup>, as novas tecnologias de informação e comunicação viabilizam, atualmente, um novo feitiço aos antigos “putting-out-system” e “facção”, respectivamente. Aliás, os modelos empresariais pós-fordistas são recorrentes em adotar a externalizar e terceirização, como uma estratégia de acumulação flexível do capitalismo. Por isso, encontra-se diversos autores que sustentam que as plataformas digitais adotam o modelo do salário por peça no padrão digital, como Dubal<sup>43</sup> e seu argumento de “digital piecework” ou Castro<sup>44</sup> que qualifica essa forma salarial como “unidade de obra”.

Inicialmente, o entendimento aqui acolhido também era que a forma salarial das plataformas digitais é, em termos gerais, o “salário por peça”<sup>45</sup>. Contudo, uma reflexão mais pormenorizada no campo da dogmática trabalhista permite refinar esta compreensão para, doravante, tentar caracterizar que a precificação do trabalho alheio praticada pelas empresas-plataformas é a adoção da forma salarial mista: o salário por tarefa.

A princípio, a denominação “peça” e sua tradicional semântica de objeto produzido distancia-se dessas atividades de entregas ou viagens. Estas são atividades – ação – no sentido de conduta e cujo

resultado não produz um bem ou objeto – peça. Logo, a designação “salário por peça” perde significação, porque sua principal semântica não remete à “ação” e nem a “produto-resultado”. Intitular, então, salário por tarefa viabiliza um maior encontro semântico: viagem ou entrega ou outros serviços são, concretamente, tarefas demandadas por comunicação viabilizada por aplicativos.

No sistema de trabalho precificado pela plataforma digital, o principal elemento justificador da remuneração pelo labor prestado é, efetivamente, o cumprimento da atividade demandada pelo aplicativo, seja uma viagem ou um entrega. “Se observarmos o trabalho nas empresas-aplicativos é um trabalho por peça, conforme descrito acima por Marx. O trabalhador recebe por cada mercadoria que ele entrega...”<sup>46</sup>. Se a viagem não for finalizada ou a entrega não for realizada, não se paga por isto. O tempo para a execução desta “produção” é um critério secundário, mas igualmente importante para se obter a quantidade final de salário.

No caso da empresa Uber, a análise dos termos de uso dos motoristas<sup>47</sup> indica que para cada “viagem” há “preço”, cujo cálculo é baseado na “... distância e/ou quantidade de tempo... sendo que a distância e/ou a quantidade de tempo poderão ser pré-determinados em certas situações... e podem variar dependendo da oferta e demanda local” (item 7, a). Com isso, constata-se que a própria montagem do algoritmo o preço é exatamente o resultado, pela escolha da plataforma, de uma remuneração primeiro baseada numa ação (viagem) em uma certa quantidade de tempo.

No caso da Ifood<sup>48</sup>, o item 7.1. dos seus termos de uso esclarece que para o cálculo do valor da entrega “... o algoritmo poderá levar em conta, sem limitação: (i) ponto(s) de coleta(s); (ii) ponto(s) de entrega(s); (iii) distância percorrida; (iv) tempo para deslocamento; (v) condições de trânsito e (vi) oferta...”. Novamente, infere-se que a quantificação da remuneração desta

- 
40. GUANAIS, Juliana Biondi. *Salario por pieza y superexplotación del trabajo*. Sociología del Trabajo, n. 92, p. 67-85, 12 abr. 2018. Universidad Complutense de Madrid (UCM). <http://dx.doi.org/10.5209/stra.59579>. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/sociologiatrabajo/article/view/64289>. Acesso em: 03 nov. 2022.
41. WOLFF, S. *As Startups na perspectiva das cadeias globais de valor: financeirização dos trabalhos de inovação e a reinvenção do salário por peça*. Revista de ciências sociais – política & trabalho, v. 51, p. 90-107, 13 maio 2020. p. 97.
42. COLLI, Juliana Marília. *O 'salário por peça' e sua reposição nas novas formas de trabalho à facção*. Estudos de Sociologia, Araraquara, v. 3, n. 5, p. 75-86, 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/268361593\\_O\\_salario\\_por\\_peca\\_e\\_sua\\_reposicao\\_nas\\_novas\\_formas\\_de\\_trabalho\\_a\\_faccao](https://www.researchgate.net/publication/268361593_O_salario_por_peca_e_sua_reposicao_nas_novas_formas_de_trabalho_a_faccao). Acesso em: 28 nov. 2020. p. 75.
43. DUBAL, Veena. *The Time Politics of Home-Based Digital Piecework*. Ssrn Electronic Journal, p. 1-17, 2020. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3649270>. Acesso em: 21 dez. 2020.
44. CASTRO, Viviane Vidigal de. *As ilusões da uberização: um estudo à luz da experiência de motoristas Uber*. 2020. 303 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2020.
45. OLIVEIRA, Murilo. Dependência econômica e plataformas digitais de trabalho: desvendando as estruturas da precificação e assalariamento por meios digitais. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, UFBA, v. 31, n. 1, 2021. Disponível em <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/45523>.

- 
46. GONTIJOI, Laura Valle. Os efeitos da produtividade e da intensidade do trabalho sobre a subjetividade dos trabalhadores, 2022, p. 10. Disponível em [https://www.academia.edu/44189211/Os\\_efeitos\\_da\\_produtividade\\_e\\_da\\_intensidade\\_do\\_trabalho\\_sobre\\_a\\_subjetividade\\_dos\\_trabalhadores](https://www.academia.edu/44189211/Os_efeitos_da_produtividade_e_da_intensidade_do_trabalho_sobre_a_subjetividade_dos_trabalhadores). Acesso em 22/01/2022
47. Na versão disponível neste endereço <https://uber-regulatory-documents.s3.amazonaws.com/reddog/country/Brazil/p2p/TERMOS%20E%20CONDICOES%20GERAIS%20DOS%20SERVICOS%20DE%20INTERMEDIACAO%20DIGITAL%20-%202025.06.2018.pdf>
48. Na versão disponível neste endereço <https://entregador.ifood.com.br/wp-content/uploads/2020/03/TERMOS-DE-CONDICOES-DE-USO.pdf>

“ação” (realizar a entrega) é uma composição preponderantemente entre a distância percorrida e o tempo gasto.

Nestes exemplos, entende-se que se trata de uma nova forma de salário por tarefa (forma salarial eclética do salário por tempo e por resultado). Todavia, este resultado não é corporificado em um bem (como é um calçado para um sapateiro ou uma vestimenta para uma costureira), mas sim uma atividade realizada: o transporte de pessoas em veículo individual, uma entrega efetuada via motocicleta ou bicicleta.

No caso das plataformas digitais dirigentes, a adoção desse salário por tarefa enseja também transferência do risco do negócio porque só haveria pagamento se primeiro a produção mínima (viagem ou entrega) for cumprida. Neste caso, o fator temporal tem um caráter secundário na composição desta forma salarial, exatamente porque só é aplicado se o primeiro fator – a viagem/entrega – fosse alcançado.

Diante desta fórmula salarial que prioritariamente exige que a tarefa seja cumprida como primeira condição para o pagamento, a fiscalização da jornada se torna desnecessária, exatamente porque somente se paga quando o trabalho final (a tarefa de entrega ou transporte) seja concluída com êxito. Tal como anteriormente no sistema do salário por peça praticado para trabalhadores que ficavam fora do ambiente empresarial, é desnecessária a busca pelo controle de jornada, porque o controle já se estabeleceu anteriormente no preço da peça. Precificar de modo habitual então o trabalho alheio é um mecanismo de controle e assalariamento que dispensa o tradicional controle da jornada dos trabalhadores.

Aliás, este modelo de jornada “livre” – desde que acoplado ao controle por precificação – propicia mais eficácia nos resultados, porque forja uma subjetividade no trabalhador de mais intensidade e produtividade. Sendo o trabalhador o gerente e fiscal de si mesmo, que diz que quanto mais trabalho concluído com êxito, maior será seu pagamento, a empresa que dirige e precifica não carece de ter “gerentes” ou “fiscais” desse trabalhador.

Essa fórmula salarial baseada na produtividade de justifica, legítima e estimula que o trabalhador intensifique seu labor. Caracteriza-se uma “captura da subjetividade do trabalhador”<sup>49</sup> [49], porque há

relação direta entre majoração da produtividade e a percepção de satisfação deste trabalhador.

Esta percepção de recebimento de mais salário por mais trabalho é sagaz, porque ao tempo que estimula mais produção também oculta que a o mecanismo de assalariamento: ao fixar o preço da “peça” ou tarefa, este comprador “exclusivo” exerce controle econômico total sobre o trabalhador, o qual termina vendendo não uma produção ou resultado, mas apenas a força de trabalho, aferida por resultado e não por tempo.

Como o tempo não é tão relevante nesta fórmula salarial, o exercício do controle, normalmente presencial e frequentemente hierárquico via gerente ou encarregado (outra o “capataz”) mostra-se até desnecessário, embora nas plataformas haja diversas situações de controle intenso e onipresente via instrumentos tecnológicos.

Isto é, o assalariamento por peça é uma forma ardil que promove uma percepção de autonomia (pouco controle), flexibilidade de jornada (trabalhe quando quiser), dispensa um chefe presencial, mas, na sua estrutura, prossegue como trabalho alienado e expropriado como é o assalariamento no capitalismo: quem diz o seu salário é o contratante ao impor o preço da peça ou tarefa.

Anote-se, ainda, que a falta de transparência dos critérios praticados pela precificação via algoritmos reforça esses expedientes de controle e alienação. Se o dirigismo econômico é internalizado pela plataforma digital de trabalho tecnicamente por seus algoritmos, é necessário conforme aspectos mais gerais do Direito Privado e seus deveres de boa-fé e direito de informação, ter muita clareza e precisão na fórmula adotada para precificar o trabalho alheio. No particular, a legislação nacional de proteção de dados (Lei 13.706/2018, art. 6º, VI) impõe a necessidade de “transparência algorítmica”<sup>50</sup>, pela qual deve-se explicar como os dados utilizados, o que inclui os critérios de aferição dos preços das atividades e os percentuais de desconto e cobranças em favor das plataformas. Ademais, este dever de transparência é também fundamental para se diagnosticar programações nos algoritmos que

49. GONTIJOI, Laura Valle. Os efeitos da produtividade e da intensidade do trabalho sobre a subjetividade dos trabalhadores, 2022, p. 8. Disponível em [https://www.academia.edu/44189211/Os\\_efeitos\\_da\\_produtividade\\_e\\_da\\_inten-](https://www.academia.edu/44189211/Os_efeitos_da_produtividade_e_da_inten-)

sidade\_do\_trabalho\_sobre\_a\_subjetividade\_dos\_trabalhadores. Acesso em 22/01/2022

50. PARREIRA, Ana Carolina. *Revolução digital e a relevância da transparência algorítmica nas relações de trabalho*. Revista do Trib. Rev. do Trab. da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 66, n. 102, p. 322, 2020. Disponível em: [https://www.trt3.jus.br/publicacoes\\_ej/revista\\_102/](https://www.trt3.jus.br/publicacoes_ej/revista_102/). Acesso em: 18 jan. 2022.

propiciem ou potencializem discriminações injustas ou ilegais.

Com isso, extrai-se que a precificação algorítmica criada e governada por algumas plataformas digitais revela-se como prática de assalariamento, por meio da direção econômica que impõe aos trabalhadores a obrigação de aceitar o salário por “tarefa” como condição de atuar naquele ecossistema. Caracterizado o assalariamento por dirigismo econômico, o trabalhador situa-se, então, na situação de labor “sob dependência”.

## 5. TRABALHO DEPENDENTE E PROTEÇÃO TRABALHISTA

Ao contrário da argumentação acadêmica<sup>51</sup> ou jurisprudencial<sup>52</sup> que sustentam que não há regulação na ordem jurídica brasileira para estes trabalhadores em plataformas que não estariam enquadrados como empregados por falta da subordinação jurídica clássica, sustenta-se neste texto que há incidência da regulação da CLT para estes trabalhadores. Trata-se de rememorar que são empregados todos aqueles trabalhadores que, na forma do art. 3º da CLT, que estejam “sob dependência”, em dissenso com as reduções doutrinárias e jurisprudenciais que ignoram dolosamente a literalidade do amplo conceito legal e se apegam uma versão reduzida de “dependência” como apenas subordinação clássica.

Não há muita dúvida de que as plataformas digitais classificadas como dirigentes impõe aos seus trabalhadores a condição de “dependentes”. A dependência tecnológica do acesso à plataforma digital como condição de trabalhar neste sistema é inclusive qualificado academicamente como “subordinação disruptiva” para Gaia<sup>53</sup> e como subordinação algorítmica para Pires<sup>54</sup>. Ramalho<sup>55</sup> (2022,

p. 315) caracteriza que o labor em plataformas digitais é demarcado pela dependência. Rocha e Meireles<sup>56</sup> também verificam uma ampla concepção de dependência no modelo de trabalho na precursora decisão espanhola que reconheceu o vínculo de emprego, adotando o conceito de *ajenidad*.

O argumento central aqui é que a precificação por “tarefa” – no sentido de salário dependente de uma ação (viagem ou entrega) em um certo tempo – implica dependência do trabalhador nessas plataformas digitais. A precificação das plataformas é, então, o método de gestão do trabalho que causa a dependência econômica, haja vista que impõe, de modo unilateral, quanto o trabalhador irá auferir pelo trabalho prestado, em típica situação de “assalariar”. Se o modelo da plataforma digital fosse baseado no real trabalho autônomo, caberia ao trabalhador empreendedor fixar qual o valor do seu labor.

No entanto, a imposição do preço pelas empresas-plataformas revela-se como forte evidência de que estas não são apenas intermediadoras entre trabalhadores e clientes solicitantes de serviço. Decerto que se a plataforma é apenas uma intermediadora que não governa (ou controla) os trabalhadores, o pagamento por esta intermediação deveria ser quantificado por essa aproximação via serviço tecnológico e não baseado no valor final do trabalho prestado. Se fossem meramente intermediadoras, tal como agem empresas de corretagem e agência, não poderiam impor preços pelos serviços feitos pelos intermediados, pois quem media não estabelece o valor do trabalho alheio. Como as plataformas de trabalho estabelecem os padrões remuneratórios, elas exercem direção econômica da atividade sob o trabalhador, sujeitando-lhe a uma dependência igualmente econômica<sup>57</sup> [56].

Com isso, quando a plataforma digital de trabalho precifica o labor do trabalhador, configura-se a característica típica e exclusiva do empregador que “assalaria” (art. 2º da CLT) e, por consequência,

51. ZIPPERER, André Gonçalves. *A intermediação de trabalho via plataformas digitais: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI*. LTr Editora, 2019.

52. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TS-T-AIRR-10575-88.2019.5.03.0003. Relator: Ministro Alexandre Ramos. Brasília: DEJT, 09 set. 2020. p. 1-14.

53. GAIA, Fausto Siqueira. *Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

54. PIRES, Victória Régia Batista. *Subordinação por padronização na empresa Uber: um novo olhar sobre a subordinação jurídica*. In: ROCHA, Andréa Presas; LEAL, Érica Ribeiro Sakaki; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio (org.). *Direito do trabalho e tecnologia: aspectos materiais e processuais*. Salvador: Escola Judicial TRT-5, 2022. p. 299-322. ISBN 978-65-88862-18-6. Disponível em: <https://portalpje.trt5.jus.br/node/60553>. Acesso em: 11 jan. 2023.

55. RAMALHO, Maria do Rosário Palma (org.). *Autonomia,*

subordinação jurídica e dependência econômica no trabalho em plataformas digitais (breves reflexões). In: RAMALHO, Maria do Rosário Palma (org.). *Trabalho na Era Digital: que Direito?*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2022. p. 307-324.

56. DA ROCHA, Cláudio Jannotti; MEIRELES, Edilton. *A uberização e a jurisprudência trabalhista estrangeira*. Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2021.

57. OLIVEIRA, Murilo. *O Trabalho Uberizado: dilemas da subordinação jurídica e a retomada da dependência econômica*. In: *direito do trabalho no século XXI*. 1 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2020, v.1, p. 46-53. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2020/12/Livro-2-Direito-do-Trabalho.pdf>

impõe a situação fática de prestação de serviços “sob dependência” (art. 3º da CLT). A literalidade destes artigos da CLT permite a qualificação jurídica desses trabalhadores como empregados, naturalmente desde que afastada a visão doutrinária e jurisprudencial que, desconsiderando a literalidade da legislação, somente concebe a ideia de subordinação jurídica como a dimensão “clássica” e subjetiva com fiscalização de jornada e controle presencial por um superior (hierarquia). A verificação do labor dependente, no plano fático, enseja, por coerência e integridade da ordem jurídica, o afastamento a presunção de labor por conta própria para fins previdenciário advinda da previsão do Art. 11-A da Lei nº 12.587/2012, redação dada pela Lei nº 13.640/2018.

Ressalta-se que, como consta na legislação brasileira que define empregador e empregado, não se exige que haja exclusividade. Isto torna juridicamente inócua e irrelevante a alegação de que os trabalhadores que laboram em plataformas digitais podem prestar serviços para diversas empresas, o que impediria a caracterização do vínculo empregatício. Tanto empregados como autônomos podem ter multiplicidade de empregadores e tomadores dos serviços.

Por força da mudança advinda da Lei nº 12.551/2011 que incluiu o parágrafo único no art. 6º, a CLT foi ajustada para explicitar que os meios informatizados – incluídos logicamente os meios digitais baseados em conexão com a internet – também se inserem como expedientes de manifestação da subordinação jurídica. Isto é, a CLT encontra-se atualizada para permitir que o poder diretivo do empregador se manifeste por “meios telemáticos e informatizados”, exatamente como ocorre na organização via algoritmos das plataformas digitais de trabalho.

Em que pese a configuração do vínculo empregatício decorrer da simples aplicação dos artigos 2º, 3º e do parágrafo único do 6º da CLT, o mais forte argumento contrário centra-se na ideia de que o trabalhador nas plataformas digitais tem liberdade de horários e possibilidade de recusar o labor. Cabe, então, recorrer à própria CLT para mostrar que estas duas circunstâncias já estão previstas e permitidas na legislação.

Desde 1943 com a vigência da CLT, sabe-se que o horário fixo e fiscalizado não é uma característica constitutiva da relação de emprego, pois há diversos empregados que, na forma do art. 62, não se sujeitam à fiscalização do trabalho. Ter flexibilidade de horários, definir os dias que vai laborar, escolher

quando repousar ou definir o horário de término da jornada é, então, faculdade que não é impeditiva da condição de empregado, pois é a própria legislação reconhecem empregados que têm essa liberdade de jornada.

Por outro lado, a recusa à “chamada” para uma viagem ou uma entrega também não é, sozinha, elemento cabal da caracterização do trabalho autônomo. A Lei nº 13.467/2017, ao alterar a CLT, estabeleceu que “A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente” (art. 452-A, §2º). Esta regra, por simples analogia, justifique que, no modelo de muitas plataformas digitais que decidem não exigir jornada fixa (permanente) que o trabalhador tenha o direito de recusar a tarefa solicitada via aplicativo.

Assim, a flexibilidade e liberdade atribuída aos trabalhadores das plataformas digitais já se encontram permitida pelas regras da CLT dos seus artigos 62 e 452-A, §2º. Ressalve-se que há controvérsia se essas liberdades podem, concretamente ser manejadas sem efetiva punição ou discriminação, porque a recusa de viagens ou a falta de login implicam em redução de notas com a conseqüente diminuição de novas demandas e até exclusão do ecossistema.

Independente deste debate sobre a efetiva liberdade dos trabalhadores platformizados, o modelo de assalariamento por peça e por tarefa já explica que pode o empregado dispor de relativa autonomia sobre o tempo de trabalho e a quantidade de produção a ser alcançada. Também desde 1943, consta na CLT que os empregados podem ser remunerados por outros critérios diversos da jornada. A redação do art. 78 da CLT estabelece “Quando o salário for ajustado por empreitada, ou convencionado por tarefa ou peça, será garantida ao trabalhador uma remuneração diária nunca inferior à do salário mínimo...”. Em complemento, o art.83 da CLT valida o trabalho feito pelo empregado em seu domicílio, assegurando-lhe o salário mínimo mesmo que esta remuneração variável seja por peça ou tarefa. Destarte, na remuneração por peça ou tarefa, o empregado que labora externamente já poderia definir os horários de trabalho, aceitando ou não novas demandas, tal como os trabalhadores das empresas plataformas.

No caso das plataformas digitais que fazem serviços de transporte individual ou entregas, a leitura atenta da CLT propicia ainda que se encontre uma regulação especial para a atividade desses trabalhadores “motoristas”. Ou seja, as singularidades do trabalho de motoristas em veículos ou em motocicletas já se encontra inscrita na CLT, inicialmente

pela Lei nº 12.619 de 2012, com redação alterada Lei nº 13.103/2015, conforme seção IV-A que cuida exclusivamente do “Serviço do Motorista Profissional Empregado” e abrange os artigos 235-A até 235-H.

É importante ressaltar que esta regulação especial do trabalhador motorista comporta a atual fórmula de trabalho do salário por “tarefa” praticado pelas plataformas digitais. A precificação da “tarefa” de fazer uma viagem ou entrega está devidamente autorizada pelo art. 235-G, o qual estabelece: *“É permitida a remuneração do motorista em função da distância percorrida, do tempo de viagem ou da natureza e quantidade de produtos transportados, inclusive mediante oferta de comissão ou qualquer outro tipo de vantagem...”*.

Para a situação em que o trabalhador se encontra disponível para o trabalho – ou seja, logado e online aguardando a demanda – o art. 235-C institui o pagamento de uma indenização por esta disponibilidade, dispondo que *“...As horas relativas ao tempo de espera serão indenizadas na proporção de 30% (trinta por cento) do salário-hora normal”*.

A liberdade de definir o início, o intervalo ou final da jornada – razão alegada por muitos trabalhadores platformizados como justificativa para recusa do vínculo empregatício – é igualmente situação prevista na CLT para os motoristas empregados. Estes são alcançados pela proteção trabalhista da CLT e tem horários livres, como estabelece o art. 235-G, § 13: *“Salvo previsão contratual, a jornada de trabalho do motorista empregado não tem horário fixo de início, de final ou de intervalos”*.

No entanto, uma advertência conceitual se impõe. A argumentação deste texto indica que a precificação unilateral das plataformas caracteriza, por si, a situação de dependência (econômica) e subordinação do trabalhador, ensejando a caracterização do vínculo empregatício como regra. Todavia, se no caso concreto, ocorrer trabalho eventual ou esporádico, não haverá a qualificação da relação como empregatícia, por força do requisito da “não-eventualidade” do art. 3º da CLT.

## 6. CONCLUSÕES

A compreensão crítica do modelo empresarial das plataformas digitais propicia reconhecer que algumas destas exercem governo e controle sobre os trabalhadores, embora com elementos distintos dos indícios da típica subordinação jurídica do modelo fordista. Ao manifestar poder diretivo e dirigismo econômico pela precificação unilateral do trabalho

alheio, as plataformas digitais sujeitam seus trabalhadores à condição de trabalho “sob dependência” e mediante salário por “tarefa”, assumindo assim a posição legal de empregadores, caso presentes os demais requisitos do art. 3º da CLT.

Para isto, é indispensável fugir das reduções conceituais que operam na dogmática trabalhista e nas posições jurisprudenciais. O conceito literal de empregado na CLT não está adstrito à subordinação jurídica, porquanto, repita-se, o legislador elegeu um critério amplo e indeterminado de trabalho “sob dependência”. Da mesma forma, a subordinação jurídica não se restringe à condição de trabalhar com jornada fiscalizada e sujeita à gerência presencial por um encarregado, haja vista a existência de outras dimensões de subordinação jurídica como a objetiva ou estrutural. Visualizar o empregado apenas como aquele que se insere na subordinação clássica é uma redução conceitual injustificável, cujo propósito hermenêutico (e ideológico) é reduzir a aplicação da lei que sempre foi ampla.

Justamente pela recuperação da ampla e literal concepção consagrada na legislação trabalhista nacional, é factível reconhecer que o trabalhador cujo preço do trabalho é fixado unilateralmente pela plataforma digital é um típico empregado, todavia com salário não fixado por tempo. Realizar uma viagem ou uma entrega, a partir de uma tarifa variável e quantificável pela distância percorrida e ponderada em um certo tempo, é receber salário por “tarefa”, como fórmula de aferição da retribuição ao trabalho baseada primordialmente no resultado e secundariamente no tempo.

O assalariamento por “tarefa” – concepção dogmática mais precisa do que o salário por “peça” – é previsto na CLT desde sua origem, conforme dicção dos seus arts. 78 e 83. Do mesmo modo, o empregado é aquele labora sob dependência (art. 3º), inclusive por meios informatizados (art. 6º, parágrafo único) e mediante assalariamento (art. 2º). Este mesmo empregado pode estar sujeito à jornada livre (art. 62) e recusar a chamada do empregado para o labor (art. 452-A, §2º). No caso de motoristas de veículos ou motocicletas, a CLT viabiliza que o horário de trabalho não seja fixo (art. 235-G, §13), que o salário seja por esta tarefa de transportar pessoa ou coisa (art. 235-G), indenizando-se o tempo de espera com 30% (art. 235-C). Ainda, é direito destes trabalhadores platformizados com salário por “tarefa” o direito ao salário mínimo, conforme art. 83 da CLT.

Este esforço em fazer remissão a um conjunto de dispositivos que estão na CLT demonstra que,

superadas reduções conceituais doutrinárias e axiologia liberal que vem reverberando na política trabalhista, indica que a regulamentação para as mais conhecidas plataformas digitais de trabalho já existe. Não falta, portanto, legislação para os principais aspectos protecionistas diante da assimetria daquela relação de trabalho, sem prejuízo da vindoura criação de nova legislação mais específica outras questões, a exemplo dos bloqueios e exclusões. Falta, decerto, a vontade e a concretização do compromisso constitucional de proteger os trabalhadores dependentes.

## REFERÊNCIAS

- ABÍLIO, L. C. *et al.* Condições de trabalho de entregadores via plataforma digital durante a Covid-19. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, Campinas, Edição Especial – Dossiê Covid-19, p. 1-21, jun. 2020. Disponível em: <<http://revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/74/37>>. Acesso em: 30 ago.2022.
- ABÍLIO, Ludmila. *Sem Maquiagem: o trabalho de um milhão de revendedoras de cosméticos*. Boitempo, São Paulo, 2014.
- ANTUNES, Ricardo. *O privilégio da servidão*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Processo nº TS-T-AIRR-10575-88.2019.5.03.0003. Relator: Ministro Alexandre Ramos. Brasília: DEJT, 09 set. 2020. p. 1-14.
- CALDAS, Josiane. *A Economia Compartilhada e a Uberização do Trabalho: utopias do nosso tempo?* Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020.
- CARELLI, Rodrigo; OLIVEIRA, Murilo. *As Plataformas Digitais e o Direito do Trabalho: como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no Século XXI*. Editora Dialética, 2021.
- CASILLI, Antonio A. *Da classe virtual aos trabalhadores do clique: a transformação do trabalho em serviço na era das plataformas digitais*. MATRIZES, v. 14, n. 1, p. 13-21, 10 maio 2020. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/matrizes/article/view/169579/160674>. Acesso em: 26 maio 2020.
- CASTRO, Viviane Vidigal de. *As ilusões da uberização: um estudo à luz da experiência de motoristas Uber*. 2020. 303 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, 2020.
- CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Direito do trabalho 4.0: controle e alienação como operadores conceituais para a identificação da relação de emprego no contexto dos aplicativos de trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, São Paulo, n. 22, p. 36-51, 201
- 61, 1, 2016-2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3004797>. Acesso em: 16 dez. 2020.
- COLLI, Juliana Marília. *O 'salário por peça' e sua reposição nas novas formas de trabalho à feição*. Estudos de Sociologia, Araraquara, v. 3, n. 5, p. 75-86, 2008. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/268361593\\_O\\_'salario\\_por\\_peca'\\_e\\_sua\\_reposicao\\_nas\\_novas\\_formas\\_de\\_trabalho\\_a\\_facao](https://www.researchgate.net/publication/268361593_O_'salario_por_peca'_e_sua_reposicao_nas_novas_formas_de_trabalho_a_facao). Acesso em: 28 nov. 2020.
- DA ROCHA, Cláudio Jannotti; MEIRELES, Edilton. *A uberização e a jurisprudência trabalhista estrangeira*. Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2021.
- DE STEFANO, Valerio. *The rise of the "just-in-time workforce": on-demand work, crowdwork and labour protection in the "gig-economy"*. International Labor Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, Conditions of work and employment series, n. 71, Geneva, 2016. Disponível em: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_443267.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf). Acesso em: 18 mar. 2020.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.
- DESGRANGES, N. *Os algoritmos do empreendedorismo: A plataforma do trabalho de entregadores de iFood*. Pensata, [S. l.], v. 9, n. 2, 2021. DOI: 10.34024/pensata.2020.v9.11136. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/pensata/article/view/11136>. Acesso em: 30 dez. 2022.
- DUBAL, Veena. *The Time Politics of Home-Based Digital Piecework*. Ssrn Electronic Journal, p. 1-17, 2020. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3649270>. Acesso em: 21 dez. 2020.
- FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe. *Iniciação à Pesquisa no Direito: pelos caminhos do conhecimento e da invenção*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 52-55.
- FUCHS, Christian. *Theorising and analysing digital labour: from global value chains to modes of production*. The Political Economy of Communication, [S.l.], v. 1, n. 2, jan. 2014. ISSN 2357-1705. Available at: <<http://www.polecom.org/index.php/polecom/article/view/19>>. Date accessed: 13 jul 2021
- GAIA, Fausto Siqueira. *Uberização do trabalho: aspectos da subordinação jurídica disruptiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- GONTIJOI, Laura Valle. *Os efeitos da produtividade e da intensidade do trabalho sobre a subjetividade dos trabalhadores*, 2022. Disponível em [https://www.academia.edu/44189211/Os\\_efeitos\\_da\\_produtividade\\_e\\_da\\_intensidade\\_do\\_trabalho\\_sobre\\_a\\_subjetividade\\_dos\\_trabalhadores](https://www.academia.edu/44189211/Os_efeitos_da_produtividade_e_da_intensidade_do_trabalho_sobre_a_subjetividade_dos_trabalhadores). Acesso em 22/01/2022
- GROHMANN, Rafael. *Plataformização do trabalho: entre dataficação, financeirização e racionalidade*

- neoliberal. Revista Eptic, São Cristóvão (SE), v. 21, n. 1, p. 106-122, 2020. Disponível em: <https://revec.revistas.ufs.br/index.php/epctic/article/view/12188>. Acesso em: 16 dez. 2020.
- GUANAIS, Juliana Biondi. *Salario por pieza y superexplotación del trabajo*. Sociología del Trabajo, n. 92, p. 67-85, 12 abr. 2018. Universidad Complutense de Madrid (UCM). <http://dx.doi.org/10.5209/stra.59579>. Disponível em: <https://recyt.fecyt.es/index.php/socio-logiatrabajo/article/view/64289>. Acesso em: 03 nov. 2020.
- <https://entregador.ifood.com.br/wp-content/uploads/2020/03/TERMOS-E-CONDICOES-DE-USO.pdf>
- KALIL, Renan. *A regulação do trabalho via plataformas digitais*. São Paulo: Blucher, 2020.
- MACHADO, Sidnei et al. *O trabalho controlado por plataformas digitais: dimensões, perfis e direitos*. Clínica Direito do Trabalho (Universidade Federal do Paraná), 2022
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- MARX, Karl. *O Capital: Crítica da Economia Política*. Livro I: O Processo de Circulação do Capital. São Paulo: Boitempo, 2009. p. 525.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Salário: conceito & proteção*. São Paulo: Ltr, 2008.
- OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. *Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho*. Revista Direito e Práxis, v. 11, n. 4, p. 2609-2634, dez. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50080>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- OLIVEIRA, Murilo. *Dependência econômica e plataformas digitais de trabalho: desvendando as estruturas da precificação e assalariamento por meios digitais*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito, UFBA, v. 31, n. 1, 2021. Disponível em <https://periodicos.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/45523>.
- OLIVEIRA, Murilo. O Trabalho Uberizado: dilemas da subordinação jurídica e a retomada da dependência econômica In: *Direito do trabalho no século XXI*. 1 ed. Belo Horizonte: UFMG, 2020, v.1, p. 46-53. Disponível em <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2020/12/Livro-2-Direito-do-Trabalho.pdf>
- OLIVEIRA, Murilo; CARELLI, Rodrigo; GRILLO, Sayonara. *Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho*. Revista Direito e Práxis, v. 11, n. 4, p. 2609-2634, dez. 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50080>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/50080>.
- OLIVEIRA, Murilo et al. O trabalho na plataforma digital Getnijas: vitrine de pessoas, moedas virtuais e lei-lão reverso. In *Teoria Jurídica Contemporânea*, 6. Disponível em <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/41812>
- PARREIRA, Ana Carolina. *Revolução digital e a relevância da transparência algorítmica nas relações de trabalho*. Revista do Trib. Rev. do Trab. da 3ª Região, Belo Horizonte, v. 66, n. 102, p. 322, 2020. Disponível em: [https://www.trt3.jus.br/publicacoes\\_ej/revista\\_102/](https://www.trt3.jus.br/publicacoes_ej/revista_102/). Acesso em: 18 jan. 2022.
- PORTO, Lorena Vasconcelos. *A parassubordinação: aparência x essência*. Revista Magister de direito trabalhista e previdenciário. Editora Porto Alegre, v. 5, n. 27, 2008.
- PIRES, Victória Régia Batista. Subordinação por padronização na empresa Uber: um novo olhar sobre a subordinação jurídica. In: ROCHA, Andréa Presas; LEAL, Érica Ribeiro Sakaki; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio (org.). *Direito do trabalho e tecnologia: aspectos materiais e processuais*. Salvador: Escola Judicial TRT-5, 2022. p. 299-322. ISBN 978-65-88862-18-6. Disponível em: <https://portalpje.trt5.jus.br/node/60553>. Acesso em: 11 jan. 2023
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma (org.). Autonomia, subordinação jurídica e dependência econômica no trabalho em plataformas digitais (breves reflexões). In: RAMALHO, Maria do Rosário Palma (org.). *Trabalho na Era Digital: que Direito?*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2022. p. 307-324.
- ROCHA, Cláudio Jannotti da; OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva. *A quarta revolução tecnológica e o trabalho na gig economy: limites e fronteiras do direito do trabalho na proteção dos trabalhadores em aplicativos = the fourth technological revolution and work at gig economy: limits and boundaries of Labor Law in the protection of workers in applications*. Revista de direito do trabalho e seguridade social, São Paulo, v. 47, n. 216, p. 145-159, mar./abr. 2021.
- SAAD, Eduardo; SAAD, José Eduardo; BRANCO, Ana Maria. *CLT Comentada*. 51. ed. São Paulo: Ltr, 2019, p. 300.
- SANTOS, José Aparecido dos. *Curso de Cálculos de Liquidação Trabalhista: dos conceitos essenciais à elaboração das contas*. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2018, p. 146.
- SRNICEK, Nick. *Capitalismo de plataforma*. Trad. Aldo Giacometti. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Caja Negra, 2018.
- VALLAS, Steve; SCHOR, Juliet. *What Do Platforms Do? Understanding the Gig Economy*. Annual Review of Sociology, v. 46, n. 1, 2020. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-soc-121919-054857>. Acesso em: 05 maio 2020.
- WOLFF, S. *As Startups na perspectiva das cadeias globais de valor: financeirização dos trabalhos de inovação e a reinvenção do salário por peça*. Revista de ciências sociais – política & trabalho, v. 51, p. 90-107, 13 maio 2020. p. 97.
- ZIPPERER, André Gonçalves. *A intermediação de trabalho via plataformas digitais: repensando o direito do trabalho a partir das novas realidades do século XXI*. LTr Editora, 2019.





# O dano existencial trabalhista

Alberto Bastos Balazeiro\*

Luciano Martinez\*\*

Pedro Lino de Carvalho Júnior\*\*\*

**RESUMO:** Com inspiração no direito italiano, o ordenamento pátrio incorporou à normatividade vigente o dano existencial como categoria autônoma de dano extrapatrimonial. O artigo aborda essa modalidade de dano na esfera trabalhista e os desafios que sua adoção oferece aos intérpretes e aplicadores do direito, na medida em que o dispositivo incorporador não delimitou seus contornos, deixando essa árdua tarefa à doutrina e à prática dos tribunais. Depois de desenvolver algumas reflexões sobre a responsabilidade civil em sua dimensão mais ampla, o estudo se debruçou na sua análise, seus elementos constitutivos, dimensão probatória e parâmetros para arbitramento da sua reparação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade civil. Dano extrapatrimonial. Dano existencial. Direito do trabalho.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A crise dos paradigmas clássicos da responsabilidade civil. 2. Conceito de dano. Danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais. 3. Dano existencial e direito do trabalho. 3.1 Elementos caracterizadores do dano existencial. 3.1.1 Dano a um projeto de vida. 3.1.2. Dano à vida relacional. 3.2. Algumas distinções conceituais. 3.3 Prova. 3.4. Fixação do valor reparatório. 4. Considerações finais. Referências bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

O direito da responsabilidade civil atravessa um período de fecunda produção doutrinária e jurisprudencial. Para tanto, inegável foi a influência da Constituição de 1988, do Código de Defesa do

Consumidor e do Código Civil de 2002, que, refletindo os anseios e as mudanças já ocorrentes na sociedade, deram-lhe nova configuração, libertando-o do enclausuramento imposto pelo legislador civil de 1916. Isso ocorreu, porque, entre outras inovações, tais diplomas normativos asseguraram a plena reparabilidade dos danos morais, ampliaram as hipóteses de responsabilização objetiva, aumentaram o rol dos danos indenizáveis e fixaram critérios para balizamento das indenizações.

Além de conter disposições mais amplas na sua parte geral acerca da responsabilidade civil, o Código Civil de 2002 dedicou-lhe título próprio, reconhecendo-a como modalidade autônoma de obrigação ao discipliná-la do art. 927 ao art. 954, para não dizer de outras disposições esparsas relacionadas a seu regramento normativo, a exemplo das normas que tratam dos direitos da personalidade e das inúmeras previsões encontradas na parte especial (direito das obrigações, direitos das coisas, direito de família) as quais, igualmente, contêm dispositivos especialmente relacionados à temática.

A aceleração do processo histórico, as profundas mudanças econômicas e sociais e a atuação de um Judiciário mais crítico e criativo justificam uma permanente revisão dos conceitos jurídicos. A codificação civil de 2002 já foi objeto de diversas reformas pontuais, porque, enfim, tudo ocorre em velocidade nada desprezível. Até mesmo a vetusta Consolidação das Leis do Trabalho foi intensamente reformulada, e outras alterações são prometidas apesar de ainda estarem em curso os esforços de compreensão do alcance e significado das recentes modificações. As novas previsões normativas desafiam a argúcia dos operadores jurídicos, haja vista os inúmeros obstáculos interpretativos que oferecem.

Dentro desse contexto, o artigo abordará uma temática em constante modificação em conceito e em extensão: o dano extrapatrimonial na esfera trabalhista. Para isso, depois de desenvolvidas algumas reflexões acerca da responsabilidade civil na sua dimensão mais ampla, o artigo se dedicará

(\*) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Doutorando em Direito Constitucional (IDP). Mestre em Direito (UCB).

(\*\*) Professor Associado II de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre e Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social (USP). Pós-Doutor em Direito pela PUCRS. Juiz do Trabalho desde 1995 (TRT5). Autor de diversas obras jurídicas. E-mail: lucianomartinez.ba@gmail.com. Instagram: @lucianomartinez10.

(\*\*\*) Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Doutor em Filosofia pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e Procurador do Trabalho/PRT 5ª Região – Bahia. Membro do Grupo de Pesquisa Poética Pragmática e do Grupo de Pesquisa Teorias da Justiça, do Direito e da Decisão Judicial.

especificamente à análise do chamado dano existencial, seus elementos constitutivos, dimensão probatória e parâmetros para arbitramento da sua reparação.

## 1. A CRISE DOS PARADIGMAS CLÁSSICOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Ao refutar o pensamento tradicional, Thomas Kuhn<sup>1</sup> sustentou a tese de que a evolução do conhecimento científico não se operaria por intermédio de um processo de acumulação sucessiva e linear dos saberes, mas, sim, por rupturas dos paradigmas dominantes. Esse processo, que denominou de “revolução científica”, manifesta-se quando o paradigma dominante já não consegue dar respostas satisfatórias aos novos problemas que naturalmente surgem.

No caso específico da experiência jurídica, dada a sua natureza de saber dogmático, era imperante a ideia de que o direito criaria as suas próprias realidades e definiria os seus próprios conceitos para sobre eles falar com mais precisão. Esta autossuficiência seria reforçada pela concepção normativista kelseniana da Ciência do Direito, que a visualizava a partir de uma postura metodológica formalista, a ponto de reduzi-la ao estudo das estruturas lógicas da norma jurídica.<sup>2</sup>

No entanto, como ensina José Eduardo Faria, “a impressionante rapidez com que muitos dos conceitos e categorias fundamentais até agora prevaletentes na teoria jurídica vão sendo esvaziados e problematizados pelo fenômeno da globalização, seus códigos interpretativos, seus modelos analíticos e seus esquemas cognitivos revelam-se cada vez mais carentes de operacionalidade e funcionalidade”.<sup>3</sup>

É evidente, por conta do que se disse, que as “certezas” claudicam e as “verdades” já não dão conta de interpretar a dinâmica deste processo. A sociedade mundializada e os avanços tecnológicos têm produzido um contingente avassalador de dados e informações. Meditar sobre a crise da racionalidade jurídica representa um esforço de compreendê-la num horizonte mais amplo da crise da racionalidade

ocidental, sem, porém, perder de vista seus elementos específicos, porquanto o direito, encarado como subsistema social, possui um núcleo de autonomia com atributos inconfundíveis.

O momento é de grandes transformações. Afinal, na sociedade contemporânea, diria Lévinas, “o ontem agoniza e o amanhã balbucia”<sup>4</sup>. Nas sociedades hipercomplexas da atualidade o direito dos danos também atravessa uma fase de mudança paradigmática, como bem descrita por Anderson Schreiber<sup>5</sup> em *Novos paradigmas da responsabilidade civil*, que, ao abordar a erosão dos filtros da reparação, a relativa perda da importância da culpa e da prova do nexos causal como obstáculo à obtenção da reparação dos danos, considera que caminhamos em um terreno “movediço, caracterizado pela incerteza e pela mutabilidade”. Para ele:

A sociedade contemporânea assiste a uma dupla expansão, que compreende não apenas os meios lesivos, mas também os interesses lesados. Sob o primeiro aspecto, a evolução tecnológica assegurou aos particulares um potencial danoso que, antes, só se vislumbrava no Estado. Danos de abrangência significativa que somente podiam ser produzidos pela máquina pública derivam, cada vez mais, da atuação empresarial e também do comportamento adotado por indivíduos comuns [...]. De outra parte, também os interesses lesados se expandiram consideravelmente. O reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais e a definitiva consagração da tutela de interesses existenciais e coletivos conquistadas da ciência jurídica contemporânea, ampliaram imensamente o objeto protegido pelo direito em face da atuação lesiva. [...] E, na esteira do conteúdo inevitavelmente aberto da dignidade humana, novos danos vêm sendo invocados, suscitando acesas controvérsias no que tange à sua ressarcibilidade (...) A revolução, contudo, é falha, porque meramente parcial. Os tribunais desconsideram a culpa (*todos somos culpados*) e a causa (*todos somos causadores*) dos danos, mas concluem o processo judicial de responsabilização lançando o ônus sobre um único – e, muitas vezes, randômico – responsável.

Como esclarece no mesmo texto, em diversos países há uma tendência em se avançar para a

1. KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 3. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1992.  
2. Cf. CARVALHO JÚNIOR. P.L. *A lesão consumerista no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.  
3. FÁRIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 39.

4. LÉVINAS, Emmanuel apud SOUZA, Ricardo Timm de. Inquieto pensar. *Filosofia ciência e vida*. São Paulo, ano II, n. 13. p. 6-13, set. 2007.  
5. SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 3-7.

securitização dos riscos e despatrimonialização da reparação, no pressuposto de que, em sociedades de alta complexidade sistêmica, a nova função da responsabilidade civil não estaria em “encontrar o culpado, mas em gerir os danos que, inevitavelmente, decorrem da convivência social”<sup>6</sup>. Ademais, defende a necessidade de que se encontrem mecanismos não patrimoniais para ressarcimento dos danos morais, com o objetivo de serem identificadas formas específicas que assegurem soluções distanciadas da pura e simples monetização da reparação da injúria perpetrada.<sup>7</sup>

É nesse cenário que se deve refletir sobre os danos extrapatrimoniais na esfera juslaboral. A temática da responsabilidade civil é transversal e, por isso, percorre territórios de distintos ramos do direito, de modo que o repensar dos seus alicerces epistemológicos é tarefa da qual o jurista não pode se distanciar.

## 2. CONCEITO DE DANO. DANOS PATRIMONIAIS E DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Dano é uma violação a bem ou interesses jurídicos tutelados.<sup>8</sup> Quando passíveis de aferição econômica direta, dizem-se “danos patrimoniais”. Se a ofensa atinge interesses ou direitos não dotados da mensuração econômica imediata, tem-se os “danos extrapatrimoniais”.<sup>9</sup>

Os danos patrimoniais englobam os *danos emergentes*, vale dizer, aquilo que se perdeu, e os *lucros cessantes*, o que razoavelmente se deixou de lucrar, conforme os ditames do art. 402 do Código Civil. A esses danos, como terceiro gênero ou modalidade de dano emergente, agrega-se a *perda de uma chance*,<sup>10</sup> como a perda da possibilidade de se atingir uma posição mais vantajosa em razão da conduta de outrem.

Sob outra perspectiva, é relevante anotar que as expressões “danos morais” e “danos extrapatrimoniais” não são sinônimas, ainda que a força da tradição pretenda insistir na sua equivalência vernacular. Há entre elas uma relação de continente e conteúdo. A categoria “danos extrapatrimoniais” na esfera trabalhista engloba, entre outros, o “dano moral individual”, o “dano moral coletivo”, o “dano existencial”, o “dano-morte” e o “dano estético”.

Ainda que exista grande divergência teórica quanto à categorização dos danos extrapatrimoniais, em relação à compreensão exposta, o critério utilizado foi, a um só tempo, as diretrizes legais e jurisprudenciais consolidadas, bem como, e fundamentalmente, a possibilidade de cumulação das distintas modalidades dos danos extrapatrimoniais apontadas.

Reconheça-se, no entanto, que há uma crítica reiterada entre os doutrinadores quanto à expansão exagerada dos chamados “novos danos”<sup>11</sup>, os quais, em boa parte dos casos, não seriam propriamente

6. SCHREIBER, Anderson. *Ob. cit.*, p. 8.

7. Cf. BALAZEIRO, Alberto Bastos; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Apontamentos sobre a responsabilidade trabalhista contemporânea. *Rev. TST*, São Paulo, vol. 88, no 2, abr/jun 2022, p. 44.

8. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12 ed. São Paulo: Atlas, p. 103.

9. Essa classificação entre “danos patrimoniais” e “danos extrapatrimoniais” está longe de ser um ponto pacífico na doutrina. Apesar disso, ela representa a opção do legislador trabalhista (vide art. 223-A e seguintes da CLT), razão pela qual será aqui adotada. Em rigor, porém, há realmente certa impropriedade nessa díade “patrimonial” e “extrapatrimonial”. Quem parte dessa perspectiva está estreitando o conceito de “patrimônio”, tomando-o apenas na sua dimensão contábil, nos estritos termos constantes da escrituração empresarial. Sustenta-se isso porque o dano imaterial é, em verdade, um dano ao patrimônio intangível do sujeito lesado. Apesar de inserido no plano meramente sensível e, por isso, intangível, o objeto violado é, sem dúvidas, um patrimônio, etimologicamente identificado como tudo aquilo que é adquirido em intergeracional ação (*-mónium* significa ação), de pai (*patrí-* provém de pater, raiz da palavra pai) para filho. O texto constitucional, aliás, reconhece a existência de patrimônio imaterial no seu art. 216, como a intangível expressão de vida recebida de ancestrais e repassada para descendentes. Nesse sentido: MARTINEZ, Luciano. *Curso*

*de direito do trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 312.

10. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PERDA DE UMA CHANCE. PROFESSORA. DISPENSA NO INÍCIO DO ANO LETIVO. De acordo com a teoria da responsabilidade civil pela perda de uma chance, o prejuízo material indenizável é aquele decorrente de uma probabilidade séria e real de obtenção de um resultado positivo legitimamente esperado pela vítima que é obstado por ato ilícito praticado pelo ofensor. A despedida de empregado sem justa causa encontra-se dentro do poder potestativo do empregador, não caracterizando, por si só, ato ilícito ou abuso de direito. No presente caso, todavia, conforme se depreende do acórdão do Tribunal Regional, restou demonstrado o uso abusivo do exercício do direito de rescisão contratual por parte do reclamado. Com efeito, a dispensa da reclamante no início do ano letivo, quando ela já tinha a expectativa justa e real de continuar como professora da instituição de ensino reclamada e auferir daí os ganhos correspondentes, evidencia o abuso do poder diretivo do empregador de dispensa, notadamente pela dificuldade que a reclamante teria em lograr vaga em outra instituição de ensino, tendo em vista o início das aulas. Recurso de revista não conhecido. (TST – RR: 2466520135040531, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 04/10/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/10/2017).

11. Ver, por todos, SCHREIBER, Anderson. *Op. cit.*

“novos”, mas, sim, “antigos” danos caracterizados por uma especificação e detalhamento exagerados. Os exemplos se multiplicam. Há referências, por exemplo, a dano biológico, dano sexual, dano social, dano por abandono afetivo, dano por desvio produtivo, dano de nascimento indesejado, dano de férias arruinadas, entre outros tantos. Nesse contexto, há quem, como Guido Alpa, tenha iniciado uma catalogação das muitas subespécies, o que, segundo a sua perspectiva, chegou a 32 (trinta e duas) variáveis de danos encontráveis em discussão nas cortes italianas.<sup>12</sup>

Mas a crítica não pode obscurecer a dimensão pragmática do direito, enquanto saber aplicado. Ele, enfim, nutre-se das experiências concretas e, por meio delas, constrói alternativas antes não imaginadas. Nesse sentido, esses novos enquadramentos justificam a apresentação e a cumulação de pleitos reparatórios autônomos em uma mesma demanda.

### 3. DANO EXISTENCIAL E DIREITO DO TRABALHO

A reforma trabalhista de 2017 trouxe mudanças de relevo na disciplina dos danos extrapatrimoniais ao dedicar-lhe um título específico. Com o objetivo de incorporar ao direito pátrio o denominado “dano existencial”, enquanto modalidade de dano extrapatrimonial, a Lei 13.467/2017 estabeleceu um conjunto de diretrizes quanto à titularidade do direito à reparação, ao conjunto dos bens tuteláveis, à definição dos responsáveis pela reparação, à possibilidade de cumulação dos pleitos reparatórios, aos parâmetros para dimensionamento do “quantum” reparatório e aos seus limites quantitativos.

Diante de tal horizonte normativo, tornou-se necessária a apreciação dos elementos que caracterizam os danos existenciais, a prova judiciária que lhe diz respeito e os parâmetros para fixação dos valores reparatórios, o que se fará nos tópicos subsequentes.

#### 3.1 Elementos caracterizadores do dano existencial

A Constituição Federal de 1988 considera a dignidade humana como um dos seus fundamentos (art. 1º, III) e, para além disso, os artigos 6º e 7º estabelecem os direitos mínimos dos trabalhadores, os denominados direitos fundamentais e direitos sociais.

É preciso sempre reiterar: o trabalhador não deixa de ser pessoa e, portanto, titular de direitos fundamentais, pelo fato de se encontrar integrado na empresa. A celebração de um contrato laboral não subtrai do empregado todos os direitos que a Constituição Federal reconhece aos cidadãos e cuja proteção está garantida por inúmeros preceitos legais, mesmo porque as empresas não formam um mundo à parte da sociedade. Realmente, as liberdades públicas se constituem em um conjunto de prerrogativas que devem ser respeitadas tanto no âmbito público quanto privado.<sup>13</sup>

O direito à reparação por danos sofridos encontra agasalho no texto constitucional, conforme se pode constatar dos incisos V e X do art. 5º da CF/88, que assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, ao tempo em que considera invioláveis, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Para dar materialidade a esses comandos, o legislador infraconstitucional previu no art. 223-B da CLT que “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação”. Com manifesta inspiração no direito italiano, o ordenamento pátrio incorporou à normatividade vigente o dano existencial como modalidade autônoma do dano extrapatrimonial.

O dispositivo, no entanto, não fixou seus contornos, mas deixou essa árdua tarefa aos intérpretes e aplicadores do direito.

Se poderia cogitar então do uso do direito comparado para superar tais dificuldades, especialmente diante da rica experiência italiana no trato da matéria. A questão não é simples, todavia, em razão das consideráveis diferenças existentes entre os dois ordenamentos jurídicos: a Itália adota um modelo fechado em relação à garantia aos interesses merecedores de tutela na esfera da responsabilidade civil<sup>14</sup>, diferentemente do nosso país, que, nos artigos 186

12. ALPA, Guido. *La responsabilità civile*. Parte generale. Torino: UTET, 2010, p. 617 e segs.

13. CARVALHO JÚNIOR, P. L.; CUNHA, G. L. O direito à imagem do empregado e sua dimensão constitucional. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ (coord). *Desafios da reforma trabalhista* – De acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017. São Paulo: RT, 2017.

14. FARIAS, Cristiano Chaves; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil. Responsabilidade civil*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 336.

e 927 do Código Civil, consagra um modelo aberto, a partir do uso de cláusulas gerais.<sup>15</sup>

A doutrina do dano existencial na Itália surgiu exatamente para contornar as dificuldades impostas pelos regramentos normativos existentes neste país, os quais estavam dificultando o ressarcimento de determinados danos não patrimoniais, como observa Bruno Bom Ferreira, ao pontuar que não se pode “perder de vista que a criação e todo o debate doutrinal e jurisprudencial em torno da figura do *dano existencial* ( e do *supra* abordado dano biológico) é fomentado pelos limites apertados do ressarcimento dos danos não patrimoniais, decorrentes do artigo 2059 do *Codice Civile*.”<sup>16</sup>

A partir do empenho de autores como Paolo Cendon, Patricia Ziviz e Luigi Gaudino<sup>17</sup>, a doutrina dos danos existenciais ganhou fôlego na Itália desde o início dos anos 90, com reflexos na esfera jurisprudencial. Mas grassa uma enorme controvérsia em relação a seus contornos, seu fundamento normativo, sua autonomia e a ameaça de que ensejaria uma *overcompensation*<sup>18</sup>, o que poderia gerar mais insegurança do que assegurar a tutela de bens jurídicos dignos de proteção.<sup>19</sup>

No caso brasileiro, *legem habemus*.

É relevante aproveitar a experiência de outros países, mas sempre tendo como norte as peculiaridades do ordenamento jurídico pátrio. O dano existencial mereceu acolhimento expresso na ordem trabalhista normativa vigente. Cabe valorizar esse avanço e buscar, sim, construir uma doutrina própria do dano existencial que, sem descurar das contribuições da experiência jurídica alienígena, valorize o esforço do nosso pensamento jurídico e da prática dos tribunais juslaboralistas brasileiros em fixar seus contornos.

A CLT distinguiu o dano moral do dano existencial, englobando-os na categoria ampla de

danos extrapatrimoniais. À luz da norma expressa, não nos parece razoável insistir na tese de que o dano existencial seria tão somente uma modalidade de dano moral,<sup>20</sup> sem ostentar qualquer autonomia conceitual. Isso não quer dizer que o aplicador da norma deva limitar seu horizonte hermenêutico ao critério gramatical, algumas vezes enxergado com alguma má vontade entre determinados operadores do direito.

Pois bem. Não é possível fugir do óbvio: a interpretação parte sempre do sentido literal do texto e avança na direção a outras regras interpretativas (lógica, sistemática, teleológica, histórica e comparativa etc). Assim, sob pena de abrir as portas a voluntarismos e decisionismos – para usar expressões tão caras a Lenio Streck<sup>21</sup>, desarrazoada seria qualquer interpretação que simplesmente negasse vigência ou esvaziasse o conteúdo de texto expresso e de manifesta clareza (salvo exceções, como eventual inconstitucionalidade), mesmo porque, “obedecer ‘à risca o texto da lei’ democraticamente construído (já superada a questão da distinção entre direito e moral) não tem nada a ver com a ‘exegese’ à moda antiga (positivismo primitivo)”<sup>22</sup>

Rúbia Zanotelli de Alvarenga e Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho entendem que o dano existencial na esfera trabalhista é um evento violador que “impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal”<sup>23</sup>

15. Ver: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 273.

16. BOM FERREIRA, Bruno. *Dano da morte: compensação dos danos não patrimoniais à luz da evolução da concepção de família*. Coimbra: Edições Almedina, p. 93. Grifos no original.

17. BOM FERREIRA, Bruno. *Op. cit.*, p. 91.

18. Com riscos de legitimar um verdadeiro enriquecimento ilícito.

19. Conferir no particular o interessante estudo de Carlos Antonio Agurto Gonzáles e Sonia Lidia Quequejana Mamani: *O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana*. Tradução de Fabiano Coulon, publicado na revista Eletrônica *Redes*: R. Electr. Dir. Soc., Canoas, v.6, n. 1, 47-58, mai. 2018. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/4352>. Acesso em: 26 fev 2023.

20. Invoca-se Lampedusa: será que foi preciso mudar, para que tudo continuasse como estava? Deseja-se que não.  
“Tutto deve cambiare affinchè tutto rimanga come prima”. Fala de Tancredi para seu tio, Príncipe Fabrizio Salina, no romance *O Gattopardo*, de Giuseppe Tomasi di Lampedusa. Tradução de Marina Colasanti, Editora Record.

21. STRECK, Lenio. *O que é isso: decido conforme minha consciência?* 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, p. 29.

22. STRECK, Lenio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Revista NEJ* – Eletrônica, Vol. 15 – n. 1 – p. 158-173 / jan-abr 2010. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos). Nessa passagem, foram reproduzidos alguns argumentos expostos em texto anterior de um dos coautores, cf. CARVALHO JÚNIOR, P.L. A sucessão anômala na esfera trabalhista: apontamentos acerca da lei nº 6.858/80. MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (Org.). *Estudos aprofundados do MPT* – v. 2. Salvador: JusPodivm, 2022.

23. ALVARENGA, R. Z.; BOUCINHAS FILHO, J.C. Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 2, abr/jun 2013, p. 243.

Esclarecedoras, igualmente, são as reflexões de Agra Belmonte, para quem dano existencial é “o prejuízo imaterial decorrente dos impedimentos causados pelo empregador à possibilidade de o trabalhador realizar um projeto de vida ou de ter uma vida regular de relações familiares e sociais”. E arremata com a assertiva de que esse peculiar dano “decorre da conduta do ofensor de privar o ofendido de suas aspirações de realização pessoal, familiar e social, e de melhora de sua condição pessoal, que envolve a progressão espiritual e profissional”.<sup>24</sup>

Como se vê, o dano existencial se manifesta em dois eixos fundamentais, de acordo com entendimento que se consolidou na doutrina: a ofensa a um “projeto de vida” e o prejuízo à “vida de relação”, que não precisam estar simultaneamente presentes para configurá-lo.<sup>25</sup>

Diante desse conjunto de informações, é possível afirmar que **o dano existencial é a violação que afeta um concreto projeto de vida e/ou a dimensão relacional e intersubjetiva da vítima, impedindo-a ou dificultando-a de alcançá-los, e que, em qualquer das situações, produz o apagamento de um futuro idealmente esboçado.**

Pela importância de que se revestem, é mister uma análise pormenorizada desses alicerces que o embasam.

### 3.1.1. Dano a um projeto de vida

A perspectiva do ser humano como senhor do seu destino pressupõe a existência de uma esfera de liberdade de ação e de agência humanas. Trata-se de questão metafísica muito intrincada quanto aos seus lineamentos, pois em debate temas como determinismo *versus* liberdade, mas, qualquer que seja o enfoque, sem o livre arbítrio e sem que se reconheça a capacidade de deliberação, a ética e as ciências normativas enfrentariam, em muitas situações, dificuldades intransponíveis para impor e justificar seus ditames.<sup>26</sup>

Lançado ao mundo, o homem está condenado a ser livre, diz Sartre em seus diversos escritos. Por

maiores que sejam as condicionantes que conformam sua vida, ele ensina que “o essencial não é o que fizeram do homem, mas o que ele faz daquilo que fizeram dele”.<sup>27</sup> Para determinadas correntes do existencialismo filosófico, o ser do homem é a liberdade, o constituir-se a si próprio e, “no processo dessa autoconstituição existencial, o homem pode gerar o âmbito de inteligibilidade que lhe permitirá compreender-se a si mesmo, e sua situação com os demais e no mundo”.<sup>28</sup> Sartre diz, nesse sentido: “o homem de início não é nada: só posteriormente será alguma coisa e será aquilo que ele fizer de si mesmo”.<sup>29</sup>

O fazer-se a si mesmo engendra um projeto existencial, uma direção que vai se construindo no cotidiano das pessoas, a busca de determinados objetivos, a partir de ambições, desejos e expectativas. A liberdade traz em si a aptidão para desenhar um futuro, como descreve Carlos Fernández Sessarego:

Liberdade é projeto, vive-se projetando, repita-se, projeta-se para viver. Viver, ser livre, supõe cumprir um projeto que pode, também, frustrar-se, retardar-se, cumprir-se, parcial ou totalmente, na cotidianidade do existir. E projetar, ser livre, significa, não apenas, possuir uma dimensão de temporalidade, mas, também, a concorrente à coexistência dos seres humanos, pois, nenhum projeto pode realizar-se sem contar com o outro, com os estímulos e meios provenientes do mundo exterior, do entorno no qual se vive.<sup>30</sup>

O projeto de vida merece a tutela do direito.<sup>31</sup> Ele compõe um espaço de afirmação da própria dignidade do ser humano, da sua capacidade de

24. BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho*. 2. ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2021, p. 328.

25. FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, Curitiba, v. 2, n. 22, p. 62-78, set. 2013, p. 62 e segs. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/95532>. Acesso em: 23 fev 2023.

26. TAYLOR, Richard. *Metafísica*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969, p. 53 e segs.

27. Sartre, J-P. *Critique de la raison dialectique*. Paris: Gallimard, 1960. Tomo I. p. 369 *apud* Colette, Jacques. *Existencialismo*. Porto Alegre: LM Pocket, p. 62.

28. FERRATER MORA, J. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Edições Loyola, p. 962.

29. SARTRE, J.P. *O existencialismo é um humanismo*. Coleção *Os pensadores*. 3. Ed. São Paulo: Nova Cultura, p. 6.

30. SESSAREGO, Carlos Fernández: *É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida?* Tradução de Marcos Jorge Catalan, publicado na revista Eletrônica *Redes*: R. Eletr. Dir. Soc., Canoas, v.2, n. 2, 41-57, nov. 2017. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/issue/view/200>. Acesso em: 27 fev 2023.

31. Pondera Roberto Mangabeira Unger que “entre as regras técnicas e as abstrações filosóficas, está o nível intermediário em que se colocam as questões cruciais da organização e da reorganização da sociedade. Neste nível está a vantagem comparativa do jurista. O direito é o lugar privilegiado onde práticas e instituições se encontram com interesses e ideais, com toda a riqueza de uma realidade histórica e singular”. In: UNGER, R. M. *Uma nova faculdade de direito no Brasil. Cadernos da FGV*. Rio de Janeiro: RJ, p. 36, 2006.

impor-se como sujeito da sua existência. No particular, já existem precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial o emblemático caso de María Elena Loayza Tamayo. Essa professora foi injustamente presa por cinco anos e torturada durante o governo de Alberto Fujimori, no Peru. Ela perdeu emprego, teve de abandonar o curso de direito que frequentava, privou-se do convívio da família e, em especial, dos filhos.

Constatada a sua inocência, o julgado da Corte reconheceu ser “perfeitamente admissível a pretensão de que se repare, na medida do possível e com os meios adequados, a perda de opções por parte da vítima, causada pelo ilícito. Dessa maneira a reparação aproxima-se da situação desejável e satisfaz as exigências da Justiça: plena atenção os prejuízos causados ilicitamente, ou bem, posto em outros termos, aproxima-se ao ideal da *restitutio in integrum*”.<sup>32</sup>

Nesse ponto, é relevante lembrar que a Carta constitucional brasileira de 1988, sensível às violações existenciais produzidas pela prisão injusta, prevê, em seu art. 5º, LXXV, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”. O constituinte de 1988, mesmo quando não se falava ainda em dano existencial, considerou essa dimensão e uma responsabilidade especial dada ao Estado diante das tantas frustrações que um erro judiciário produz nos projetos de vida das pessoas.

No exercício de sua liberdade, as pessoas costumam acalentar ambições e sonhos, desejam trilhar caminhos e buscar realizações pessoais e profissionais, de maneira que a frustração desses projetos<sup>33</sup>, por ato imputável ao empregador, pode,

em última análise, configurar o dano existencial aqui em estudo.

Imagine-se a situação do trabalhador que realizava tratamento em suas gônadas para engravidar a sua esposa, mas que, no exercício de suas atividades, foi violentamente atingido por ferramenta de trabalho justamente na bolsa escrotal, levando-o à orquiectomia<sup>34</sup>; suponha-se, ademais, um obreiro, professor de dança, que perdeu movimento em suas pernas em razão de acidente de trabalho.<sup>35</sup> Considere-se, ainda, as ocorrências de trabalhadoras domésticas submetidas a condições análogas à escravidão,<sup>36</sup> as quais laboram por décadas a fio sem fazer jus ao conjunto de direitos laborais ou às proteções previdenciárias, conforme noticiado pela imprensa,<sup>37</sup> o que tem merecido a firme atuação do Ministério Público do Trabalho. Em boa parte das vezes, são mulheres pretas e pardas: uma triste herança escravista associada à discriminação racial de sempre. São vidas consumidas e esvaziadas de qualquer projeto existencial digno de assim ser denominado.

32. SESSAREGO, Carlos Fernández. *Op. cit.*

33. A frustração de um projeto pode ter variadas causas e diferentes causadores. Aqui se analisa, evidentemente, o dano ao projeto de vida que tem a relação de emprego como cenário e o empregador como causador. Por certo, há situações em que os projetos de vida são ceifados por atos de terceiros em relações civis, sendo exemplos notórios disso o acidente de carro produzido por um terceiro, em 1981, que levou João do Pulo – um dos mais carismáticos atletas brasileiros – a amputar uma das suas pernas, justamente a parte do corpo que o notabilizou no atletismo mundial. Igualmente, por ato de terceiro, refere-se aqui o acidente náutico ocorrido com o medalhista olímpico Lars Grael em 1998: uma lancha invadiu a área de competição e bateu no barco de Grael, que teve a sua perna mutilada pela hélice da embarcação.

Há situações em que a causa da frustração de um projeto de vida se dá por ato da própria vítima, sendo disso exemplo o acidente de esqui sofrido pela ex-ginasta Laís Souza durante a preparação para os Jogos Olímpicos de Inverno de 2014.

34. Esse caso é real e foi julgado em primeira instância por dos coautores deste artigo, Luciano Martinez. O processo tramitou sob o número 0000992-46.2015.5.05.0009. O demandante do referido processo fora contratado para exercer a função de Agente de Limpeza, que, entre outras atividades, realizava a desobstrução de tubulação de água e esgoto nas vias públicas através do uso de mangueiras de alta pressão. Assim é que, durante o exercício de suas atividades, e em razão delas, o empregado sofreu acidente de trabalho. Ao realizar a desobstrução de uma tubulação, a mangueira que manuseava estourou, soltou-se do “bico” a qual fica acoplada e bateu de forma violenta em sua bolsa escrotal. Por conta desse evento, o demandante perdeu a capacidade reprodutiva. Por uma coincidência nefasta, esse trabalhador atingido estava a realizar tratamento em suas gônadas para engravidar a sua esposa. Eis, portanto, um projeto de vida que foi inviabilizado.

35. TRT-3 – RO: 00104803520195030043.

36. Notícias do TST. Empregada doméstica que viveu 29 anos em situação análoga à escravidão receberá R\$ 1 milhão. Disponível em: <https://www.tst.jus.br>. Acesso em: 27 fev 2023. Para o relator, Ministro Augusto César, a situação é grave, pois a “empregada foi levada aos sete anos de idade e, durante quase 30 anos, não frequentou escolas e, em parte deles, não recebeu nada pelos serviços domésticos que realizava”. Na avaliação do Ministro Lélío Bentes, a empregada teve limitada sua cidadania e tolhido o seu direito de sonhar, de esperar algo para o futuro. E acrescentou: “E se alguém, a essa altura, pensa que é piegas essa ponderação, peço que se lembrem dos próprios filhos e filhas, porque os nossos filhos têm direito de sonhar. Nós tivemos direito de sonhar, nós fomos à escola, fomos tratados com amor e carinho. O que se espera e o que se impõe como dever ético de uma sociedade que se pretende minimamente civilizada e desenvolvida é que esse direito a um tratamento digno e afetuoso se estenda a todas as crianças do nosso País”. Ver: Processo nº TST-RR-1002309-66.2016.5.02.0088.

37. Disponível em <https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2022/10/10/aumentam-denuncias-de-trabalhadores-domesticos-tratados-como-escravos.ghtml>. Acesso em: 27 fev 2023.

Todos os casos citados são extremos. A gravidade é manifesta, porque os atingidos pela violação não conseguem mais ver o futuro que lhes parecia palpável, mas apenas frustração ou preferem nem mesmo pensar no futuro que poderiam ter por que a dor se acentua a cada instante de análise e de reflexão.

De todo modo, cabe cautela nas análises realizadas e uma adicional atuação fundamentadora. O campo da “existencialidade”, enfim, é por demais alargado. A verificação das projeções de vida está bem além das meras frases de efeito. Deve-se visualizar com muita clareza as atividades, as pretensões e as relações que o pretendente à reparação foi obrigado a abandonar ou a restringir por conta da ofensa alegada. A frustração de um projeto de vida se constata, por vezes, retrospectivamente, a partir da compreensão de eventos desencadeantes que a configurou.

Para além da cautela, caberá a evidência das particularidades de cada causa. É que algumas pessoas acalentam um projeto de vida mais claramente definido do que outras, e o fazem em momentos e conjunturas distintos. Se a reparação tem esse fundamento, é indispensável sejam consideradas tais circunstâncias anímicas. São dificuldades que existem para o aplicador do direito, mas que podem ser superadas, por manifesto respeito à singularidade de cada vida humana.

### 3.1.2. Dano à vida relacional

A mesma lógica pode ser considerada quando à “vida em relação”, ou seja, ao ato de coexistir. A vida fora do trabalho exige reconhecimento e respeito. Trata-se aqui do direito à vida social, ao convívio familiar, à vida afetiva, à participação na comunidade, ao cultivo da religiosidade, do lazer, do esporte, da atividade política, e a tudo que, em suma, esteja para além da atividade laboral e que respeite a condição humana do trabalhador enquanto sujeito integrado à coletividade.

Tão legítimo quanto se dedicar a uma atividade prática seria a opção pelo ócio: o trabalhador que teve abusivamente privado seu tempo que seria dedicado ao “*dolce far niente*” é digno de ter reconhecido eventual dano existencial, pois o tempo do trabalho não pode contaminar todas as esferas da vida. Assim, é preciso cuidado na exigência de que o tempo comprometido haveria de estar vinculado a determinada atividade. O direito ao lazer encontra fundamento constitucional, nos termos do artigo 6º, *caput*, artigo 7º, IV, artigo 217, § 3º, e artigo 227, da

CF/88, o qual abrange o direito à agradável ociosidade, aliás indispensável para uma sadia vida mental.

Um exemplo candente de prejuízo à vida de relação se dá em hipóteses nas quais o empregado se vê privado do convívio dos seus familiares, o que pode ganhar contornos mais graves em se tratando de filhos, nos termos do art. 227 da CF/88:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A negligência parental em relação a prole pode configurar situação de abandono afetivo, ensejando reparações pecuniárias. Nesse sentido farta doutrina<sup>38</sup> e jurisprudência, inclusive do STJ, na medida em que o “dever jurídico de exercer a parentalidade de modo responsável compreende a obrigação de conferir ao filho uma firme referência parental, de modo a propiciar o seu adequado desenvolvimento mental, psíquico e de personalidade, sempre com vistas a não apenas observar, mas efetivamente concretizar os princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana”, como se lê do voto da Ministra Nancy Andrighi no RE nº 1.887.697 – RJ (2019/0290679-8).

Ora, o empregado que é privado da adequada convivência com os filhos por vários anos em decorrência de abusivas exigências patronais tem, decerto, razões jurídicas para alegar violação à sua existencialidade. Se ele foi irremediavelmente privado, sob ameaças de despedimento, de acompanhar esses mesmos filhos em momentos únicos como aniversários, formaturas, apresentações escolares, campeonatos esportivos, entre outros, tanto pior será, pois o trabalhador terá inegavelmente comprometida a sua vida relacional de natureza familiar. Eliminar ou desconsiderar – por ausência de empatia – a vida relacional do empregado sob o argumento de que a atenção única deve ser dirigida ao empreendimento, é algo que manifestamente excede os limites do poder diretivo. Desestimar a possibilidade da acomodação razoável nos assuntos

38. Ver, nesse sentido: ROSENVALD, Nelson. *Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais*. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2020/05/12/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais>. Acesso em: 26 fev 2023.



que envolvem a “família” é uma das mais encontradas manifestações de insensibilidade patronal. Não faria sentido, afinal, o ordenamento jurídico exigir o dever de cuidado e atenção dos pais e, ao mesmo tempo, deixar livre de sanções quem efetivamente deu causa à negligência constatada.

Outra situação preocupante que compromete a vida relacional é a referente à violação ao denominado direito à desconexão. O teletrabalho é uma realidade cada dia mais presente em empresas e organizações, mas é preciso que haja limites e controles rígidos na sua rotina. Não se pode permitir que o trabalhador fique submetido a uma contínua disponibilidade, que compromete seu bem-estar físico e emocional e prejudica suas interações sociais e familiares. Em outra perspectiva, há casos, inclusive, de empresas que desenvolveram programas para bloquear o acesso aos seus sistemas, em determinados dias e horários (finais de semana, por exemplo), para impedir que obreiros extrapolem tais limites, o que não é raro acontecer. Em uma demonstração da relevância do direito à desconexão, o Código do Trabalho português é um exemplo a ser seguido na medida em que, entre os deveres especiais impostos ao empregador para evitar a invasão do tempo livre do empregado, está, no art. 169º-B, o de “abster-se de contactar o trabalhador no período de descanso”. Assim, não basta aos portugueses – e assim deveria ser no Brasil – que o empregado não leia o arquivo encaminhado em dias destinados ao descanso: para eles é essencial que esse arquivo sequer seja enviado em dia reservado ao lazer.

Por fim, é relevante salientar que os dois eixos que configuram o dano existencial (projeto de vida e vida relacional) se interpenetram. Não há uma fronteira clara e rígida que os separe. Assim, se um operário sofre um acidente de trabalho que o incapacita a manter o cultivo de determinada atividade esportiva à qual vinha se dedicando ao longo dos anos, é manifesto, aí, para além dos danos naturalmente evidenciáveis, um dano existencial, autônomo, decorrente não apenas da privação dessa atividade e do círculo comunitário que a envolve, mas também do inegável reflexo negativo em um projeto de vida.

### 3.2. Algumas distinções conceituais

Não é tarefa fácil, em algumas situações, diferenciar com precisão o “dano existencial” do “dano moral” ou da “perda de uma chance”. De todo modo, apesar das sutilezas emergentes, a distinção é possível.

Perceba-se que, em relação ao “dano moral”, há manifesta remissão à dimensão interna, psicológica de quem sofre agressão a direitos da sua personalidade.<sup>39</sup> Há, nele, um espectro claramente subjetivo.<sup>40</sup> O “dano existencial”, por sua vez, é objetivamente constatável, a partir da frustração de um projeto de vida ou do comprometimento da vida relacional.<sup>41</sup>

Exige-se, para a constatação do “dano existencial”, ademais e em regra, uma sucessão temporal de eventos capazes de configurar o comprometimento das atividades cotidianas do lesado,<sup>42</sup> de tal maneira que ele habitualmente se apresenta a partir de uma visão retrospectiva de fatos e situações idôneas a ensejá-lo.

Essa distinção foi muito bem esclarecida em precedente do TRT da 3ª Região:

ACIDENTE DE TRABALHO. DANO EXISTENCIAL. O dano existencial pode ser entendido como espécie autônoma em relação ao dano moral, vez que aquele é tido como o dano que prejudica a realização pessoal do trabalhador, piorando sua qualidade de vida. Consiste na violação dos direitos fundamentais da pessoa, direitos estes garantidos pela Constituição da República de 1988, que resulte algum prejuízo no modo de viver ou nas atividades inerentes a cada indivíduo. O projeto de vida do trabalhador sofre um desmonte, obrigando-o a seguir uma rota que exclui as possibilidades por ele anteriormente projetadas, impondo-se uma realidade que já não possibilita a realização de antigos

39. Por óbvio o dano moral resulta de ofensa a direitos da personalidade: dores e padecimentos são consequências.

40. ALVARENGA, R. Z.; BOUCINHAS FILHO, J.C. *Op. cit.*, p. 254.

41. Em regra, a prática do assédio moral enseja o pagamento de reparação por danos morais, mas, a depender do caso concreto, também autoriza a reparação por danos existenciais, uma vez demonstrada a violação a um projeto de vida e/ou a vida relacional. Nesse sentido deve-se fazer referência à Convenção 190 da OIT, que trata da eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho, já encaminhada ao Congresso Nacional pela Presidência da República para fins de ratificação.

42. Cf. SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Em determinadas situações, todavia, um fato único, mas de efeitos permanentes (acidente de trabalho), pode ensejar um dano existencial. O dano moral, na maioria das vezes, tem consequências que se esgotam no ato praticado ou tem duração temporal limitada, diferentemente do dano a um projeto de vida, cujas marcas costumam gravar indelevelmente a vítima para todo o sempre, conforme as lições de Carlos F. Sessarengo. In: FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: Deslinde Conceptual entre "Daño a la Persona", "Daño al Proyecto de Vida" y "Daño Moral". *Foro Jurídico*, (02), 15-51. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18280>, p. 50. Acesso em: 10 fev 2023.

planos profissionais ou de projetos pessoais, comprometendo seriamente a realização do indivíduo, o que pode decorrer de ato ilícito. Tal situação é o que marca o dano existencial, de forma a destacá-lo do dano moral em si, permitindo a cumulação das indenizações por dano moral e existencial, vez que o dano moral está ligado à angústia, à dor e à humilhação da ocorrência em si de fato, inclusive acidente, enquanto o dano existencial decorre da dificuldade criada para que a vítima possa prosseguir com seus projetos profissionais e pessoais, o que acarreta vazio existencial por ela experimentado. No caso em apreço, o reclamante, que exercia atividades braçais e ainda era professor de dança, perdeu os movimentos de suas pernas em função do acidente de trabalho, com inúmeros reflexos sobre a vida pessoal e profissional, sendo nítido o grave comprometimento de seu projeto de vida em decorrência do infortúnio ocorrido em atividade de risco, desenvolvida, ademais, sem a adoção de medidas de segurança, pelo que cabível a fixação de indenização por danos existenciais. (TRT-3 – RO: 00104803520195030043 MG 0010480-35.2019.5.03.0043, Relator: Juliana Vignoli Cordeiro, Data de Julgamento: 28/02/2021, Decima Primeira Turma, Data de Publicação: 01/03/2021).

Imagine-se empresa que desenvolve atividade de risco (art. 927, parágrafo único, do CC). Caso um dos seus empregados sofra acidente laboral e se afaste por um mês do trabalho, poderá fazer jus a danos morais e materiais, mas, se não houve sequelas do acidente, em princípio, não há dano existencial a ser reparado, pois não se comprometeu a vida de relação/projeto de vida com intensidade que justifique a reparação. Nada impede, entretanto, respeitado os prazos prescricionais e os princípios da *actio nata*, que ele os vindique em outro momento, se determinada patologia aflorar posteriormente e guardar nexos de causalidade com o evento, caracterizando-o.

E a “perda de uma chance”? Diferentemente do dano moral, ela está relacionada a uma oportunidade concreta que é desperdiçada por conta de ato do lesante, que, por isso, fica obrigado a indenizar um prejuízo quantificável. Há possibilidade de reparação integral, a partir da noção do que seria uma “chance”.<sup>43</sup>

43. Nesse ponto, é relevante destacar que “perder uma chance” é não mais do que perder o direito de tentar quando se tem condições de ganhar. O caso do “Show do Milhão” (RESP 788.459/BA), um *leading case* nesse particular, permite concluir que, para a quantificação do dano decorrente

O “dano existencial”, por sua vez, é constatável a partir da arruinação completa de um projeto de vida ou de uma potencialidade, sem que se possa falar em reparação integral, mas unicamente em compensação possível<sup>44</sup>.

Tais distinções são importantes pela razão fundamental de que os bens jurídicos violados são distintos e autônomos, como distintas, autônomas e cumuláveis podem ser – e normalmente são – as reparações respectivas,<sup>45</sup> conforme ilustram Rúbia Zanotelli de Alvarenga e Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho:

As duas figuras podem, eventualmente, ser cumuladas. Imaginemos o exemplo de um maratonista de alto nível que sofre um acidente de trabalho que o impossibilita de correr para o resto de sua vida às vésperas de uma corrida cuja premiação era de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). Nesse caso, se está diante de hipóteses de dano moral, existencial e perda de uma chance. O dano moral pela frustração, pelo dissabor e pela dor provocada pelo ocorrido, a perda da chance de aumentar o patrimônio em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), decorrente da não participação da corrida, o dano existencial por não mais poder se dedicar a essa atividade esportiva.<sup>46</sup>

Além disso, caso o trabalhador tenha sofrido a amputação de uma das pernas, terá a legitimidade para postular, ainda, cumulativamente, o dano estético, em razão da alteração morfológica visível que lhe causa dissabor e altera a sua funcionalidade corporal (súmula nº 387 do STJ).

---

da perda da chance, não se pode premiar a vantagem frustrada na sua integralidade, mas a fração correspondente à chance perdida.

44. De referência à perda de uma chance, invocam-se mais uma vez as lições de Alvarenga e Boucinhas Filho “a distinção a ser feita entre o dano existencial e a perda de uma chance parte da premissa de que, nesta se perdeu uma oportunidade concreta e se sofreu um prejuízo quantificável, a partir da probabilidade de êxito no desiderato frustrado, e naquele o que deixou de existir em decorrência foi direito a exercer uma determinada atividade e participar de uma forma de convívio inerente à sua existência, que não pode ser quantificado, nem por aproximação, mas apenas arbitrado”. *Op. cit.*, p. 258.
45. Em relação à privação do convívio com os familiares – a exemplo do trabalhador que não teve como acompanhar a criação dos filhos – tal hipótese poderia ensejar uma reflexão acerca da caracterização de eventual dano por ricochete. Da mesma forma, é importante pensar a respeito da plausibilidade de eventual transmissão do direito à reparação por danos existenciais em favor dos herdeiros, nos moldes da súmula n. 642 do STJ, por analogia. São temas palpitantes, cuja análise acurada ultrapassaria os limites e intenções desse artigo.
46. ALVARENGA, R. Z.; BOUCINHAS FILHO, J.C. *Op. cit.*, p. 258.

Mas e se o demandante não esclarecer se está a postular “dano moral” ou “dano existencial”? Se ele pedir unicamente o “dano moral”, o magistrado poderá entender que o prejuízo sofrido tem dimensão existencial para atribuir algo diverso do que foi postulado?

Não nos parece possível que assim seja, pois aqui sustentamos a tese de que os danos “morais”, “existenciais”, “estéticos” e de “perda de uma chance” são distintos, autônomos e cumuláveis entre si. Pode ocorrer, dessa forma, que, em um pedido de indenização por danos morais cumulado com pleito de reparação por danos existenciais, oriundos de um mesmo fato gerador, o juiz, mesmo deferindo danos morais, eventualmente não acolha o segundo pedido, caso ausentes os elementos caracterizadores do dano existencial. Por outro lado, caso a parte formule pedido genérico de reparação por danos extrapatrimoniais (usando aí a expressão mais ampla, sem restringir o alcance a uma determinada espécie), descrevendo fatos que justifiquem a reparação, por exemplo, por danos morais, nada impede o acolhimento do pleito, com o deferimento dessa modalidade específica.<sup>47</sup>

### 3.3 Prova

Em um sentido formal, “prova” é o meio legal e moralmente legítimo de demonstração da verdade de determinado fato, entendida como atividade voltada para esse objetivo. A palavra deriva do latim *probus*, daquilo que é correto, no sentido de sua autenticidade.<sup>48</sup>

Em relação às demandas que envolvem a acusação da prática de dano existencial, a regra geral é atribuir ao acionante o ônus probante, nos termos do art. 818 da CLT, uma vez que se considera

tratar-se de fato constitutivo do direito do autor.

Nesse sentido, diversos precedentes do TST em situações relacionadas à jornada laboral. Avalia-se que, mesmo quando “a prestação habitual de horas extras cause transtornos ao empregado, tal fato não é suficiente para ensejar o deferimento da indenização por dano existencial, sendo imprescindível, na hipótese, a demonstração inequívoca do prejuízo que, no caso, não ocorre *in re ipsa*”<sup>49</sup>. Para a Corte laboral, a prestação de horas extras não pode automaticamente ensejar a reparação por danos existenciais, na pressuposição de que “as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte”.<sup>50</sup>

A grande dificuldade de comprovação do dano existencial decorre da amplitude dos seus limites conceituais, pois não é fácil, na maioria das situações, aferir se houve frustração a um projeto de vida

47. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO MORAL. DEFERIMENTO POR DANO MORAL. O TRT concluiu não ter sido caracterizado o assédio moral, na medida em que as agressões verbais ofensivas à honra e a dignidade da reclamante não foram praticadas com a reiteração necessária para caracterizar assédio moral. Ao valorar os fatos e provas, a corte de origem inferiu tratar-se de hipótese ensejadora de indenização por dano moral, porquanto as expressões de baixo calão foram direcionadas à reclamante, em público, enquanto encontrava-se grávida, caracterizando nítido tratamento discriminatório e humilhante. Não se configura julgamento *extra petita*, porquanto o tribunal apenas procedeu ao adequado enquadramento jurídico dos fatos, não se divisando ofensa aos arts. 128, 293 e 460 do CPC.”(TST; AIRR 618/2007-097-03-40.2; 1ª Turma; Rel. Min. Waldir Oliveira da Costa; DEJT 11.9.2009; p.189).

48. MARTINEZ, Luciano; CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. *Assédio Moral Trabalhista: Ações coletivas e processo estrutural*. Op. cit., p. 91.

49. RECURSO DE EMBARGOS. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JORNADA EXAUSTIVA (12 HORAS). NECESSIDADE DA PROVA DO DANO. O dano existencial vem sendo entendido como o prejuízo sofrido em razão do sobrelabor excessivo imposto pelo empregador, que impossibilita o trabalhador de desempenhar suas atividades cotidianas e prejudica a manutenção de suas relações sociais externas ao ambiente de trabalho, tais como convívio com amigos e familiares, bem como as atividades recreativas. Contudo, ainda que a prestação habitual de horas extras cause transtornos ao empregado, tal fato não é suficiente para ensejar o deferimento da indenização por dano existencial, sendo imprescindível, na hipótese, a demonstração inequívoca do prejuízo que, no caso, não ocorre *in re ipsa*. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST – E: 9828220145040811, Relator: Breno Medeiros, Data de Julgamento: 11/02/2021, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 19/02/2021).

50. EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 – DANO EXISTENCIAL – JORNADA EXCESSIVA. 1. Discute-se nos autos se o trabalho em jornada excessiva constitui dano *in re ipsa*. 2. A Turma entendeu que a realização de jornada excessiva habitual, por si só, enseja o pagamento de indenização ao empregado. 3. O dano existencial não pode ser reconhecido à míngua de prova específica do efetivo prejuízo pessoal, social ou familiar. Nessa situação, é inviável a presunção de que o dano existencial tenha efetivamente acontecido, em face da ausência de provas nos autos. 4. Embora a possibilidade, abstratamente, exista, é necessária a constatação no caso concreto para que sobre o indivíduo recaia a reparação almejada. Demonstrado concretamente o prejuízo às relações sociais e a ruína do projeto de vida do trabalhador, tem-se como comprovados, *in re ipsa*, a dor e o dano à sua personalidade. 5. O que não se pode admitir é que, comprovada a prestação de horas extraordinárias, extraia-se daí automaticamente a consequência de que as relações sociais do trabalhador foram rompidas ou que seu projeto de vida foi suprimido do seu horizonte. Precedentes. Recurso de embargos conhecido e provido. (TST – E: 4026120145150030, Relator: Luiz Philippe Vieira De Mello Filho, Data de Julgamento: 29/10/2020, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 27/11/2020).

e/ou danos à vida relacional do empregado. É inegável que a demonstração em juízo da ocorrência do dano existencial guarda íntima conexão com o direito material violado, de maneira que a falta de delimitação clara das suas fronteiras não é uma conduta indicada. Isso justifica a postura mais cautelosa do Judiciário laboral quanto à avaliação dos elementos probantes que lhes são submetidos.

Os demandantes habitualmente comparecem em juízo para sustentar a ocorrência do dano existencial quando submetidos a jornadas excessivas,<sup>51</sup> e, com base nesse argumento, normalmente sem adição de circunstâncias específicas que relacionem o dispêndio do seu tempo livre a projetos de vida ou à violação de relações interpessoais, buscam uma reparação. O empregador, por sua vez, costuma se restringir à negativa de sua ocorrência, deixando ao autor da ação o ônus de promover a comprovação de sua prática.

É importante evitar a conduta de apenas referir o submetimento a jornadas excessivas. Por si só, esse ato patronal não conduz à caracterização do dano existencial. Diz-se isso porque, segundo visão ora dominante nos tribunais, o dano existencial não se dá *in re ipsa*. Mesmo que o autor comprove a jornada excessiva, ele precisará sustentar, fundamentar e demonstrar que esse excesso acarretou prejuízos ao seu projeto de vida e às suas relações sociais e que, em última análise, produziu o apagamento de um futuro idealmente engenhado. A cautela se justifica, sob pena de serem transformados todos os pleitos que envolvem jornada excessiva em automática pretensão de indenização por danos existenciais, caso vindicados.

É evidente que a prova do comprometimento da vida de relação e de projetos existenciais é desafiadora, mas ela pode ser feita a partir de dados articulados que possam ser conjugados. Há de formar-se um argumento convincente e envolvente. No caso de dano à saúde com efeitos dilatados no tempo – a exemplo da atleta amadora que se vê privada do cultivo de seu esporte – não haveria maior dificuldade de demonstração do dano existencial, cabendo-lhe, porém, a prova da privação da atividade esportiva.

Em outras situações, como a de comprometimento do convívio com prejuízos à vida relacional, há de exigir-se a demonstração de dados que possam revelá-los, pois, a despeito da hipossuficiência do trabalhador, não se poderia cogitar sequer de

eventual distribuição dinâmica do ônus probante (art. 818, § 1º, da CLT), até porque são relações alheias ao vínculo laboral, em regra fora da esfera do conhecimento do empregador.

No entanto, como o direito deve fugir – tanto quanto lhe seja possível – de soluções apriorísticas que ambicionem enquadrar situações diversas em uma mesma moldura, no caso concreto e em situações *excepcionais*, nas hipóteses de jornadas reiteradas que ultrapassem abusivamente por longos períodos os limites fixados em lei, a submissão de domésticas a condição análoga à de escravo (como no exemplo apontado anteriormente), a perda da capacidade reprodutiva de uma mulher em tratamento para engravidar, por conta de acidente laboral, dentre outras hipóteses, resulta cabível a construção de um cenário indicador de violação dos projetos existenciais e da vida relação que qualquer pessoa possa ter.

Trata-se de aferição que deve ser realizada *in concreto*, a partir da especificidade da situação posta e das condições pessoais do ofendido. Uma decisão judicial não se resume à solução de uma controvérsia apresentada em juízo; há de ser igualmente compreendida como a máxima aproximação possível da verdade factual.<sup>52</sup>

Excepcionalmente, por isso, algumas decisões das Cortes Trabalhistas admitem que o dano existencial possa vir a ser presumido, mas isso somente se dará quando os fatos sejam tão gravosos que tornem desnecessária a comprovação dos transtornos sofridos<sup>53</sup>, como em situações que o obreiro “além de não usufruir regularmente dos intervalos

51. Esse tem sido o fundamento predominante nos pleitos que aportam ao TST.

52. TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p. 65. Cf. MARTINEZ, Luciano. CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. *Assédio moral trabalhista: Ações coletivas e processo estrutural*. *Op. cit.*, p. 98.

53. RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. DANOS MORAIS. JORNADA EXAUSTIVA (12 HORAS). DANO "IN RE IPSA". 1. No caso, o Tribunal Regional esclareceu que a jornada do autor era de 12 horas diárias, em dias seguidos. 2. Conforme jurisprudência desta Corte, a submissão à jornada excessiva ocasiona dano existencial, em que a conduta da empresa limita a vida pessoal do empregado, inibindo-o do convívio social e familiar, além de impedir o investimento de seu tempo em reciclagem profissional e estudos. 3. Assim, uma vez vislumbrada a jornada exaustiva, como no caso destes autos, a reparação do dano não depende de comprovação dos transtornos sofridos pela parte, pois trata-se de dano "in re ipsa", ou seja, deriva da própria natureza do fato gravoso. 4. Indenização fixada no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), na esteira das decisões proferidas por esta Turma em casos semelhantes. Recurso de revista conhecido e provido. (TST – RR: 15609420145090006, Relator: Delaíde Miranda Arantes, Data de Julgamento: 03/05/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/05/2017).

intrajornada e interjornada” (...) laborava em extensa jornada, havendo ocasiões em que laborou 80 horas extras no mês e até 100 horas extras no mês”.<sup>54</sup>

Condições manifestamente abusivas, a exemplo de empregados submetidos a jornadas extenuantes, de forma reiterada, por anos a fio, algumas vezes superiores a 16 (dezesesseis) horas diárias<sup>55</sup>, revelam o comprometimento da possibilidade de uma vida social plena fora do ambiente de trabalho, de tal maneira que inafastável, nesses casos, seria a presunção do dano existencial, ainda que se admita tratar-se de presunção relativa, com as consequências que lhe são decorrentes.

No entanto, não há como fixar e absolutizar parâmetros objetivamente aferíveis que, poderiam, no limite, engessar as possibilidades interpretativas. Para dizer o óbvio: cada ser humano é um ente singular. Determinadas situações podem configurar um dano existencial para uma pessoa e não para outra.

54. DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXCESSIVA. *DANO IN RE IPSA*. O dano existencial é espécie do gênero dano imaterial cujo enfoque está em perquirir as lesões existenciais, ou seja, aquelas voltadas ao projeto de vida (autorrealização – metas pessoais, desejos, objetivos etc.) e de relações interpessoais do indivíduo. Na seara juslaboral, o dano existencial, também conhecido como dano à existência do trabalhador, visa examinar se a conduta patronal se faz excessiva ou ilícita a ponto de imputar ao trabalhador prejuízos de monta no que toca o descanso e convívio social e familiar. Nesta esteira, esta Corte tem entendido que a imposição ao empregado de jornada excessiva ocasiona dano existencial, pois compromete o convívio familiar e social, violando, entre outros, o direito social ao lazer, previsto constitucionalmente (art. 6º, caput). Na hipótese dos autos, extrai-se do acórdão recorrido que, além de não usufruir regularmente dos intervalos intrajornada e interjornada, o reclamante laborava em extensa jornada, havendo ocasiões em que laborou 80 horas extras no mês e até 100 horas extras no mês. Assim, comprovada a jornada exaustiva, decorrente da conduta ilícita praticada pela reclamada, que não observou as regras de limitação da jornada de trabalho, resta patente a existência de dano imaterial *in re ipsa*, presumível em razão do fato danoso. Precedentes da Turma. Recurso de revista não conhecido. (Processo: RR – 11307-26.2015.5.03.0095 Data de Julgamento: 19/09/2018, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 21/09/2018).

55. Um dos coautores foi relator de feito onde se comprovou que o reclamante foi submetido a jornada de 16 horas, com 30 minutos de intervalo. Reconhecido o dano existencial, ressaltou no voto que “a indenização por dano existencial se, por um lado, constitui forma de proteção à pessoa, também possui caráter inibidor da repetição da conduta danosa”, consignando, ainda, que se tratava de “situação especialmente cara à ordem jurídica, que exige reprovação do Estado, na medida em que jornadas extenuantes, além de comprometerem a dignidade do trabalhador, implicam em incremento significativo no número de acidentes de trabalho, repercutindo na segurança de toda a sociedade. (Acórdão 3ª Turma. PROCESSO Nº TST-Ag-AIRR-12125-79.2015.5.15.0018).

### 3.4. Fixação do valor reparatório

Uma vez afastados alguns excessos e impropriedades técnicas<sup>56</sup>, cabe reconhecer o avanço produzido pela Reforma Trabalhista de 2017 com a fixação de parâmetros para o arbitramento dos danos extrapatrimoniais, haja vista as notórias dificuldades dos magistrados em delimitar de forma adequada a indenização compensatória. Há críticas, contudo.

A crítica mais saliente é visível na tarifação dos valores reparatórios constantes do art. 233-G da CLT, pois materialmente incompatível com os princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Ela viola o princípio da igualdade e o da reparação integral do dano, em ofensa ao art. 5º, V e X, da CR/88, ao mesmo tempo em que desafia a independência da magistratura trabalhista por lhe impor restrições inaplicáveis a outras esferas do judiciário. Ademais, fere o devido processo legal substancial, como o direito ao processo justo (Art. 5º, LIV da CF) ao tempo em que afronta o convencimento motivado do juiz (Art. 93, IX da CF).

A tarifação dos danos extrapatrimoniais já foi rejeitada pelo STF quando, ao apreciar os limites fixados pela Lei de Imprensa (Lei 5.520/67), considerou que o tabelamento nela previsto não havia sido recepcionado pela CF/88,<sup>57</sup> pois esta emprestou à

56. A análise detida dos seus contornos extrapolaria as intenções desse artigo. A impressão que se tem é que parte dos critérios adotados pelo legislador reformista se revelaram inadequados à esfera juslaboral, causando a desconfiança de que se constituiu em um transplante inadequado de parâmetros concebidos para suportes fáticos distintos, a exemplo da retratação espontânea, dano existencial para pessoas jurídicas, perdão tácito ou expresso, grau de publicidade da ofensa, dentre outros.

57. CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 – Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. – O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 – Lei de Imprensa – não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. – A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial – C.F., art. 5º, V e X – desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que

reparação decorrente do dano moral um tratamento específico nos termos do seu art. 5º, V e X.

O STJ, nesse particular, chegou a editar a Súmula 281, segundo a qual “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa”.

A temática relacionada aos tetos fixados pela reforma trabalhista encontra-se sob o crivo do STF em ações diretas de inconstitucionalidade, a exemplo daquelas propostas pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho – Anamatra (ADI 6050), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (ADI 6069) e pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI (ADI 6082).

A matéria ainda se encontra sem posição definida, pois com julgamento suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Nunes Marques, mas já com voto do Ministro Gilmar Mendes<sup>58</sup> que, malgrado não tenha vislumbrado ferimento à normatividade constitucional na imposição do tabelamento, considerou que os critérios fixados pela CLT seriam orientativos, de maneira que, no caso concreto e partir de fundamentação adequada, poderia o Judiciário laboral ultrapassar os limites impostos em lei.

Nesse sentido, e à luz do art. 223-G da CLT, o montante reparatório dos danos existenciais deve ser arbitrado a partir de considerações feitas em torno da natureza do bem jurídico tutelado; da intensidade do sofrimento ou da humilhação; dos reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; da extensão e da duração dos efeitos da ofensa; das condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; do grau de dolo ou culpa; da situação social e econômica das partes envolvidas, entre outros critérios, cabendo ao magistrado ter em mente o

desestímulo da conduta, mediante a fixação de uma valor que desaconselhe a atuação do ofensor.

Como um dos coautores desse texto teve oportunidade de frisar em outro momento, há de ressaltar o relevante papel do judiciário nessa seara quando da fixação de parâmetros para a fixação do “quantum” reparatório<sup>59</sup>, a exemplo do denominado método bifásico que tem sido adotado no STJ (dinâmica exposta pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino no REsp 959.78037), bem como do uso de ferramentas da jurimetria estatística, que pode também servir de valoroso auxílio nesta difícil tarefa.

Na fixação do dever de reparar e no arbitramento do “quantum” reparatório, é imprescindível que a decisão condenatória demonstre de maneira precisa e fundamentada a presença dos elementos caracterizadores do dano existencial, cabendo-lhe apontar os elementos fáticos que demonstrariam a ofensa à vida de relação do trabalhador ou a seu projeto de vida. Não bastam referências genéricas e abstratas: os fatos alegados que o ensejam hão de estar plenamente configurados, assim como devidamente esclarecidos e minudenciados os parâmetros empregados para fixação do valor da reparação.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate acerca dos danos existenciais ganha, a cada dia, mais espaço no âmbito doutrinário e jurisprudencial. É um tema que vem suscitando inúmeras discussões, haja vista os intrincados questionamentos que envolvem sua dogmática. Muito mais poderia ter sido escrito e abordado. O propósito desse singelo texto foi o de apontar alguns pontos controversos que permeiam a sua aplicação, sem o intuito de oferecer respostas conclusivas.

A incorporação do dano existencial no ordenamento jurídico brasileiro representou um grande avanço para o direito do trabalho, em especial porque pavimentou o caminho para o diálogo com outras esferas da juridicidade e, no particular, obriga a reflexão acerca da dimensão humana situada fora do eixo laboral.

O mundo do trabalho vive profundas transformações. Por conta dessas constantes modificações estruturais, novos arranjos produtivos têm sido desenvolvidos e, com eles, emergem novas formas de

as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. – Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 – Lei de Imprensa. IV. – Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. – RE conhecido – alínea a -, mas improvido. RE – alínea b – não conhecido. (STF – RE: 396386 SP, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 29/06/2004, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 13-08-2004 PP-00285 EMENT VOL-02159-02 PP-00295 RTJ VOL-00191-01 PP-00329 RMP n. 22, 2005, p. 462-469).

58. No seu pronunciamento, o ministro Gilmar Mendes votou para estabelecer que, nas relações laborais, “pode haver direito à reparação por dano moral indireto ou dano em ricochete, isto é, dano reflexo, que está relacionado a terceiros (como ocorre, por exemplo, na perda de parentes), a ser apreciado nos termos da legislação civil”. In: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=475570&ori=1>. Acesso 23 fev 2023.

59. Cf. BALAZEIRO, Alberto Bastos; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Apontamentos sobre a responsabilidade trabalhista contemporânea. *Rev. TST*, São Paulo, vol. 88, no 2, abr/jun 2022, p. 5-51.

desenvolvimento das relações laborais. O direito do trabalho é, então, posto na vanguarda dos debates para encontrar as soluções mais adequadas aos desafios que lhe estão sendo oferecidos, especialmente o de contemporizar a execução dos serviços com as múltiplas problemáticas impostas pela existencialidade humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALVARENGA, R. Z.; BOUCINHAS FILHO, J.C. Rev. TST, Brasília, vol. 79, no 2, abr/jun 2013.
- ALPA, Guido. *La responsabilità civile*. Parte generale. Torino: UTET, 2010.
- BALAZEIRO, Alberto Bastos; ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Apontamentos sobre a responsabilidade trabalhista contemporânea. *Rev. TST*, São Paulo, vol. 88, no 2, abr/jun 2022.
- BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de direito civil. Direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.
- BELMONTE, Alexandre Agra. *Danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho*. 2. ed. Salvador: Edições Juspodivm, 2021.
- CARVALHO JÚNIOR, P. L. *Liquidação e execução na ação coletiva trabalhista*. São Paulo: LTr, 2012.
- \_\_\_\_\_. *A lesão consumerista no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CARVALHO JÚNIOR, P. L.; CUNHA, G. L. o direito à imagem do empregado e sua dimensão constitucional. In: GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas; MARTINEZ (coord). *Desafios da reforma trabalhista - De acordo com a MP 808/2017 e com a Lei 13.509/2017*. São Paulo: RT, 2017.
- CARVALHO JÚNIOR, P.L. A sucessão anômala na esfera trabalhista: apontamentos acerca da lei nº 6.858/80. MIESSA, Elisson; CORREIA, Henrique (Org.). *Estudos aprofundados do MPT - v. 2*. Salvador: JusPodivm, 2022.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 12, ed. São Paulo: Atlas.
- CENDON, Paolo. Non di sola salute vive l'uomo. *Il danno esistenziale*. Una nuova categoria della responsabilità civile, ao cuidado de Paolo Cendon e Patrizia Ziviz. Milão: Giuffrè, 2000.
- COLETTE, Jacques. *Existencialismo*. Porto Alegre: LM Pocket.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2010.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FERRATER MORA, J. Dicionário de filosofia. São Paulo: Edições Loyola.
- FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, Curitiba, v. 2, n. 22, p. 62-78, set. 2013.
- GONZÁLES, Carlos Antonio Agurto; MAMANI, Sonia Lidia Quequejana. *O dano existencial como contribuição da cultura jurídica italiana*. Tradução de Fabiano Coulon, publicado na revista Eletrônica *Redes: R. Eletr. Dir. Soc.*, Canoas, v.6, n. 1, 47-58, mai. 2018. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/4352>. Acesso em: 26 fev 2023.
- KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 3. ed. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- LAMPEDUSA, Tomasi di. *O Gattopardo*. Tradução de Marina Colasanti, Rio de Janeiro: Editora Record.
- LÉVINAS, Emmanuel apud Ricardo Timm de Souza. Inquieto pensar. In: *Filosofia ciência e vida*. São Paulo, ano II, n. 13.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.
- MARTINEZ, Luciano. CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. *Assédio moral trabalhista: Ações coletivas e processo estrutural*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: Deslinde Conceptual entre "Daño a la Persona", "Daño al Provento de Vida" y "Daño Moral". *Foro Jurídico*, (02), 15-51. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18280>, p. 50. Acesso em: 10 fev 2023.
- \_\_\_\_\_. É possível proteger, juridicamente, o projeto de vida? Tradução de Marcos Jorge Catalan, publicado na revista Eletrônica *Redes: R. Eletr. Dir. Soc.*, Canoas, v.2, n. 2, 41-57, nov. 2017. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/issue/view/200>. Acesso em: 27 fev 2023.
- ROSENVALD, Nelson. *Por uma tipologia aberta dos danos extrapatrimoniais*. Disponível em: <https://www.nelsonrosenvald.info/single-post/2020/05/12/por-uma-tipologia-aberta-dos-danos-extrapatrimoniais>. Acesso em: 26 fev 2023.
- SARTRE, J.P. *O existencialismo é um humanismo*. Coleção *Os pensadores*. 3. ed. São Paulo: Nova Cultura.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007.

SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

STRECK, Lenio. *O que é isso: decido conforme minha consciência?* 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

----- . Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 15 - n. 1 - p. 158-

173 / jan-abr 2010. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos).

TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

TAYLOR, Richard. *Metafísica*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.



# Sobre o assédio eleitoral no direito do trabalho: as novas veredas do velho coronelismo à brasileira

Guilherme Guimarães Feliciano\*\*

Luciana Paula Conforti\*\*

**TITLE:** On electoral harassment in labor law: the new paths of the old brazilian coronelism

**RESUMO.** O estudo examina o fenômeno do assédio eleitoral, prática consubstanciada pela conduta do empregador ou tomador de serviços que, ao ensejo de pleitos eleitorais, impõe aos seus trabalhadores, direta ou indiretamente, o voto em determinado candidato, geralmente com ameaças de sanções ou promessas de premiação. Discorre-se, ainda, sobre a morfologia de tais práticas, não como um fenômeno novo no país, mas como a renovação de ações já experimentadas historicamente, que remetem às práticas centenárias do coronelismo, sob um sistema patriarcal, patrimonialista e particularista que a sociedade brasileira de economia agrária, dominante até meados do século XX, tomou como base e fez expandir para além das influências locais, com impactos efetivos sobre a política nacional. A pesquisa incorpora e analisa criticamente decisões proferidas pela Justiça do Trabalho para inibir as práticas de assédio eleitoral. Aponta-se, enfim, para a necessidade de interpretação constitucional do Direito do Trabalho e para a aplicação de normas internacionais tendentes à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos – inclusive políticos –, como também do necessário reforço das instituições protetivas do trabalho como a inspeção do trabalho, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho, garantindo a cidadania e protegendo os valores democráticos.

**PALAVRAS-chave:** 1. Assédio eleitoral. 2. Práticas antidemocráticas. 3. Coronelismo. 4. Direito do Trabalho (Brasil). 5. Direito Eleitoral (Brasil)

**ABSTRACT.** The study examines the phenomenon of electoral harassment, a practice substantiated by the conduct of the employer or service taker that, in the context of electoral disputes, imposes on its workers, directly or indirectly, the vote for a certain candidate, usually with threats of sanctions or promises of benefits. It also discusses the morphology of such practices, not as a new phenomenon in the country, but as the renewal of actions already historically experienced, which refer to the centenary practices of “colonelism”, under a patriarchal, patrimonialist and particularist system that Brazilian agrarian society, dominant until the mid-twentieth century, was based on and expanded beyond local influences, with effective impacts on national politics. The research incorporates and critically analyzes decisions handed down by the labor courts to inhibit electoral harassment practices. Finally, it points to the need for a constitutional interpretation of Labor Law and for the application of international norms aimed at guaranteeing the fundamental rights of citizens – including politicians –, as well as the necessary reinforcement of protective institutions at work, such as the labor inspection, the labor prosecution service and the labor courts, guaranteeing citizenship and protecting democratic values.

**KEYWORDS:** 1. Electoral harassment. 2. Undemocratic practices. 3. “Colonelism”. 4. Labor Law (Brazil). 5. Electoral Law (Brazil)

(\*) Professor Associado III do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Livre-docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (TRT da 15ª Região-SP). Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) no biênio 2017-2019. Coordenador dos grupos de pesquisa e extensão “O Trabalho além do Direito do Trabalho” e “Meio Ambiente do Trabalho” (FDUSP). E-mail: dunkel2015@gmail.com

(\*\*) Doutora em Direito, Estado e Constituição pela UnB, Integrante do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (CNPq/UnB), Membro da Academia Pernambucana de Direito do Trabalho, Professora, Juíza do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Barreiros (TRT da 6ª Região – PE), Vice-Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) no biênio 2021-2023. E-mail: lucianapaulaconforti@gmail.com

## 1. À GUIA DE INTRODUÇÃO: ASPECTOS GERAIS, PENAS E SOCIOLÓGICOS

O assédio eleitoral pode ser compreendido como a prática consubstanciada pela conduta do empregador ou do tomador de serviços que, ao ensejo de pleitos eleitorais, impõe aos seus trabalhadores, direta ou indiretamente, o voto em determinado candidato, geralmente com ameaças de sanções ou promessas de benefícios.

No sistema legal brasileiro, o assédio eleitoral não tem descrição específica na legislação

trabalhista, mas encontra amparo típico-penal, quando envolve ameaças ,sérias e críveis, no artigo 301 da Lei 4.737/1965 (Código Eleitoral brasileiro), pelo qual, “é crime usar de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar ou não votar em determinado candidato ou partido, ainda que os fins visados não sejam conseguidos”; e, da mesma maneira, quando envolve vantagens atuais ou futuras, no art. 299 do mesmo CE, pelo qual é crime “[...] dar, oferecer, prometer, [...] dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter [...] voto e para conseguir [...] abstenção, ainda que a oferta não seja aceita”. Veja-se, ainda, para o caso de o empregador ou tomador de serviços ser o próprio candidato, a descrição da infração eleitoral de captação ilícita de sufrágio no art. 41-A da Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições) – consoante redação da Lei 9.840/1999 -, pelo qual:

[...] constitui captação de sufrágio [...] o candidato doar, oferecer, prometer, ou entregar, ao eleitor, com o fim de obter-lhe o voto, bem ou vantagem pessoal de qualquer natureza, inclusive emprego ou função pública, desde o registro da candidatura até o dia da eleição, inclusive, sob pena de multa [...], e cassação do registro ou do diploma, observado o procedimento previsto no art. 22 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.<sup>1</sup>

No presente estudo, discorrere-se sobre a morfologia das práticas que geralmente se subsumem a essa descrição conceitual. Não se trata, como é cediço, de um fenômeno novo no país. Ao contrário, cuida-se de um modelo desviado de ação social já experimentado sobejamente em nossa história pré-republicana e pós-republicana, e que esteve associado, entre os séculos XIX e XX, ao chamado “coronelismo”, que por sua vez deitou raízes no sistema social patriarcal, patrimonialista e particularista que deu berço à sociedade brasileira de economia agrária que vicejou até meados dos noventa. Essas práticas expandiram-se, ademais, para além das

influências locais, engendrando impactos efetivos sobre a política nacional.

Nessa ordem de ideias, analisa-se recentes decisões proferidas pela Justiça do Trabalho para inibir as práticas, com o necessário olhar crítico, e demonstra-se a necessidade da interpretação constitucional do Direito do Trabalho e da aplicação das normas internacionais do trabalho para a mais completa garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos – notadamente, “*in casu*”, os direitos políticos – e do necessário reforço das instituições protetivas do trabalho, como a inspeção do trabalho (pela atuação dos auditores fiscais do trabalho), o Ministério Público do Trabalho (pela atuação dos procuradores do trabalho) e a Justiça do Trabalho (pela atuação dos magistrados trabalhistas), compondo um arco funcional integrado tendente à garantia da cidadania social e à proteção dos valores democráticos.

Esquemáticamente, este estudo foi dividido da seguinte maneira: abre-se com a presente introdução, que apresenta suas balizas problemáticas; segue-se, no campo normativista, com uma análise combinada ao direito ao trabalho e do direito ao voto livre, ambos direitos humanos fundamentais positivados na Constituição de 1988; examinam-se, na sequência, as práticas antidemocráticas comumente dirigidas aos trabalhadores, bem como as suas relações com o coronelismo histórico; e, por fim, apresentam-se as considerações finais, à guisa de conclusão.

Para tanto, ainda em sede introdutória, é preciso compreender, a bem da melhor semântica do texto, o nosso contexto.

No cenário latino-americano, os elementos centrais da modernidade (capitalismo, democracia e direitos humanos) revestem-se de significados e ritmos diferentes em relação aos da Europa. Consequentemente, a cidadania também assume conteúdos e contornos bem peculiares (BELLO, 2012, p. 32).

O modelo inglês de construção da cidadania foi objeto de estudo por Thomas H. Marshall e sua classificação tornou-se parâmetro nas abordagens sobre o tema. Na concepção do autor, as liberdades firmaram-se a partir de três momentos distintos, no decorrer de três séculos: os direitos civis, que podem ser expressos pela igualdade perante a lei e pelos direitos do homem, no século XVIII; os direitos políticos, que ganham amplitude no século XIX, em decorrência da ampliação do direito ao voto; e os direitos sociais, no século XX, pela criação do Estado

1. Se o empregador ou tomador de serviços for o próprio candidato, dá-se a subsunção formal da conduta à hipótese do art. 41-A da Lei 9.504/1997, o que não afasta e nem prejudica a figura típico-penal do art. 299 do CE, que segue se aplicando a essa e a todas as demais hipóteses (gerais) de cooptação de sufrágio por meio de vantagem ou promessa de vantagem. Já por isso, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu, em 2005, que o tipo penal do art. 299 do CE não foi revogado ou alterado pelo art. 41-A da Lei 9.504/1997 (TSE, RHC n. 81, j. 4.5.2005); e pontificou, por outro lado, que a absolvição na representação por captação ilícita de sufrágio (art. 41-A da Lei 9.504/1997), mesmo se transitada em julgado, não é obstáculo para a *persecução penal* pelo crime do art. 299 do CE (TST, AgRgAg n. 6.553, j. 27.11.2007).

de Bem-Estar (MARSHALL, 1967, p. 62). Acrescenta-se, a propósito, que “Estado de Bem-Estar Social” (*Welfare State*) e “Estado Social” (*Sozialstaat*) são conceitos que, a rigor, não se confundem (FELICIANO, 2013, seção 4.1); e o Brasil, em seu atual momento histórico-constitucional, configura-se como Estado Social e Democrático de Direito (o que enverga um espectro de proteção que vai além das lógicas mais primárias do *Welfare State*). Essa distinção impacta inclusive na compreensão de como o Estado Social deve atuar mais ingenuamente para impedir a fragilização dos direitos políticos por meio da manipulação dos próprios direitos sociais (e não apenas no que diz respeito ao empregador privado, mas também no que diz respeito ao empregador público – vide art. 300 do CE – e ao próprio Estado como provedor de políticas públicas sociais<sup>2</sup>). Volta-se a isso, porém, em outros escritos. Por ora, interessa compreender o conceito atual de cidadania, e como se interconecta com a lógica própria dos direitos sociais.

José Murilo de Carvalho tratou do “longo caminho” da cidadania no Brasil, sustentando que o “surgimento sequencial de direitos sugere que a própria ideia de direitos, e, portanto, a própria cidadania, é um fenômeno histórico” (CARVALHO, 2017, p. 17). Por sua vez, Lucília de Almeida Neves destaca que, como processo em movimento permanente, a cidadania contém “dimensão utópica”, que tem na ampliação dos direitos incluídos do cidadão seu horizonte sempre atualizado. A conquista progressiva dos direitos de cidadania “vincula-se a um movimentar ativo dos sujeitos históricos atuantes nas diferentes conjunturas e tempos que constituem o processo civilizatório”. Processo que, “apesar de inúmeros percalços, tende a ser inclusivo e não exclusivo” (NEVES).<sup>3</sup>

2. Como, e.g., nas políticas de previdência e, sobretudo, nas de assistência social. Recentemente, a aprovação da EC 123/2022 – a dita “PEC Kamikaze” – a toque de caixa, incrementando os valores do “Auxílio-Brasil” (outrora “Bolsa-Família”, denominação que deverá ser retomada em 2023) em pleno período eleitoral e gerando impacto orçamentário de pelo menos R\$ 38,75 bilhões além do teto de gastos (EC 95/2016), suscitou uma vez mais imensas discussões sobre o uso indevido da máquina e do orçamento públicos para a obtenção de divisas eleitorais. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/bbc/2022/06/30/pec-que-amplia-auxilio-brasil-em-ano-eleitoral-e-passar-a-perna-na-lei-diz-especialista.htm>>. Acesso em: 30 dez.2022.

3. NEVES, Lucília de Almeida. *Cidadania: dilemas e perspectivas na República Brasileira*. Disponível em: <[http://www.historia.ufrj.br/tempo/artigos\\_livres/artg4-5.pdf](http://www.historia.ufrj.br/tempo/artigos_livres/artg4-5.pdf)>. Acesso em: 16 jul.2017.

A história das Constituições do Brasil permite identificar em que medida os cidadãos participaram das conquistas e tiveram seus direitos garantidos e de que modo puderam influenciar nas decisões políticas, deixando evidente como a ampliação e manutenção dos direitos são um capítulo a parte, já que para que as conquistas sejam asseguradas, depende-se de instituições, de resistências coletivas e de compromissos políticos que as garantam.

A promulgação da Constituição, no dia 5 de outubro de 1988, representou um dos mais importantes momentos históricos do Brasil, formalizando o anseio de liberdade manifestado pelo povo brasileiro. Conhecida como Constituição Cidadã, a Constituição de 1988 encerrou a era dos governos militares, consolidando o direito democrático de eleição para o cargo de Presidente da República e a busca pelos direitos individuais e coletivos expressos de forma ampla na própria Constituição.

A Constituição de 1988 prevê que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos, entre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho (art. 1º), irradiando como alguns de seus objetivos centrais construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, BRASIL, 1988).

Não foi só pela garantia dos direitos individuais e coletivos que a Constituição de 1988 se notabilizou, como também pela ampliação e proteção dos direitos sociais, neles inseridos o direito ao trabalho e as garantias constitucionais trabalhistas, equiparando em direitos os trabalhadores urbanos e rurais e alçando ao nível constitucional os direitos dos trabalhadores domésticos (art. 7º).

A Constituição de 1988, além de institucionalizar a instauração de um regime político democrático e de ter promovido indiscutível avanço na previsão de garantias e direitos fundamentais, se consolidou como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre direitos humanos no Brasil. Prioriza-se o valor da dignidade humana, “como paradigma e referencial ético, verdadeiro superprincípio a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local, regional e global, doando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido” (PIOVESAN, 2015, p. 48).

Como aponta Maurício Godinho Delgado, “há correlação entre as noções e realidades contempo-

râneas de Democracia, cidadania e valor do trabalho”, acrescentando que:

A ideia de Democracia mantém-se como fundamental; ela passa, entretanto, necessariamente, pela ideia de cidadania. Esta, por sua vez, é, naturalmente, multifacetada. Fica claro, porém, nessa multiplicidade de facetas, que a cidadania não se realiza, não se completa, para a maioria das pessoas, caso não envolva o mundo do trabalho, o valor do trabalho, porque o trabalho, especialmente em sua forma empregatícia, mantém-se como única maneira de a grande maioria das pessoas firmar-se na vida econômica e social (DELGADO, 2012, p. 99-100).

Muito se ouviu falar no Brasil sobre “assédio eleitoral”. Em que pese não ser um fenômeno novo no país e em outras Nações, houve aumento exponencial das denúncias nas eleições gerais de 2022, sobretudo no período que antecedeu ao segundo turno das eleições presidenciais.<sup>4</sup>

Empresários passaram a exigir que as trabalhadoras e trabalhadores participassem de eventos para orientações sobre em qual candidato deveriam votar, seja de forma impositiva, com ameaças de demissão ou velada, com promessas de premiação. Houve, ainda, exigência para que os empregados entrassem na cabine de votação com aparelho de telefonia celular para filmar o voto e comprovar o cumprimento da “obrigação” determinada pelo empregador, o que gerou a imposição de multa ao infrator e dever de cumprir diversas outras obrigações, mediante Termo de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público do Trabalho.<sup>5</sup>

Diante de tal quadro, relevante revisitar as práticas antidemocráticas e coronelistas no Brasil, a fim de que o fenômeno estudado possa ser bem compreendido e combatido para a reafirmação e o maior fortalecimento da democracia brasileira.

## 2. O DIREITO AO TRABALHO E AO VOTO LIVRE COMO DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A Constituição brasileira declara, entre outros direitos fundamentais, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegura o livre exercício de cultos religiosos e suas liturgias, garante a proteção aos respectivos locais e proíbe a privação de direitos por motivo de crença religiosa ou convicção filosófica ou política (art. 5º).

O regime democrático instituído em 1988 objetivou encerrar, em definitivo, as práticas antidemocráticas e coronelistas que sempre estiveram presentes no país.

Como aponta Luiz Fernando Coelho, os regimes militares brasileiros pós-1964 amparavam suposta “democracia relativa”, que se assentava no controle do Congresso Nacional e dos partidos políticos “pelos donos do poder”, o que, na verdade, “disfarçava a realidade do autoritarismo atroz que infelicitava o povo brasileiro e salvava a cara dos governantes perante o mundo”. Mas não é porque o Brasil ultrapassou a época dos governos militares que o conceito de democracia plena é inquestionável. Ainda segundo o autor, “os argumentos *ad terrorem* da ditadura” foram substituídos “pelo escambo das consciências e da compra de votos de parlamentares”, o que também representa democracia relativa (COELHO, 2011, p. 318).

Apesar do exposto, não se discute a essencialidade da permanente reafirmação dos valores democráticos. É evidente que sociedades verdadeiramente com esse viés são um construto e dependem de renovação das práticas e pactos em respeito aos valores e princípios que lhes dão sustentação. Como se sabe, democracia requer educação e politização e não a alienação da sociedade, com redes de notícias falsas, que incitam o ódio, o desrespeito aos Poderes e instituições públicas, às autoridades e decisões judiciais.<sup>6</sup>

Na medida em que os cidadãos estão sendo concitados a reagir contra a Lei e a ordem e parcela da sociedade apoia esse tipo de reação, como tem

4. O ESTADO DE SÃO PAULO. Denúncias de assédio eleitoral aumentam 2.500% no segundo turno das eleições, segundo Ministério Público do Trabalho. Disponível em: <<https://www.estadao.com.br/politica/denuncias-de-assedio-eleitoral-crescem-mais-de-2500-no-segundo-turno-mpt-investiga/>>. Acesso em: 27 out.2022.

5. UOL NOTÍCIAS. Ruralista que pediu filmagem de voto em Bolsonaro terá que pagar R\$ 150 mil. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/eleicoes/2022/10/26/empresa-bahia-acordo-mpt-assedio-eleitoral.htm>>. Acesso em: 27 out.2022.

6. REDE BRASIL ATUAL. Bolsonaroistas descumprem ordem judicial para interromper ‘impulsioneamento de fake news’. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/politica/bolsonaristas-descumprem-ordem-judicial-para-interruptor-impulsioneamento-de-fake-news/>>. Acesso em: 28 out.2022.

ocorrido no Brasil,<sup>7</sup> a democracia está em risco e isso requer postura firme dos Poderes constituídos e de toda a sociedade.

Com o acirramento das disputas políticas no Brasil desde as eleições gerais de 2014, principalmente para presidente da República e o *impeachment* de 2016, os mecanismos de coação envolvendo convicções políticas e até religiosas foram aprofundados.

A título de demonstração, a bancada evangélica do Congresso Nacional foi acionada para interferir nos votos dos fiéis e os ruralistas, por intermédio da Frente Parlamentar Agropecuária, declararam 99% de apoio a determinado candidato.<sup>8</sup>

A promessa de benefício ou vantagem em troca de voto e o uso de violência ou de coação para influenciar a votação são crimes eleitorais, previstos nos artigos 299 e 301 do Código Eleitoral (BRASIL, 1965).<sup>9</sup> O voto direto e secreto é direito fundamental do cidadão, protegido pela Constituição, como livre exercício da cidadania, liberdade de consciência, de expressão e orientação política.

Segundo noticiado, os casos de assédio eleitoral “aumentaram quase sete vezes no Brasil, em relação ao pleito eleitoral presidencial de 2018”. O Ministério Público do Trabalho “recebeu 1.435 denúncias, até o dia 25 de outubro de 2022”, poucos dias antes do segundo turno das eleições. As “regiões Sul e Sudeste concentram 69% dos casos”. Os Estados que mais apresentaram denúncias “foram Minas Gerais

(374), Paraná (158), Santa Catarina (139), São Paulo (130), Rio Grande de Sul (119)”.<sup>10</sup>

Como foi antecipado na introdução do estudo, o Código Eleitoral brasileiro e a Lei das Eleições (9.504/1997) definem como criminosas as condutas de oferecer vantagem e/ou de empregar grave ameaça para captar sufrágio eleitoral. Nessa descrição típico-penal insere-se a figura do assédio eleitoral patronal, que se configura nos ensejos em que um empregador oferece vantagens ou faz ameaças para direta ou indiretamente coagir um empregado a votar ou não em um determinado candidato. Além de o infrator poder responder no âmbito penal – as penas são de reclusão até quatro anos, afora os dias-mulas –, há também consequências na esfera trabalhista.

Com efeito, a Justiça do Trabalho foi acionada pelo Ministério Público do Trabalho em todo o país para a concessão de liminares impeditivas do assédio eleitoral, nas semanas que antecederam às eleições para a presidência da República de 2022. As condutas constadas foram as mais variadas.

Para exemplificar, o Ministério Público do Trabalho recebeu denúncia em face de dois frigoríficos em Minas Gerais, no sentido de que os empregadores fizeram ato em benefício de determinado candidato a presidente da República, com a distribuição de camisetas, discurso no sentido de que caso o outro candidato ganhasse a eleição o Brasil entraria em guerra e promessa de entrega de peça de carne bovina, caso o candidato indicado fosse eleito. Houve o ajuizamento de ação civil pública e a Justiça do Trabalho concedeu liminar para que a empresa se abstivesse das práticas, comunicasse aos empregados, por vários canais, sobre o direito à livre votação e viabilizasse a votação por parte dos empregados, no dia das eleições, sob pena de multas. Segundo o órgão julgador:

De acordo com a Constituição da República, o voto é secreto e a liberdade de consciência dele é direito fundamental inviolável, cujo exercício soberano é imune à interferência do empregador. Ainda, é livre o exercício de qualquer trabalho independentemente de opção partidária, presente o pluralismo político, o que veda o patrocínio patronal à partidização dos subordinados em qualquer direção.<sup>11</sup>

7. O ex-deputado federal e ex-candidato à Presidência da República, Roberto Jefferson, preso em regime domiciliar pela disseminação de notícias falsas, após violar referido regime com ataques à Ministra do Supremo Tribunal Federal, em exercício no Superior Tribunal Eleitoral, resistiu à prisão, utilizou-se de granada e efetuou disparos de arma de fogo, ferindo dois contra agentes e atingindo veículo da Polícia Federal, com o apoio de populares. EXAME. Roberto Jefferson: resistência à prisão repercute na imprensa internacional. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/roberto-jefferson-resistencia-a-prisao-repercute-na-imprensa-internacional/>>. Acesso em: 27 out.2022.

8. CNN BRASIL. Após caso Roberto Jefferson agro e evangélicos são convocados a pedir por voto. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/apos-caso-roberto-jefferson-agro-e-evangelicos-sao-convocados-a-pedir-por-voto/>>. Acesso em: 28 out.2022.

9. De acordo com o art. 299 do Código Eleitoral, é crime: “Dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber, para si ou para outrem, dinheiro, dádiva, ou qualquer outra vantagem, para obter ou dar voto e para conseguir ou prometer abstenção, ainda que a oferta não seja aceita.” O art. 301 do mesmo diploma, dispõe que é igualmente crime: “Usar de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar, ou não votar, em determinado candidato ou partido, ainda que os fins visados não sejam conseguidos.”

10. CNN BRASIL. Casos de assédio eleitoral aumentam quase sete vezes no Brasil. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/politica/casos-de-assedio-eleitoral-aumentam-quase-sete-vezes-no-brasil/>>. Acesso em: 28 out.2022.

11. Ação Civil Pública Civil, processo nº 0011163-18.2022.5.03.0027, 2ª Vara de Betim, Tribunal Regional do Trabalho

Em outro processo, centrais sindicais e a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio e Serviços ajuizaram ação civil pública em face da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, “com o propósito de inibir e reverter os múltiplos episódios de assédio eleitoral” promovidos por empresas e empresários dos ramos representados pela ré, face às ameaças de dispensa ou de fechamento dos estabelecimentos no caso de vitória de um dos candidatos a presidência da República; estimulando a abstenção do voto em determinado candidato ou formalizando promessas de vantagem para o voto no candidato indicado. Na decisão, o Órgão julgador ressaltou a “essencialidade jurídica transcendental dos direitos fundamentais, dentre os quais o direito de sufrágio universal e secreto” (art. 14 da Constituição), expressando o entendimento de que “direito de participação política, não autoriza que, ao vestir o uniforme patronal, se queira despir o trabalhador de tais prerrogativas inalienáveis”. O magistrado destacou, ainda, que a “subordinação jurídica, traço constitutivo dos contratos de trabalho (CLT, art. 3º), não poderia ser aceita além da órbita puramente funcional”, inadmitindo “qualquer tentativa de extensão de tal submissão hierárquica que resulte no despojamento da humanidade inerente a qualquer pessoa”, já que, no caso, a “subordinação” se transformaria em “sujeição”. Houve a concessão de tutela de urgência com as mesmas imposições da decisão anterior, igualmente sob pena de multas.<sup>12</sup>

Em mais um ação judicial na Justiça do Trabalho, apurou-se que foram enviadas mensagens telefônicas para aprendizes e empregadas, com afirmações no sentido de que, caso determinado partido político ganhasse as eleições “o agronegócio seria uma peça frágil, sem condições de contribuir com o alto índice de desemprego” e também comunicação em reunião, exclusivamente designada para tal fim, de que caso o candidato indicado não vencesse a eleição, a empresa teria que reduzir o quadro de funcionários, face à precária situação financeira. A tutela foi igualmente concedida pelo Órgão julgador, com as obrigações já mencionadas

na primeira decisão e no caso de omissão, a imposição de penalidades.<sup>13</sup>

A noção de direitos fundamentais é inafastável dos ideais de Constituição e Estado de Direito. A limitação jurídica do poder estatal, aliada ao princípio da separação de Poderes, tem a função de assegurar esses direitos. A Constituição, assim, assegura as liberdades fundamentais, incumbindo ao Estado garantir a efetividade de tais direitos, a fim de que não sejam meramente formais ou figurem apenas no campo das intenções.

Essas violações passam pela deficiência de uma verdadeira consciência constitucional, fruto do particularismo, da aversão ao formalismo público, fazendo-se da atuação, que deveria ser republicana, muitas vezes, mera extensão da conduta privada, como se estivesse agindo no âmbito familiar ou da sua propriedade, segundo destaca Manoel Jorge e Silva Neto, acrescentando que: “Não é preciso divagar muito para concluir o quanto esse comportamento nos afasta do ideal de constituição presente na vida do Estado” (SILVA NETO, 2016, p. 37).

O processo histórico de mobilização em torno da tarefa constituinte é emblemático para que sejam recolocados os conceitos de democracia, cidadania e valor do trabalho na problemática central, que envolve o ataque aos direitos fundamentais e a ineficiência das políticas públicas.

O direito de liberdade de trabalho e de voto pelo trabalhador ou a autodeterminação política da pessoa que trabalha e de qualquer cidadão, envolve outras liberdades e direitos fundamentais, como o direito de não discriminação por crença ou convicção filosófica ou política, a livre manifestação de pensamento, a liberdade de locomoção e a proteção da intimidade e da vida privada, previstos no art. 5º da Constituição.

A Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT trata da vedação de discriminação em matéria de emprego e função, um dos princípios fundamentais a serem observados pelos países-membros. De acordo com citada norma internacional, “discriminação” compreende:

- a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade

da 3ª Região (MG), juiz do trabalho Fernando Rotondo Rocha. Arquivo próprio.

12. Ação Civil Pública Cível, processo nº 0000919-98.2022.5.10.0006, 6ª Vara do Trabalho de Brasília, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (DF/TO), juiz do trabalho Antonio Umberto de Souza Junior. Arquivo próprio.

13. Ação Civil Pública Cível, processo nº 0000728-77.2022.5.08.0016, Vara do Trabalho de Capanema, Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP), juíza do trabalho Camila Afonso de Nova Cavalcanti. Arquivo Próprio.

ou de tratamento no emprego ou profissão;

- b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou profissão [...] (OIT, 1958).

Por possuir íntima relação com a temática, importante citar, ainda, a Convenção 190 da OIT, aprovada em 2019, por ocasião do centenário do organismo internacional, sobre as violências e assédios no mundo do trabalho, que apesar de ainda não ter sido ratificada pelo Brasil, já entrou em vigor e está sendo objeto de campanhas pelo país para a sua ratificação.<sup>14</sup> Referido instrumento protege todas as pessoas que trabalham contra as violências, assédio moral e sexual, independentemente do estatuto contratual a que estejam vinculadas, se estão ou não em formação, do local em que prestam suas atividades, se candidatos ou ex-empregados, na economia formal ou informal e em áreas urbanas ou rurais (art. 2º, OIT, 2019).

### 3. PRÁTICAS ANTIDEMOCRÁTICAS DIRIGIDAS AOS TRABALHADORES E CORONELISMO

Com base na clássica obra “Coronelismo, enxada e voto”, de Victor Nunes Leal, pode-se compreender o “coronelismo” como a influência direta no sistema representativo, devido a “uma estrutura econômica e social inadequada”. Em poucas palavras, é a sobreposição do poder privado sobre o regime político de ampla base representativa. Diante de tal quadro, o “coronelismo” incorpora o compromisso dos proveitos do poder político em benefício “dos senhores de terras”, mas a eles não se resume, já que também se estende aos empresários e demais detentores do poder econômico no país. A estrutura agrária fornece a base de sustentação do poder privado, mas o sistema é muito mais amplo e garante a manutenção dos privilégios pelo poder público.

A obra dá destaque à figura do “coronel” e à sua alta influência política sobre o poder local, com o chamado “voto de cabresto”, imposto aos trabalhadores rurais. Ocorre que antes de ser um fenômeno regionalizado, é, sobretudo, um sistema imbricado

que traz impactos efetivos sobre as estruturas políticas e de poder também em nível nacional. Mesmo que “os donos de terras” não sejam parlamentares, possuem parentes ou apadrinhados de grande influência política e econômica no Congresso Nacional.<sup>15</sup>

Victor Nunes Leal sintetiza “os males” da sociedade brasileira, pela permanência das estruturas agrárias, sob as bases do “coronelismo”, afirmando que:

[...] assim como a estrutura agrária ainda vigente contribui para a subsistência do ‘coronelismo’, também o ‘coronelismo’ concorre para a conservação dessa mesma estrutura, já que os governos costumam ser eleitos entre a classe dominante (ou mediante seu apoio) e com o imprescindível concurso do mecanismo ‘coronelistas’, o que acarreta diversas consequências. [...] no plano político, a sobrevivência do ‘coronelismo’, falseia a representação política e desacredita o regime democrático, permitindo e estimulando o emprego habitual da força pelo governo ou contra o governo (LEAL, 2013, p. 126).

Assim, aponta o autor, o sistema político “não atingiu a base de sustentação do ‘coronelismo’ que é a estrutura agrária”, o que reflete “no descumprimento da legislação do trabalho”, assentando que:

Essa estrutura continua em decadência pela ação corrosiva de fatores diversos, mas nenhuma providência política de maior envergadura procurou modificá-la profundamente, como se vê, de modo sintomático, na legislação trabalhista, que se detém, com cautela, na porteira das fazendas. O resultado é a subsistência do “coronelismo”, que se adapta, aqui e ali, para sobreviver, abandonando os anéis para conservar os dedos (LEAL, 2013, p. 126).

Outra face desse sistema citada na obra é o “mandonismo”, que se manifesta por meio de privilégios aos amigos e perseguição aos adversários, “para os amigos pão, para os inimigos pau”, ressaltando-se que as relações com os adversários “raramente são cordiais” e que a regra geral é a “hostilidade” e

14. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Ato pede assinatura do Brasil à Convenção 190 da OIT. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/secretarias/secretaria-da-mulher/noticias/ato-pede-assinatura-do-brasil-a-convencao-no-190-da-oit>>. Acesso em: 28 out.2022.

15. Atualmente “são 280 parlamentares que integram a Frente Parlamentar Agropecuária do Congresso Nacional, sendo 39 senadores e 241 deputados federais”. Na Câmara, “a frente representa 54,6% do total de parlamentares e integra comissões importantes como a do Meio Ambiente, Constituição e Justiça, além da Agricultura”. NOVACANA. Bancada ruralista perde nomes de peso no Congresso, mas vê potencial de agregar novos. Disponível em: <<https://www.novacana.com/n/etanol/politica/bancada-ruralista-perde-nomes-peso-congresso-potencial-agregar-novos-041022>>. Acesso em: 28 out.2022.

também a “humilhação”; e, nos períodos que precedem as eleições, “o ambiente de opressão atinge o ponto agudo” (LEAL, p. 32-33).

Na mesma esteira, não há como deixar de es- tacar o sistema patriarcal como parte da formação da sociedade brasileira, representado pela figura do “homem cordial”, citado por Sergio Buarque de Ho- landa, para quem:

[...] é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impes- soal. Dentre desses círculos, foi sem dúvi- da o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa socie- dade. E um dos efeitos decisivos da supre- macia incontestável, absorvente, do núcleo familiar [...] está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forne- ceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstra- tos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas (HOLANDA, 195, p. 146).

Ainda com base nos fundamentos expostos, relevante citar o “patrimonialismo”, descrito por Raymundo Faoro, na histórica obra “Os donos do poder”, que igualmente integra a formação da socie- dade brasileira. De acordo com o autor, entre os “do- nos do poder” não há “separação entre os interesses privados em relação ao interesse público”. Assim, “o poder central estaria legitimado a tomar deter- minadas decisões privadas, usando todas as estru- turas públicas”, inclusive “determinando e fazendo valer leis, não só em benefício próprio, mas também em benefício daqueles que desempenham determi- nadas funções em seu nome”. Segundo o autor, o “pa- trimonialismo remete à essência não democrática dos donos do poder, particularista e baseada em pri- vilégios”, que marcaram (e ainda marcam) “o exer- cício do poder político do Brasil”. Raymundo Faoro afirma que: “A elite política do patrimonialismo é o estamento, estrato social com efetivo comando po- lítico, numa ordem de conteúdo aristocrático”. O au- tor traça a íntima relação entre as elites e o sistema político, afirmando que:

O estamento burocrático, fundado no sis- tema patrimonial do capitalismo políti- camente orientado, adquiriu o conteúdo aristocrático, da nobreza da toga e do tí- tulo. A pressão da ideologia liberal e de- mocrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação,

impenetrável ao poder majoritário [...] (FAORO, 2001, p. 878, 885).

Alberto Passos Guimarães destaca que mesmo sofrendo diversos revezes, “o sistema latifundiário brasileiro chegou aos nossos dias com suficientes poderes para manter firmemente em suas mãos o controle de nossa economia agrária.” Segundo o au- tor, esse controle é exercido pelo sistema latifundiá- rio, mediante os seguintes mecanismos:

[...] domínio da propriedade e da explora- ção de metade de nosso território agrícola; [...] domínio de mais da metade das divi- sas obtidas no comércio internacional por nosso país. Por dominar mais da metade de nosso território agrícola, a classe latifun- diária absorve e controla muito mais da metade da renda gerada no setor agrário, recebe mais da metade do crédito agríco- la, e controla de fato a política de crédito agrícola; determina e orienta a política de armazenagem e de transporte, a política de preços agrícolas e em decorrência, a dos preços em geral; influi poderosamente sobre a política governamental de distri- buição de favores e facilidades, e canaliza para si as subvenções e outros recursos que deveriam encaminhar-se para os seto- res mais necessitados da agricultura (GUI- MARÃES, 1981, p. 201, 203).

Diante de tal quadro, concorda-se com a afir- mação de Ronaldo Lima dos Santos, de que a prática do assédio eleitoral no âmbito empresarial “consti- tui uma versão atualizada do voto de cabresto”. Se- gundo o autor: “A figura do coronel nos rincões do Brasil é reconfigurada no coronelismo empresarial que marca as eleições do Brasil no século 21” (SAN- TOS).<sup>16</sup>

Segundo Rodrigo Trindade, com a redução dos lindes gerais de proteção da lei trabalhista, especial- mente a partir da dita “Reforma Trabalhista” (Lei 13.467/2017), houve a ampliação do poder privado e a “feudalização” da relação de emprego, de modo a tornar “abertas as porteiras para a imposição do retorno da vontade do patrão”, o que aproxima o atual momento da “República Velha”, das práticas coronelistas e das tentativas de imposição do “voto de cabresto”, nos “currais eleitorais”. O autor con- cluiu com questionamento bastante apropriado: “Se o patrão, agora, tem muito mais liberdade para pa- gar menos, despedir mais e não responder por suas

16 SANTOS, Ronaldo Lima dos. *O que é assédio eleitoral e quais as suas repercussões trabalhistas?* Disponível em: <ht tps://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que- e-assedio-eleitoral-e-quais-suas-repressoes-trabalhis- tas- 21102022>. Acesso em: 27 out. 2022.



faltas, porque não poderia impor suas preferências eleitorais?” (TRINDADE)<sup>17</sup>

Nesse contexto, para a manutenção da democracia, é extremamente relevante a interpretação constitucional do Direito do Trabalho, a aplicação das normas internacionais e o reforço das instituições protetivas do trabalho: da Fiscalização do Trabalho, do Ministério Público do Trabalho e da Justiça do Trabalho, a fim de que “os donos do poder” não continuem se utilizando de práticas antidemocráticas, do coronelismo para a obtenção do “voto de cabresto”, do mandonismo, patriarcado, patrimonialismo e particularismo, com a sobreposição dos interesses privados sobre as instituições públicas e o Estado. Relevante, ainda, maior investimento em educação, a erradicação da pobreza e Justiça Social, para que os cidadãos possam melhor reivindicar sua liberdade de trabalho e autodeterminação política, resistindo às práticas ditatoriais e ameaçadoras dos valores e direitos fundamentais protegidos pela Constituição de 1988.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cidadania integral pressupõe o pleno exercício dos direitos e liberdades previstos na Constituição, assim como a educação e a politização do povo. A violação da liberdade de trabalho e da liberdade de voto, sobretudo se praticada com intoleráveis avanços sobre as convicções religiosas e políticas, atentam contra o Estado Democrático de Direito, o que requer postura firme dos poderes constituídos e atenção de toda a sociedade.

O poder diretivo do empregador não pode se sobrepor às garantias constitucionais e à dignidade das trabalhadoras e trabalhadores, nem tampouco invadir a vida privada, atentar contra os direitos de intimidade e de privacidade e/ou violar a livre convicção religiosa, política ou filosófica.

Apesar de o assédio eleitoral não ser um fenômeno novo no Brasil e em outros países, verifica-se a renovação de práticas antidemocráticas que marcaram a formação da sociedade brasileira, de economia agrária, como o coronelismo, o mandonismo, o patriarcado, o patrimonialismo e o particularismo, sobretudo após o acirramento das disputas políticas, a partir das eleições de 2014, do *impeachment* de 2016 e da “Reforma Trabalhista” de 2017, quando os empresários passaram a desfrutar de uma aparente

ampliação dos espaços de gestão de seus interesses junto aos sindicatos e aos seus trabalhadores (vide, *e.g.*, o novel art. 611-A da CLT), criando-se a falsa impressão de que poderiam adotar sistemas coercitivos que agredissem a liberdade de voto de trabalhadoras e trabalhadores. Não podem, porém; e a Justiça do Trabalho o tem dito e demonstrado.

Nesse passo, é imprescindível a adoção das técnicas de interpretação constitucional do Direito do Trabalho, e bem assim a aplicação das normas internacionais do trabalho (como, *e.g.*, as Convenções OIT ns. 81 e 111), além do reforço das instituições protetivas do trabalho (como, em especial, a Secretaria de Inspeção do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho e a Justiça do Trabalho), para a garantia da cidadania e dos valores democráticos, no sentido, inclusive, da erradicação da pobreza e da realização da justiça social. A máxima de *Rousseau*, com efeito, segue a valer: “*Peuples libres, souvenez-vous de cette maxime: on peut acquérir la liberté; mais on ne la recouvre jamais*” (*Du contrat social, ou principes du droit politique*. Chapitre VIII). E, a valer para todas as liberdades, vale também para a liberdade de voto: uma vez conquistada – como foi, entre nós, ao longo do século XX, com imensos sacrifícios –, não pode ser retraída, em um milímetro sequer, sob pena de jamais ser recuperada.

#### REFERÊNCIAS

- BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul/RS: Educs, 2012.
- BRASIL. Código Eleitoral (1965). Disponível em: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4737compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm)>. Acesso em: 28 out.2022.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 ou.2022.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2015.
- COELHO, Luiz Fernando. *Fumaça do Bom Direito: ensaios de filosofia e teoria crítica do Direito. Sobre ética e corrupção*. Curitiba: Bonijuris/J.M. Livraria e Editora, 2011.
- DELGADO, Maurício Godinho. Democracia, Cidadania e Trabalho. In: *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, Justiça Social e Direito do Trabalho*. DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. São Paulo: Ltr, 2012.
- FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro*. 3. ed., Rio Grande do Sul: Globo, 2001.
17. TRINDADE, Rodrigo. *República Velha Reboot*. Disponível em: <<https://revisaotrabalhista.net.br/2022/10/23/asse-dio-eleitoral/>>. Acesso em: 28 out.2022.

- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Curso crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GUIMARÃES, Alberto Passos. *Quatro séculos de latifúndio*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.
- HOLANDA, Sergio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 26. ed. , 1995.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o Município e o sistema representativo no País*. 7. ed. São Paulo: Cia. das Letras, 2013.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- NEVES, Lucília de Almeida. *Cidadania: dilemas e perspectivas na República Brasileira*. Disponível em: <[http://www.historia.uff.br/tempo/artigos\\_livres/artg4-5.pdf](http://www.historia.uff.br/tempo/artigos_livres/artg4-5.pdf)>. Acesso em: 16 jul.2017.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Convenção nº 111 (1958). Disponível em: <[https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_235325/lang--pt/index.htm](https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm)>. Acesso em: 28 out.2022.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, Convenção nº 190 (2019). Disponível em: Disponível em: <[https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms\\_729459.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_729459.pdf)>. Acesso em: 28 out.2022.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social, ou principes du droit politique*. In: Collection complète des oeuvres. Genève, 1780-1789, vol. 1, 4<sup>o</sup> éd. (version du 7 octobre 2012). Disponível em: <<https://www.rousseauonline.ch/Text/du-contrat-social-ou-principes-du-droit-politique.php>>. Acesso em: 4 dez. 2022.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. *O que é assédio eleitoral e quais as suas repercussões trabalhistas?* Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-que-e-assedio-eleitoral-e-quais-suas-repressoes-trabalhistas-21102022>>. Acesso em: 27 out. 2022.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: Câmara Editorial – CED, 2016.
- TRINDADE, Rodrigo. *República Velha Reboot*. Disponível em: <<https://revisaotrabalhista.net.br/2022/10/23/assedio-eleitoral/>>. Acesso em: 28 out.2022.

### Processos judiciais citados

Ação Civil Pública Civil, processo nº 0011163-18.2022.5.03.0027, 2ª Vara de Betim, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (MG), juiz do trabalho Fernando Rotondo Rocha. Arquivo próprio.

Ação Civil Pública Cível, processo nº 0000919-98.2022.5.10.0006, 6ª Vara do Trabalho de Brasília, Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (DF/TO), juiz do trabalho Antonio Umberto de Souza Junior. Arquivo próprio.

Ação Civil Pública Cível, processo nº 0000728-77.2022.5.08.0016, Vara do Trabalho de Capanema, Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região (PA/AP), juíza do trabalho Camila Afonso de Nova Cavalcanti. Arquivo Próprio.

# Governança algorítmica e a responsabilidade civil dos administradores perante as sociedades empresárias pela contratação e/ou desenvolvimento de sistemas dotados de inteligência artificial

Leonardo Valverde Susart dos Santos\*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O risco inerente à utilização dos sistemas dotados de inteligência artificial nas atividades empresariais. 3. Dever de zelo na administração da sociedade e a governança de algoritmos. 3.1 Densificação dos deveres de cuidado e lealdade. 3.2. A governança algorítmica como manifestação do dever de cuidado. 4. Responsabilidade dos administradores por danos causados pelos sistemas dotados de inteligência artificial. 4.1. O regime geral de responsabilidade subjetiva. 4.2. Risco inerente ao exercício da atividade empresária e business judgement rule. 5. Conclusões.

**RESUMO:** este trabalho trata da responsabilidade civil do administrador perante a sociedade empresária, nos casos em que esta sofre danos por efeito da utilização, na sua atividade, de sistemas dotados de inteligência artificial por si desenvolvidos ou contratados perante terceiros. Será analisado o instituto da governança algorítmica como consectário do dever de cuidado cabível ao administrador, e a partir do seu conteúdo, serão delineados os contornos da responsabilidade que lhe cabe.

**ABSTRACT:** this paper deals with the civil liability of the administrator before the commercial company, in cases where it suffers damages as a result of the use, in its activity, of systems equipped with artificial intelligence developed by itself or contracted with third parties. The institute of algorithmic governance will be analyzed as a consequence of the duty of care assigned to the administrator, and from its content, the limits of the responsibility that it is due will be outlined.

## 1. INTRODUÇÃO

o avanço tecnológico no campo da inteligência artificial tem sido notório nos últimos anos, com a implementação de métodos de aprendizagem que permitem aos *softwares* inteligentes um ganho crescente de autonomia em relação aos seus

programadores. Diversos segmentos da economia têm experimentado os benefícios e as vantagens do desenvolvimento por conta própria, ou contratação perante terceiros, de sistemas computacionais inteligentes – é o caso, por exemplo, da indústria automobilística, do mercado financeiro e dos setores de saúde, de mobilidade urbana e de tecnologia da informação.

Não se pode negar, evidentemente, os ganhos de tempo, eficiência e precisão obtidos com o uso mais recorrente da inteligência artificial para auxílio na realização de atividades econômicas. Por outro lado, no entanto, é importante ter em vista os riscos que decorrem da autonomia conferida aos *softwares* para a tomada de decisões. Isso porque essa característica permite aos sistemas uma desvinculação, a partir de experiências de aprendizagem com dados, dos critérios decisórios inicialmente imputados por quem os desenvolveu.

Nesse ínterim, o agir autônomo da inteligência artificial tem possibilitado, em situações concretas, a causação de danos pelas suas decisões. E, diante dessa realidade, associada à ausência de atribuição de personalidade jurídica aos *softwares* pelos sistemas de direito, os juristas têm se debruçado sobre a questão relativa a quem, e em que grau, compete a responsabilidade civil (aqui entendida como o dever de ressarcir prejuízos) pelos danos causados em decorrência das decisões tomadas pelos sistemas dotados de inteligência artificial. Até então, o entendimento mais recorrente tem sido o de que, pela assunção do risco intrínseco ao desenvolvimento dessa tecnologia, todos os agentes privados que integram a cadeia do seu fornecimento devem responder solidariamente, e em caráter objetivo nos casos em que o sistema é considerado *de risco elevado*<sup>1</sup>.

(\*) Doutorando em Direito Civil e Mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Direito Digital e Proteção de Dados pelo EBRA-DI, e em Direitos Humanos pelo *Ius Gentium Conimbrigae*. Advogado e professor do curso de graduação em Direito da UNIFACS.

1. Essa é a solução sugerida na proposta de regulamento do Parlamento e do Conselho Europeus, de 21.04.2021. Sobre o assunto, confira-se o trabalho deste autor: SUSART DOS SANTOS, Leonardo Valverde. *Causalidade na responsabilidade civil por danos decorrentes de decisões autônomas de sistemas dotados de inteligência artificial*. In Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 3, 2022, p. 1005-1047.

Neste trabalho, porém, não se pretende discutir esse ponto em especial. Buscar-se-á, com efeito, investigar, no contexto da contratação e/ou desenvolvimento de sistemas dotados de inteligência artificial por sociedades empresárias, se e em que medida podem os administradores ser considerados responsáveis, perante estas, pelos danos que elas porventura venham a sofrer, tanto diretamente (nos casos de contratação de um sistema que cause prejuízo às atividades econômicas por si realizadas) quanto regressivamente (nos casos de desenvolvimento de um sistema que gere danos a terceiros e lhes caiba ressarcir-los, com impacto direto no seu patrimônio).

É sabido que, pela sua natureza jurídica de pessoa jurídica, as sociedades empresárias não possuem existência material e, por isso, dependem de um agente humano para a exteriorização da sua vontade – a figura do administrador, a quem cabe externar muitas das decisões por elas tomadas. Justamente por isso, desenvolveu-se esta pesquisa com o fito de responder à seguinte questão-problema: *diante das características da sua função, podem os administradores ser civilmente responsáveis, perante as sociedades comerciais por si geridas, em decorrência dos danos causados por decisões autônomas de sistemas dotados de inteligência artificial contratados e/ou desenvolvidos por estas?*

A pergunta não é de todo simples e, por isso, um percurso metodologicamente rigoroso deve ser percorrido para viabilizar uma resposta satisfatória e suficientemente amadurecida. Assim é que, em um primeiro momento, tratar-se-á, para fins de contexto e melhor compreensão prática do problema de pesquisa, da inteligência artificial em si, destacando o seu atual estágio de desenvolvimento e suas características mais relevantes, com a indicação das suas principais utilidades e riscos no ambiente empresarial.

Na sequência, serão analisados a natureza e os deveres associados à função de administrador de uma sociedade empresária, com foco especial nos deveres de cuidado, que impõem uma gestão zelosa e diligente do negócio, visando à satisfação dos interesses sociais. Ainda, de modo especificamente voltado ao problema de pesquisa, será estudada a temática da governança algorítmica, que se traduz

em uma aplicação específica dos princípios de governança de empresas no contexto da utilização da inteligência artificial, demandando do gestor corporativo a adoção de fluxos internos que minimizem os riscos associados a essa tecnologia, bem assim a probabilidade de sua concretização.

Ao final, já bem compreendidos os deveres atribuídos aos administradores nos processos de contratação e desenvolvimento de inteligência artificial, será estudado o regime da sua responsabilidade civil, perante a sociedade empresária, nos casos de inobservância a esses deveres. Identificar-se-ão, nesse ínterim, o regime de responsabilidade (subjéctiva ou objectiva) a que o administrador se encontra vinculado, os encargos probatórios de que ele se incumbe em eventual ação de responsabilidade, e ainda, as hipóteses de exoneração da sua responsabilidade, a fim de lhe possibilitar algum grau de autonomia e liberdade para a assunção de riscos – realidade ínsita à atividade empresarial.

Esse é, em linhas introdutórias, o *iter* a ser cumprido no decorrer do presente trabalho, que se guiou por um método dedutivo e foi construído a partir de referências consubstanciadas em obras acadêmicas de especialistas nas matérias abordadas.

## 2. O RISCO INERENTE À UTILIZAÇÃO DOS SISTEMAS DOTADOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS

A inteligência artificial não constitui uma novidade do século atual, embora muitos dos riscos a ela associados sejam recentes. Atualmente, define-se inteligência artificial como o mecanismo de que podem ser dotados os *softwares*, para que lhes seja atribuída uma capacidade de aprendizagem e, conseqüentemente, de tomada de decisões autônomas diante de situações para as quais não foram inicialmente programados<sup>2</sup>. Note-se que, diferentemente dos recursos de automação característicos da robótica, os sistemas dotados de inteligência artificial não se limitam a simplesmente executar comandos

Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2022/causalidade-na-responsabilidade-civil-por-danos-decorrentes-de-decisoes-autonomas-de-sistemas-dotados-de-inteligencia-artificial-leonardo-valverde-susart-dos-santos/>.

2. “A inteligência artificial é usualmente compreendida a partir de características como autonomia, habilidade social, cooperação, proatividade e reatividade. Tais atributos põem-se a indicar, em síntese essencial, a aptidão de algoritmos à atuação sem (ou com diminuta) intervenção humana, em interação tanto reativa quanto proativa com o ambiente e com outros agentes (humanos ou não)” (TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. *Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil*. In Revista Brasileira de Direito Civil, volume 21, julho-setembro/2019, p. 63).

em alta velocidade, indo além para, efetivamente, avaliarem o cenário que os circunda e, a partir da sua compreensão, decidirem sobre a alternativa mais pertinente diante daquelas que lhes são postas<sup>3</sup>, inclusive quando disso eventualmente venha a resultar uma modificação das instruções inicialmente fornecidas<sup>4</sup>.

Tal estágio de desenvolvimento da inteligência artificial foi alcançado por conta do fenômeno conhecido como *Big Data*, que se traduz no acúmulo de uma quantidade potencialmente infinita de informações a respeito de pessoas, objetos, métodos, processos etc., viabilizado em decorrência da elevação exponencial da capacidade tecnológica de processamento e armazenamento da informação, bem como do aumento da capacidade de compreensão e seleção criteriosa de informações em linguagem natural por parte dos sistemas computacionais<sup>5</sup>. Em paralelo ao *Big Data*, no âmbito da *Internet of Things* (*IoT* ou *internet* das coisas), a criação de dispositivos interconectados entre si também aprimora a experiência da aprendizagem dos sistemas inteligentes, que passam a deter uma maior base para o estabelecimento de padrões.

O desenvolvimento da inteligência artificial perpassa necessariamente pela compreensão dos algoritmos, os quais, por sua vez, são constituídos por sequências de códigos, construídas de forma objetiva para a execução de comandos pelos sistemas de modo a evitar a interferência do elemento subjetivo no processo de decisão. Em uma analogia muito bem-sucedida, pode-se comparar um algoritmo a uma receita culinária, que determina os passos a serem seguidos a partir da adição de certos ingredientes (os dados que alimentam os dispositivos eletrônicos), alcançando um resultado final pré-programado<sup>6</sup>.

Ocorre que, atualmente, dada a intensidade e o volume dos dados processados e armazenados nos *hardwares*, a inteligência artificial tem aprimorado as suas experiências de aprendizagem, autonomizando-se relativamente à figura de quem a desenvolveu. Essa conexão possibilita uma circulação de dados sem precedentes, e tais dados têm o condão de alimentar os dispositivos com um volume incalculável de informações, as quais potencializam o aprendizado das máquinas e aprimoram a inteligência artificial, sofisticando o processo de tomada de decisão a partir de algoritmos. É saber: se há muitas informações armazenadas em servidores, que podem ser facilmente processadas a partir de diferentes classificações, pode-se ensinar a um *software* o que se enquadra (ou não) em determinadas categorias de dados, de modo a lhes permitir detectar traços identificadores dos objetos contidos em cada uma dessas categorias. Assim, com tal capacidade, os sistemas se revelam inteligentes de modo inclusive a estabelecer padrões e, baseados neles, prever ou antecipar certas situações<sup>7</sup>.

A esse método de aprendizagem de máquinas se faz menção, normalmente, pelo termo *machine learning*, que não é senão uma tradução direta na língua inglesa. Em adição a essa metodologia tem se falado, ainda, em *deep learning*, ou simplesmente aprendizado profundo, que é um desdobramento do aprendizado de máquinas voltado a uma replicação artificial do processo de conexões neurais do ser humano, de modo a possibilitar, com ainda mais acuidade, velocidade e autonomia<sup>8</sup>, o reconhecimento e o estabelecimento de padrões, bem como a tomada de decisões a partir deles<sup>9</sup>.

Há, portanto, uma *autonomia* da linguagem codificada para tomar decisões e, ainda, uma imprevisibilidade do conteúdo destas, diante do desconhecimento do conteúdo que irá alimentar as máquinas. Assim, pode o algoritmo decidir de forma

3. "O desenvolvimento da inteligência artificial caminha para distanciá-la dos algoritmos tradicionais de computação, a fim de que ela se torne cada vez mais independente. Isto é, um algoritmo tradicional opera segundo comandos específicos, que dirigem a sua atuação. O salto das técnicas mais avançadas de Inteligência Artificial é fazer com que o algoritmo treine a si próprio" (MEDON, Filipe. *Inteligência artificial e responsabilidade civil: autonomia, riscos e solidariedade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 84).
4. BARBOSA, Mafalda Miranda. *O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução*. In Revista de Direito da Responsabilidade, ano 02, 2020a, p. 282-283.
5. TEIXEIRA, Tarcísio; CHELIGA, Vinícius. *Inteligência Artificial: aspectos jurídicos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 82-84.
6. SANTOS, Sarah Ribeiro do Nascimento; PEREIRA, Bruna Tarabossi; GANDRA, Guilherme Góes. *Algoritmos e*

*integração de novas tecnologias ao sistema jurídico*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/algoritmos-e-integracao-de-novas-tecnologias-ao-sistema-juridico-27042019>. Acesso em 03.01.2022.

7. Confira-se, por todos, MEDON, *Op. cit.*, p. 84-85.
8. HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Inteligência artificial como oportunidade para a regulação jurídica*. Traduzido por Luiz Sander e revisado por Laura Schertel Mendes. In Revista de Direito Univille, volume 16, n. 90, novembro-dezembro/2019, p. 12.
9. TEPEDINO; SILVA, *Op. cit.*, p. 63-64. Felipe Medon esclarece que "o adjetivo 'profundo' vem do fato de que o padrão aprendido não é um item de um único nível, mas uma estrutura representada em vários níveis hierárquicos" (MEDON, *Op. cit.*, p. 95).

discriminatória, sem a interferência do seu desenvolvedor, que muitas vezes estará factualmente impedido de evitar tal tipo de situação, seja por desconhecer a correção dos dados que alimentam os dispositivos, seja por não ter a garantia de que a integralidade dos dados necessários a uma tomada de decisão foi obtida. A inteligência artificial, nesse sentido, mostra-se capaz de conferir substância aos algoritmos que a sustentam, bem como alterá-los e, em última análise, até mesmo recriá-los, tudo a partir do estabelecimento e reconhecimento de padrões na sequência da interação com um elevado volume de dados. Diz-se, pois, que um *software* pode definir quais comandos deverá executar e, dentre estes, determinar o seu conteúdo.

E não é senão tal autonomia que acarreta um aumento exponencial do risco de causação de danos pelos sistemas dotados de inteligência artificial – afinal, se não há, em absoluto, controle e previsibilidade sobre as ações que serão executadas pelos sistemas, diversas lesões podem ser provocadas. Percebe-se, pois, o risco gerado no processo de tomada de decisão por algoritmos, na medida em que determinadas situações acabam escapando ao controle humano.

Os fatos se mostram ainda mais delicados quando as empresas desenvolvedoras dessa tecnologia argumentam no sentido do sigilo sobre as técnicas de desenvolvimento algorítmico, potencializando a insegurança face ao total desconhecimento dos riscos associados à sua atividade. Refere-se, aqui, ao problema da opacidade dos algoritmos que constituem a base dos sistemas dotados de inteligência artificial, a qual se revela em três prismas:

- i) quanto à linguagem e *modus operandi* dos algoritmos;
- ii) quanto à cadeia de fornecimento da inteligência artificial; e
- iii) quanto à interferência de terceiros que logram acessar indevidamente o código de programação.

Relativamente ao primeiro ponto, é notório que a capacidade de entendimento das novas tecnologias pela população que delas faz uso apenas avança na medida em que essa própria utilização se torna mais cotidiana e recorrente. Em regra, ocorre, em um primeiro momento, a penetração da inovação tecnológica no seio da sociedade, com um aumento exponencial da sua utilização, para apenas depois se buscar, coletivamente, compreender os riscos a ela associados a partir da forma como ela se estrutura.

Com a inteligência artificial, esse processo tem se repetido. O avanço, nos últimos anos, das técnicas de *machine learning* e *deep learning* tem ocorrido paralelamente à disseminação do uso de sistemas inteligentes, normalmente embarcados em dispositivos de aparente baixa complexidade, como é o caso dos *smartphones*, das televisões *smart*, dos assistentes pessoais e dos *wearables* como os *smartwatches* ou mesmo dos *smartglasses*. A população, embora já utilize largamente tais dispositivos, com inteligência artificial atrelada ao sistema operacional e às aplicações neles instaladas, ainda não compreende bem o que é um algoritmo, como ele funciona, e de que forma ou com base em quais critérios a inteligência dos sistemas decide.

Não menos verdadeiro é que as linguagens de programação de *softwares* têm se proliferado e se tornado cada vez mais complexas, o que, em alguma medida, também contribui para uma redução da capacidade de entendimento do seu conteúdo. As pessoas ainda não conseguem, com naturalidade, ler e *decifrar* códigos de programação (que contêm os algoritmos), e mesmo quando se vislumbram tentativas de comunicação entre desenvolvedores e usuários de *softwares*, ainda são encontradas barreiras que impedem a absorção do conteúdo transmitido. É digna de nota a circunstância de que, em virtude da imprevisibilidade inerente ao *iter* decisório da inteligência artificial, até mesmo os seus desenvolvedores enfrentam dificuldades para a sua compreensão<sup>10</sup>. Evidentemente, todo esse cenário faz com que haja um menor conhecimento sobre o potencial lesivo dessa tecnologia<sup>11</sup> e, por conseguinte, um menor rigor com os cuidados necessários à sua utilização cotidiana.

Nota-se, ainda, um déficit de conhecimento sobre a formatação da cadeia de fornecimento da inteligência artificial. Isso porque, não raro são vários os atores do desenvolvimento dessa tecnologia (nomeadamente os profissionais *backend*, responsáveis pela estrutura do código de programação; e *frontend*, responsáveis pelo modo como o sistema será exibido para o usuário), bem como pode haver ainda supervisores e comerciantes distintos. Toda essa gama de sujeitos envolvidos nos processos de idealização, desenvolvimento, supervisão e comercialização da inteligência artificial dificulta a identificação do vínculo causal entre o comportamento de algum

10. BARBOSA, Mafalda Miranda. *Inteligência artificial, responsabilidade civil e causalidade: breves notas*. In Revista de Direito da Responsabilidade, ano 03, 2021a, p. 606.

11. MEDON, *Op. cit.*, p. 345.

deles e o dano sofrido pelo lesado, especialmente nas situações em que mais de um sujeito participa da cadeia<sup>12</sup>. É de se notar que até mesmo entre tais agentes, o conhecimento de cada um deles sobre a atividade dos demais se mostra restrito<sup>13</sup>.

Nessa seara de interferência de múltiplos sujeitos, merece destaque ainda a hipótese de acesso não autorizado ao conteúdo dos códigos de programação mediante ataques de terceiros. Trata-se de situação em que a identificação do vínculo causal, pelo sujeito lesado, se revela ainda mais problemática, máxime quando não lhe é prestada transparência a respeito do evento de invasão do sistema. Com efeito, os invasores externos podem alterar o conteúdo dos algoritmos e induzir a adoção de certos parâmetros decisórios pela inteligência artificial, o que em tese provocaria o rompimento do nexo de causalidade, mas muitas vezes tal ocorrência não é sequer conhecida do usuário nem dos programadores.

A opacidade algorítmica, pois, revelada nas suas mais diversas vertentes, gera o efeito *black box*, ou simplesmente “caixa preta”, pelo qual o conhecimento sobre o modo de funcionamento da tecnologia fica, em regra, na posse dos seus desenvolvedores (e ainda assim, muitas vezes, de forma fracionada), inexistindo um compartilhamento efetivo com a população que dela faz uso. Com efeito, ao não se conseguir perceber, com precisão, o modo como o algoritmo foi desenvolvido e colocado em funcionamento; o grau de contribuição de cada integrante da cadeia de fornecimento da tecnologia para a causação do dano; e a potencial lesividade de interferências externas não autorizadas no conteúdo da decisão da inteligência artificial, torna-se ainda mais complicada a compreensão do vínculo entre os prejuízos consumados e um comportamento humano associado ao fornecimento da tecnologia.

12. Esse é um problema muito bem colocado por Gustavo Tepedino e Rodrigo Silva, que ainda ressaltam uma tendência ao seu agravamento nos casos em que os próprios sistemas autônomos passam a integrar complexas redes inteligentes, provocando um cruzamento das respectivas cadeias de fornecimento (TEPEDINO; SILVA, *Op. cit.*, p. 76). No mesmo sentido, confira-se BARBOSA, *Op. cit.*, 2021a, p. 606. A opacidade é também reconhecida como um problema relevante inerente à autonomia dos sistemas dotados de inteligência artificial, no âmbito da proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a inteligência artificial, que demandam a implementação de medidas de transparência e, igualmente, a responsabilidade independente de culpa dos agentes que se valem de tais sistemas cujo funcionamento é pouco esclarecido ao sujeito lesado, o que dificulta, em concreto, o percurso do caminho necessário à obtenção da justa reparação do dano sofrido.

13. HOFFMANN-RIEM, *Op. cit.*, p. 29.

Feitos esses esclarecimentos iniciais, cumpre trazer à baila algumas situações concretas nas quais se verifica a utilização dos sistemas dotados de inteligência artificial pelas sociedades empresárias, com o inerente risco de causação de danos a terceiros e até mesmo à própria sociedade. Como bem apontam CHIARA TEFFÉ e FILIPE MEDON,

[...] pode-se dividir a aplicação da IA no âmbito empresarial em duas grandes áreas: a utilização externa e a utilização interna. Isto é, pode-se utilizar a IA para fazer a interface com terceiros, a exemplo de robôs que atendem chamadas telefônicas ou chatbots em aplicativos e sites, com também para processos decisórios internos.<sup>14</sup>

Os autores apontam, por exemplo, o uso de *robots advisors*<sup>15</sup> para aconselhamento sobre investimentos ou gerenciamento de carteiras, e a utilização da inteligência artificial para a identificação de padrões de comportamentos com o objetivo de realização de campanhas publicitárias<sup>16</sup>. Nesse contexto, é certo que a partir da coleta de dados de “perfis” diferentes de consumidores, dispositivos eletrônicos dotados de inteligência artificial podem definir determinados modelos (ou, na linguagem empresarial, *personas*) destinatários de campanhas com o objetivo de comercializar produtos e/ou serviços. Informações sobre idade, poder aquisitivo,

14. TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; AFFONSO, Filipe José Medon. *A utilização de inteligência artificial em decisões empresariais*. In *Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade* (coord. Ana Frazão e Caitlin Mulholland). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 467.

15. Expressão utilizada por Mafalda Miranda Barbosa para designar “plataformas que, funcionando por meio de algoritmos, providenciam aconselhamento financeiro. Em regra, recolhem *online* informação acerca dos clientes, da sua situação financeira, do seu perfil, dos seus objetivos de investimento, e utilizam esses dados para prestar conselhos ou investir automaticamente os fundos daqueles” (BARBOSA, Mafalda Miranda. *Robots advisors e responsabilidade civil*. In *Revista de Direito Comercial*, 2020b, p. 1).

16. TEFFÉ; AFFONSO, *Op. cit.*, p. 467. Confira-se, a respeito, o caso que envolve a rede estadunidense de lojas de departamentos *Target*. Com o objetivo de dirigir comunicação específica para um público consumidor constituído por jovens grávidas e famílias com filhos recém-nascidos, a rede de lojas passou a mapear os hábitos de compra dos seus clientes, de modo a identificar a mudança no perfil do consumo que coincidissem com o enquadramento no perfil alvo da sua campanha. Nesse contexto, uma adolescente de aproximadamente 15 anos passou a receber materiais publicitários com foco em produtos para grávidas, o que chegou ao conhecimento do seu pai. Este, então, dirigiu-se à loja para reclamar do estímulo à gravidez de sua filha, tendo posteriormente descoberto que ela estava, de fato, gestante. A situação chamou a atenção por conta do prévio conhecimento da loja, relativamente ao pai, da gravidez da jovem. Mais detalhes sobre o caso podem ser encontrados em <https://www.nytimes.com/2012/02/19/magazine/shopping-habits.html>.

local de residência, grau de escolaridade, *status* de relacionamento, locais de formação acadêmica, perfil familiar etc. podem ser muito úteis para fins de precificação, modelagem dos planos de contratação de produtos e/ou serviços ofertados no mercado, dentre outros. Há, pois, um direcionamento dos algoritmos e das vendas segundo determinados critérios fixados pelos seus desenvolvedores<sup>17</sup>.

A inteligência artificial ainda pode ser usada, internamente, pelas empresas, para fins de aprimoramento da cibersegurança, cuidados com a saúde das pessoas, automações nos processos de contratação e desligamento de profissionais<sup>18</sup>, pesquisas de satisfação e respostas a demandas de consumidores, cobrança de dívidas, elaboração de propostas comerciais e gestão das finanças do negócio<sup>19</sup>.

Como se observa a partir dos exemplos até então citados, o uso de inteligência artificial pelas empresas é uma realidade, o que, conforme detalhado, sujeita pessoas ao risco de sofrer danos em decorrência das decisões autônomas dos *softwares* inteligentes. Tais prejuízos podem ser causados a terceiros estranhos à sociedade empresária – caso em que a própria sociedade deverá ressarcir-los – ou diretamente a esta – caso em que haverá que se investigar o processo de tomada de decisão sobre a contratação e/ou desenvolvimento da inteligência artificial, a fim de se apurar as devidas responsabilidades.

17. As principais redes sociais, a exemplo de *Facebook* e *Instagram*, ao oferecerem aos seus usuários a possibilidade de patrocinarem suas publicações com o objetivo de alcançar determinado público-alvo, disponibilizam o conteúdo patrocinado de acordo com as definições dos seus algoritmos. Não são os usuários que escolhem o conteúdo publicitário ao qual terão acesso, nem o contratante da publicidade patrocinada quem escolhe, individualmente, os seus destinatários, mas o próprio programa que disponibiliza tais peças para os usuários de acordo com o seu perfil, traçado em conformidade com os dados dos quais é titular e cujo tratamento é amplamente realizado por outras empresas.

18. A Amazon é uma das empresas que já fez uso de inteligência artificial para fins de eleição dos seus trabalhadores que serão desligados. O seu sistema leva em conta métricas como quantidade e tempo de entregas, jornada de trabalho, assiduidade etc. É certo, no entanto, que questões como possíveis engarrafamentos, locais de entrega mais distantes do ponto de coleta, tempo de fila nos pontos de coleta, dentre outras, não são consideradas pelos algoritmos, o que acaba por propiciar, em muitas situações, despedimentos ilícitos com consequente prejuízo para a sociedade empresária. A esse respeito, confira-se <https://olhar00digital.com.br/2021/06/29/pro/amazon-flex-demitte-funcionarios-por-algoritmo/>.

19. TEFFÉ; AFFONSO, *Op. cit.*, p. 468.

Assim, considerando o papel fundamental dos administradores na tomada de decisão pelas sociedades empresárias, passar-se-á a estudar o modo como tal função deve ser exercida a partir das prescrições normativas existentes no sistema jurídico vigente, de modo a se apurar se, e em que medida, podem eles ser considerados responsáveis, perante as sociedades que gerem, por prejuízos sofridos por estas (seja diretamente, seja indiretamente por conta da assunção de responsabilidade perante terceiros)

### 3. DEVER DE ZELO NA ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE E A GOVERNANÇA DE ALGORITMOS

Conforme estabelecido no tópico anterior, a utilização da inteligência artificial pelas sociedades empresárias – tanto o seu desenvolvimento para fins econômicos, quanto a sua utilização para otimização dos processos internos – traz consigo um risco inafastável de causação de danos, dada a autonomia decisória dos sistemas, que se recrudescem na medida em que avançam as técnicas de *machine learning* e *deep learning*. E não menos certo é que, se tal risco não pode ser descartado, há medidas adequadas para a diminuição da probabilidade de sua concretização ou, subsidiariamente, do seu potencial lesivo.

Nesse contexto, impende analisar o papel dos administradores das sociedades como agentes responsáveis pelo controle da utilização da inteligência artificial na atividade empresária. É sabido que o Direito positivo lhes impõe, em geral, deveres de cuidado e lealdade perante as sociedades que apresentam; mas o seu estudo deve abranger, para além do conteúdo dogmático, também os desdobramentos que se verifica diante do particular problema de pesquisa sobre o qual se debruça neste trabalho.

#### 3.1. Densificação dos deveres de cuidado e lealdade

O administrador de uma sociedade empresária encontra-se, no exercício da administração, obrigado ao cumprimento dos deveres de cuidado e lealdade. No Brasil, tais deveres são previstos inicialmente no Código Civil, cujo art. 1.011 estabelece, no regime das sociedades simples (subsidiariamente aplicável às sociedades limitadas), que “o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração



de seus próprios negócios”. Em redação muito semelhante, o art. 153 da Lei das Sociedades Anônimas também prescreve o dever de cuidado e diligência a ser observado pelos administradores. O dever de lealdade, por sua vez, encontra guarida no art. 155 da Lei das Sociedades Anônimas, sem correspondência no Código Civil<sup>20</sup>. É certo que a previsão legal de tais deveres é prescindível, visto que poderiam ser considerados simples desdobramentos da cláusula geral de boa-fé objetiva, no contexto específico da administração das sociedades. A consagração em sede legislativa, porém, serve aos propósitos de eliminar dúvidas a respeito da sua existência e de auxiliar na fixação dos seus contornos.

Importa ter em vista, nesse particular, o papel desempenhado pelo administrador de uma sociedade empresária. Com efeito, trata-se de figura que constitui o veículo material de manifestação da vontade da pessoa jurídica, atuando na qualidade de presentante – a tese de que a sociedade lhe outorga um mandato para praticar atos em seu nome, como um representante, esvaziaria de sentido a atribuição de personalidade às pessoas jurídicas, dada a sua incapacidade de manifestar vontade em seu próprio nome<sup>21</sup>.

Assim, por apresentar a pessoa jurídica, o administrador deve agir sempre em conformidade com o específico interesse desta. Não é o administrador titular de um poder, mas de um dever de gestão com vistas ao sucesso do empreendimento perante a sociedade que apresenta, o qual tem um conteúdo amplo e geral que vai além dos deveres apenas de cuidado e lealdade<sup>22</sup>, que surgem como seus consecutórios. Tal dever de gestão, que se desdobra em diversos outros que lhe concretizam, se origina da fideiúca depositada no administrador, instaurando-se

o binômio “poder sobre patrimônio alheio / confiança” entre aquele e a sociedade que gere<sup>23</sup>.

Dito isto, cumpre avaliar o conteúdo e a extensão dos deveres de cuidado e lealdade em questão, o que, sob a perspectiva dogmática, será feito com base no texto da lei portuguesa, que se reveste de mais densidade a respeito do assunto – embora todas as conclusões a seguir alcançadas sejam perfeitamente compatíveis e, portanto, aplicáveis ao sistema jurídico brasileiro. Relativamente ao dever de cuidado, traduz-se na disponibilidade, na competência e no conhecimento da atividade exercida pela sociedade por parte do administrador, a quem compete empregar, segundo a lei, a “diligência de um gestor criterioso e ordenado”.

A previsão normativa é deveras ampla e multifacetada, devendo a sua interpretação partir de um arquétipo geral de “gestor criterioso e ordenado”, que busca superar as dificuldades impostas ao êxito da sociedade, para alcançar os pormenores da revelação da disponibilidade, competência e conhecimento da atividade social<sup>24</sup>. Trata-se, inelutavelmente, de uma cláusula geral, dada a indeterminação dos conceitos utilizados no texto da lei, bem como das consequências advindas do seu descumprimento<sup>25</sup>.

Nesse particular, entende-se por (i) disponibilidade a presença ativa do administrador nos processos de tomada de decisões da sociedade, a fim de assegurar que as medidas adotadas ajudarão de fato a concretizar o melhor interesse desta; (ii) competência técnica o conhecimento das melhores práticas

20. Em Portugal, há previsão dos mesmos deveres ora sob análise. Assim o determina, expressamente, o artigo 64º, do Código das Sociedades Comerciais, em suas alíneas “a” e “b”.

21. “Os administradores são, assim, aqueles que manifestam a vontade da sociedade anônima, não como representantes, mas como a própria sociedade” (CAMINHA, Uinie. *Responsabilidade de administradores em sociedades anônimas*. In Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Tomo IV – Direito Comercial (coord. Fábio Ulhôa Coelho e Marcus Elidius M. de Almeida). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018, p. 4).

22. PINTO, Filipa Nunes. *A responsabilidade civil dos administradores das sociedades* – a concretização dos deveres legais que origina essa responsabilidade. In Revista de Direito das Sociedades, 2015, n. 01, p. 87. Prossegue a autora, afirmando que “ao administrador não cabe um simples dever de *cuidado*, mas o dever de *cuidar* da sociedade – ou seja, o dever de tomar conta, de assumir, o interesse social. É esse o seu dever específico” (Idem, p. 88).

23. CAMINHA, *Op. cit.*, p. 5. Diante de tal fundamentação, adere-se ao argumento suscitado por Vânia Patrícia Magalhães, para quem o administrador de fato – assim entendido aquele que, embora atuante no seio da sociedade, exercendo as funções típicas da administração, o faz sem base em qualquer título ou com base em título insuficiente – também se vincula a esses deveres, submetendo-se, ademais, às mesmas regras de responsabilidade na hipótese do seu descumprimento (MAGALHÃES, Vânia Patrícia Filipe. *A conduta dos administradores das sociedades anônimas: deveres gerais e interesse social*. In Revista de Direito das Sociedades, 2009, n. 02, p. 380-384.

24. Esse é o modelo interpretativo proposto em PINTO, *Op. cit.*, p. 90.

25. “Como cláusula geral, o dever de diligência apresenta grande fluidez, que decorre da impossibilidade da previsão completa de todas as consequências e subdeveres dos gestores, especialmente quando se está diante de sociedades empresárias, devido à assunção de riscos que é inerente à atividade empresarial” (FRAZÃO, Ana. *Responsabilidade civil de administradores de sociedades empresárias por decisões tomadas com base em sistemas de inteligência artificial*. In Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade (coord. Ana Frazão e Caitlin Mulholland). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 501).

de gestão empresarial, com foco no segmento econômico explorado pela sociedade administrada; e (iii) conhecimento da atividade social a busca por um maior envolvimento no cotidiano da empresa, de modo a conhecer as suas peculiaridades e levá-las em consideração no cumprimento do dever de gestão que compete ao administrador<sup>26</sup>.

É importante ter em vista, aqui, a dissociação dos conceitos de competência técnica e de perícia técnica. Ora, não seria sequer razoável exigir do administrador o conhecimento aprofundado de todas as peculiaridades que envolvem o negócio por ele gerido, máxime no contexto da sociedade da informação, em que as especialidades têm se multiplicado e levado a uma maior robustez teórica das diferentes áreas de gestão de um negócio – a exemplo de finanças, controladoria, recursos humanos, marketing, tecnologia da informação etc. Impõe-se, no entanto, ao administrador uma diligência gerencial que lhe permita antever possíveis lacunas de seu conhecimento e, a partir de tal detecção, contratar profissionais especialistas na área do conhecimento necessário à solução do problema empresarial<sup>27</sup>.

Demanda-se, pois, do administrador de uma sociedade empresária, em jeito de síntese, a partir do detalhamento da noção de “gestor criterioso e ordenado”, uma participação ativa na condução dos negócios da empresa, com a busca constante por informações que subsidiem as decisões a serem tomadas no aspecto gerencial<sup>28</sup>. Com isso, a tendência será de maior amadurecimento dos atos praticados e, conseqüentemente, de uma maior aproximação dos interesses da sociedade<sup>29</sup>. MENEZES CORDEIRO

elucida, a respeito da matéria, em uma abordagem que leva em conta não apenas os aspectos procedimentais, mas igualmente a orientação para os fins econômicos da sociedade, que os deveres de cuidado

[...] se reportam, genericamente, ao desenvolvimento de um esforço adequado (designadamente informativo) e a uma correção técnica da actuação dos administradores, segundo critérios de racionalidade económica.<sup>30</sup>

A doutrina, didaticamente, subdivide em quatro categorias os deveres de cuidado, todas relacionadas a uma condução ativa da empresa pelo administrador, a saber: vigilância e controle das atividades exercidas pela sociedade; apuração diligente das informações obtidas de sujeitos internos ou externos à sociedade; busca por informações adequadas no curso do processo decisório; e tomada de decisões razoáveis e em atenção ao interesse social<sup>31</sup>. Registre-se, porém, que em decorrência do risco inerente a qualquer empreendimento, os deveres de cuidado não impõem ao administrador qualquer obrigação de resultado, mas tão-somente de meio, de modo que não respondem pelo insucesso de eventuais decisões tomadas após uma diligente e ponderada avaliação das suas conseqüências<sup>32</sup>.

De seu lado, os deveres de lealdade traduzem-se em manifestações da confiança depositada pela pessoa coletiva no seu administrador, normalmente consistentes em manifestações omissivas deste<sup>33</sup>, o que abrange as proibições “de concorrência, de aproveitamento dos negócios, de utilização de informações, de parcialidade e outros”<sup>34</sup>. Aqui, o

26. PINTO, *Op. cit.*, p. 90-92.

27. PINTO, *Op. cit.*, p. 91-92. Não possuindo tal capacidade de, tempestivamente, socorrer-se do auxílio de experts em matéria de interesse da sociedade, o administrador deve renunciar à sua posição, sob pena de se colocar em risco de imputação de responsabilidade por falta de diligência (MAGALHÃES, *Op. cit.*, p. 388-389).

28. PINTO, *Op. cit.*, p. 95. O dever de diligência, aponta Menezes Cordeiro, foi consagrado pelo legislador português como uma efetiva regra de conduta (CORDEIRO, António Menezes. *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*. In Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Vol. II, setembro/2006. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades>. Acesso em: 10.01.2022).

29. Nesse sentido, se debruçando sobre a regulação das sociedades anônimas no sistema jurídico brasileiro: “Tal diligência, conforme determina o art. 154 (finalidade das atribuições e desvio de poder), deve conduzir os atos de administração ao interesse da companhia na realização de seu objeto, além de observar o bem público e a função social da empresa. Assim, a Lei determina a vinculação dos

atos do administrador aos fins sociais” (CAMINHA, *Op. cit.*, p. 7).

30. CORDEIRO, *Op. cit.*

31. MAGALHÃES, *Op. cit.*, p. 390.

32. FRAZÃO, *Op. cit.*, p. 503; e RAMOS, Gabriel Freire Silva. *A business judgement rule e a diligência do administrador criterioso e ordenado antes da reforma do CSC*. In Revista de Direito das Sociedades, 2013, n. 04, p. 851-852. Como sabido, “a obrigação de meio é aquela em que devedor se obriga a empreender sua atividade, sem garantir, todavia, o resultado esperado”. Já na obrigação de resultado, “o devedor se obriga não apenas a empreender a sua atividade, mas, principalmente, a produzir o resultado esperado [...]” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 276).

33. “Grande parte das manifestações do dever de lealdade assumem conteúdo negativo, constituindo obrigações de *non facere*, no sentido de o administrador não actuar contra o interesse social em detrimento de interesses alheios, seus ou de terceiros” (MAGALHÃES, *Op. cit.*, p. 399).

34. CORDEIRO, *Op. cit.* Tais deveres são reconhecidos de modo praticamente consensual em sede doutrinária. Vide, a

administrador deve agir de forma proba e honesta, tendo em vista os interesses da sociedade (coincidentes com os dos sócios, em primeiro lugar), nomeadamente no que concerne à sua conservação e rentabilidade<sup>35</sup>. Dessa forma, a conduta leal contribui para um melhor resultado do empreendimento, impondo ao administrador uma proibição do auferimento de vantagem em prejuízo da sociedade, respeitando os ativos – mesmo aqueles de natureza intangível – que a ela pertencem<sup>36</sup>.

Em certa medida, os deveres de lealdade importam em um cuidado com a sociedade empresária – trata-se, contudo, de cuidado distinto, aqui voltado à proteção da empresa contra interferências indevidas voltadas à promoção de interesses pessoais em detrimento dos sociais. Com efeito, busca-se vedar, entre outros comportamentos, a concorrência desleal, o aproveitamento de negócios iniciados pela sociedade, a utilização para fins indevidos de informações sigilosas e a atuação em conflito de interesses.

Sem se descuidar dos deveres de lealdade, merecem destaque, para o efeito do objeto deste estudo, os deveres de cuidado, que mais proximamente se relacionam com as questões relacionadas ao desenvolvimento e/ou à contratação de sistemas dotados de inteligência artificial pelas sociedades empresárias<sup>37</sup>. Nesse sentido, a seguir serão analisadas a existência e a medida de um dever de governança específica dos algoritmos utilizados por uma sociedade empresária, a ser cumprido pelos seus administradores.

### 3.2. A governança algorítmica como manifestação do dever de cuidado

A busca pela promoção da conformidade de uma sociedade empresária com a legislação e demais normas jurídicas incidentes sobre a sua atividade econômica, bem como com as melhores práticas estabelecidas no mercado em que atua, constitui um dos principais desdobramentos dos deveres de cuidado, revelando uma atuação diligente por parte dos seus administradores<sup>38</sup>. Um gestor comprometido com a proteção da empresa decerto buscará conduzi-la em uma direção que resulte num menor

potencial de concretização de riscos a partir da adoção de fluxos e processos internos uniformes.

Destaca-se, nesse íterim, a busca pela implementação, no seio das sociedades comerciais, de um sistema de governação (também conhecido como governança corporativa), o qual, embora não se defina em linguagem jurídica, abrange um conjunto de normas que têm por objetivo a efetivação de uma gestão empresarial responsável<sup>39</sup>, atenta às especificidades do negócio e a elas ajustada<sup>40</sup>, com vistas ao sucesso do empreendimento e à sua adequação aos ditames jurídico-normativos. Trata-se de modelo que pode ser adotado por todas as sociedades empresárias, independentemente do seu porte.

O sistema de governança corporativa é pautado por quatro princípios, a saber: (i) transparência, de modo a atrair confiança e credibilidade aos negócios que o adotam, mediante o fornecimento de informações a respeito das decisões tomadas para além das exigências legais; (ii) equidade, traduzido na imposição de um tratamento justo e isonômico a todos os *stakeholders* da sociedade; (iii) prestação de contas, com a assunção de responsabilidade pelos seus atos e decisões; e (iv) responsabilidade corporativa, pautado no dever de zelo pela sustentabilidade do negócio, com atenção a questões de ordem social e ambiental<sup>41</sup>. Com isso, o que se pretende é o estabelecimento de empresas que gerem riqueza a longo prazo, possuindo processos internos de controle e apuração de responsabilidade nos casos em que eventualmente seja causado algum dano no curso das suas atividades.

Conforme leciona ARNALDO BORGES NETO, a implementação da governança corporativa produz, dentre outros, os efeitos de “organizar os sistemas decisórios, gerencial e patrimonial” e “evitar um maior grau de exposição a riscos de mercado”<sup>42</sup>.

propósito, com mais detalhamentos: PINTO, *Op. cit.*, 97-101; e MAGALHÃES, *Op. cit.*, p. 395-403.

35. PINTO, *Op. cit.*, p. 101.

36. CAMINHA, *Op. cit.*, p. 8.

37. FRAZÃO, *Op. cit.*, p. 500.

38. Nesse sentido, confira-se FRAZÃO, *Op. cit.*, p. 504.

39. CORDEIRO, *Op. cit.*

40. Os deveres associados à implementação de um sistema de governança corporativa não têm previsão legal, mas atendem a uma ideia geral de gestão diligente e responsável. Como afirma Menezes Cordeiro, “a grande vantagem do governo das sociedades é a sua natureza não legalista. Lidamos com regras flexíveis, de densidade variável, adaptáveis a situações profundamente distintas e que não vemos como inserir num Código de Sociedades Comerciais” (CORDEIRO, *Op. cit.*).

41. BORGES NETO, Arnaldo de Lima. *Da Corporate Governance à governança familiar: um contributo à aplicação dos princípios da governança corporativa e seus instrumentos às sociedades empresárias de responsabilidade limitada brasileiras de estrutura familiar*. In Revista de Direito das Sociedades, 2016, n. 01, p. 165-166.

42. BORGES NETO, *Op. cit.*, p. 166.

Nesse contexto, importa verificar a pertinência do sistema de governança para a definição dos parâmetros de gestão das atividades de desenvolvimento e/ou contratação, por sociedades empresárias, de sistemas dotados de inteligência artificial.

Sabe-se que no atual estágio de seu desenvolvimento, a inteligência artificial se reveste de autonomia decisória, o que implica em uma inafastável imprevisibilidade dos comandos a serem por si executados. Isso porque, a partir das interações com o ambiente externo em cotejo com a base de dados imputada no sistema inteligente, pelas técnicas de *machine learning* e *deep learning*, este pode estabelecer critérios de tomada de decisão diversos daqueles inicialmente programados pelo seu desenvolvedor.

Em adição à autonomia, caracteriza-se ainda a inteligência artificial, hodiernamente, pela sua opacidade, isto é, pela falta de transparência associada aos seus processos de desenvolvimento, supervisão e aprendizagem. É certo que, diante da diversidade de atores inseridos na sua cadeia de fornecimento, até mesmo os seus desenvolvedores, por vezes, desconhecem aspectos relacionados ao sistema – o que se agrava na perspectiva do usuário, que pouco conhece dos métodos de criação e funcionamento dos *softwares* que utiliza, sujeitando-se a uma posição de vulnerabilidade e maior susceptibilidade ao sofrimento de danos.

Diante disso, é imperioso estabelecer um mecanismo capaz de minimizar os impactos nocivos que podem advir do uso em maior escala da inteligência artificial – trata-se da denominada governança algorítmica, que se traduz justamente na implementação de um conjunto de medidas e procedimentos internos em uma empresa com vistas à redução do potencial lesivo das decisões autônomas de sistemas inteligentes, cuja construção, na esteira do que já se pontuou anteriormente neste trabalho, é pautada no desenvolvimento de algoritmos. Tal governança deve estabelecer padrões de controle e supervisão relativamente a ambas as atividades de desenvolvimento e contratação, perante terceiros, da inteligência artificial<sup>43</sup>.

43. “As empresas particulares devem abordar o uso de algoritmos dentro de padrões estabelecidos (se os seus clientes estiverem numa posição tal que possam evitar o uso de algoritmos arriscados embutidos em seus *softwares*, serviços e produtos), contanto que haja transparência e responsabilização em níveis adequados. Para que funcione sistematicamente, essa abordagem da iniciativa privada deve ser parte da organização interna” (DONEDA, Danilo; ALMEIDA, Virgílio. *O que é a governança de algoritmos?*

Um modelo de governança de algoritmos deve levar em conta os princípios basilares da governança corporativa acima expostos, contribuindo para uma gestão transparente (com busca e fornecimento de informações sobre a inteligência artificial em questão), equitativa (com um tratamento justo e adequado dos sujeitos impactados pela inteligência artificial utilizada pela sociedade comercial), audível (com um método capaz de tornar compreensível a inteligência artificial e os critérios utilizados para a sua programação) e responsável (com um conjunto de medidas destinadas a evitar, na máxima medida possível, a causação de danos, e de imputar responsabilidade aos agentes que porventura o fizerem)<sup>44</sup>.

A preocupação com a implementação de modelos eficientes de governança algorítmica já tem alcançado inclusive muitas das instituições públicas responsáveis pela regulação da matéria, como é o caso do Parlamento e do Conselho Europeus, que em sua proposta de regulamento da inteligência artificial datada de abril de 2021 fixaram diversos deveres de governança a serem cumpridos por quem desenvolve e/ou fornece, interna ou externamente, sistemas inteligentes de risco elevado. Assim, todos os *softwares* que atuem perante os sistemas de saúde, educação, defesa da soberania, ou que tenham potencial para causar danos à integridade física humana, dentre outros reconhecidos como de risco elevado pela proposta de regulamento<sup>45</sup>, devem ser

Disponível em: <https://www.politics.org.br/edicoes/o-que-%C3%A9-governan%C3%A7a-de-algoritmos>. Acesso em 03.01.2022).

44. Veja-se, no mesmo sentido: DONEDA; ALMEIDA, Ob. Cit; e SEIXAS, Maria Clara de Souza. *Governança algorítmica*. Disponível em: <https://www.4s.adv.br/blog/governanca-algoritmica>. Acesso em: 04.01.2022. Esta autora destaca, inclusive, a importância do cuidado com a precisão das informações de que se alimenta a inteligência artificial, com vistas a um mais adequado estabelecimento de critérios decisórios: “O problema surge quando para alimentar o algoritmo são utilizadas informações distorcidas ou descontextualizadas, dados privados e sensíveis e informações sem os devidos filtros subjetivos. Na decisão automatizada muitas vezes não se tem controle humano sobre os recortes que deveriam ser aplicados e com isso não se garante a qualidade do resultado da decisão”.

45. A Resolução aprovada pelo Parlamento Europeu em 2020 define com clareza o que se entende por sistema de inteligência artificial de risco elevado, sendo tal matéria trazida à luz pela proposta de regulamento sob análise. Ali, são considerados sistemas de inteligência artificial de risco elevado aqueles que têm como objeto: a identificação biométrica e a categorização de pessoas singulares; a gestão e o funcionamento de infraestruturas críticas (a exemplo do abastecimento de água, gás e eletricidade); a educação e a formação profissional; a gestão de trabalhadores e o acesso ao emprego; o acesso a serviços e prestações públicas essenciais, bem como o usufruto dos mesmos; a

desenvolvidos e/ou fornecidos com a observância a medidas que envolvem, por exemplo, a gestão de riscos, a boa governança de dados pessoais, o registro documentado dos códigos de programação utilizados, a transparência com os utilizadores do *software*, a segurança, a proteção contra invasões de terceiros não autorizados a implementação de um sistema de gestão da qualidade e a cooperação com as autoridades reguladoras<sup>46</sup>.

Busca-se, com isso, evitar, na máxima medida possível<sup>47</sup>, que prejuízos sejam causados pelas decisões autônomas dos sistemas dotados de inteligência artificial. E, na condição de responsáveis pela tomada de decisão nas sociedades comerciais, os administradores, em observância sobretudo aos seus deveres de cuidado, devem se envolver no processo de desenvolvimento e/ou contratação da inteligência artificial, providenciando as informações e a auditoria necessárias para se certificarem da segurança do *software*, nos limites das possibilidades técnicas e práticas<sup>48</sup>.

#### 4. RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES POR DANOS CAUSADOS PELOS SISTEMAS DOTADOS DE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Conforme se observou anteriormente, impõe-se à figura do administrador da sociedade o estabelecimento de um sistema de governança da inteligência artificial de que a empresa faz uso, o que se extrai da mais adequada compreensão dogmática dos seus deveres de cuidado. O zelo, a diligência, a

manutenção da ordem pública; a gestão da migração, do asilo e do controle das fronteiras; e a administração da justiça e processos democráticos.

46. Os fornecedores de tais sistemas, nos termos de proposta de Regulamento, devem cumprir deveres diversos, dentre os quais se destacam a implementação de um sistema de gestão de riscos e da qualidade e de governação de dados; a produção de documentação técnica a respeito do funcionamento do sistema e a manutenção de registros das suas atividades; a prestação de informações detalhadas aos utilizadores; a supervisão humana do funcionamento e, em geral, das decisões tomadas autonomamente pelos sistemas; a adoção de medidas voltadas à segurança do sistema e sua solidez, sobretudo frente a possíveis ataques externos; e a avaliação periódica da conformidade. Recomenda-se, a propósito, a leitura do inteiro teor dos artigos 8º a 23º da proposta de regulamento.
47. Ressalvada, evidentemente, a natureza imprevisível das decisões tomadas pelos *softwares* inteligentes, o que decorre da sua intrínseca autonomia, sobre a qual já se tratou no curso deste trabalho.
48. Confira-se FRAZÃO, *Op. cit.*, p. 505-507.

procura por informações e até mesmo o recurso a profissionais da tecnologia são indispensáveis no processo de desenvolvimento e/ou contratação de *softwares* inteligentes, havendo que se discutir, concretamente, se e em que medida é adequado lhes imputar responsabilidade por eventuais danos resultantes do seu descumprimento.

É o que se fará neste capítulo, com foco na responsabilidade do administrador perante a sociedade empresária por si dirigida, nos casos em que esta sofra prejuízos diretamente, ou em caráter regressivo, quando lhe seja imputado o dever de indenizar terceiros pelos danos decorrentes de decisões autônomas de sistemas dotados de inteligência artificial por si contratados e/ou desenvolvidos<sup>49</sup>.

#### 4.1. O regime geral de responsabilidade subjetiva

No que diz respeito às sociedades empresárias que integram a cadeia de fornecimento de sistemas dotados de inteligência artificial de risco elevado, é cabível falar-se, em certas situações, da incidência do regime de responsabilidade objetiva – aquele que, contrapondo-se ao da responsabilidade subjetiva, dispensa a verificação da culpa para a sua configuração, normalmente por conta da realização de uma atividade de risco, assim definida por cada sistema jurídico<sup>50</sup>. É que, mesmo sendo observados

49. Como leciona Fábio Ulhoa Coelho: “O descumprimento dos deveres legais pelos administradores pode gerar dano a qualquer pessoa. Os investidores do mercado de capitais podem sofrer prejuízo pela omissão da informação de fato relevante, parceiros comerciais da companhia podem perder oportunidades se o administrador não for diligente etc. Na maioria das vezes, no entanto, será a própria companhia a diretamente prejudicada pela inobservância de dever legal, caso em que, indiretamente, os danos atingirão os interesses e o patrimônio dos acionistas” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Sociedades*. São Paulo: Saraiva, Volume 2, 16ª ed., 2012, p. 291).

50. Inclusive, os elementos informadores da responsabilidade civil objetiva se revelam presentes no contexto da causação de danos por decisões autônomas de sistemas dotados de inteligência artificial, a saber: solidariedade, na medida em que se imputa o dever de indenizar ao agente que obteve um benefício com a tecnologia causadora do dano o dever de ressarcir-lo; prevenção, visto que o conhecimento a respeito da imputação de responsabilidade acaba demandando dos fornecedores da inteligência artificial mais cuidado e zelo no desenvolvimento da tecnologia; e equidade, ao garantir à vítima do dano, em situação de vulnerabilidade, uma indenização pelos danos suportados (ORGANIZAÇÃO DIREITO RIO. *Teoria geral da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008, p. 134-138). Há, porém, entendimento contrário ao ora exposto. No Brasil, o Projeto de Lei nº. 21, de 2020, no seu art. 6º, inciso VI, estabelece o regime da responsabilidade subjetiva e fixa o dever do fornecedor da inteligência artificial de

o conhecimento científico e a melhor técnica disponíveis, a autonomia decisória dos *softwares* dotados de inteligência artificial possibilita a causação de danos<sup>51</sup>, o que, no caso de adoção do modelo de responsabilidade subjetiva, levaria a uma inocorrência do dever de reparar o dano nos casos em que os integrantes da cadeia de fornecimento da tecnologia, mesmo assumindo os riscos de sua atividade, demonstrassem que agiram com a cautela necessária para a disponibilização do sistema no mercado.

Sucedem que o risco inerente às atividades exercidas pelas sociedades empresárias não coincide com aquele característico das funções que competem aos seus administradores. Isso porque, embora o administrador presente a sociedade, atuando como o veículo pelo qual a vontade desta se exterioriza, as duas figuras são dotadas de personalidade jurídica própria e, portanto, diversas em termos de imputação de responsabilidade pelos atos praticados. Dessa forma, não é adequado transferir para o administrador o risco da atividade da sociedade<sup>52</sup>.

Entende-se, portanto, que o administrador deve responder apenas pelos danos que advierem do descumprimento dos deveres que lhe são atribuídos por lei ou pelo estatuto ou contrato social, como é o caso dos deveres de cuidado, já analisados neste trabalho, cuja violação resulta em uma atuação culposa<sup>53</sup>. Embora a lei brasileira não trate

expressamente desse assunto, é exatamente nesse sentido a previsão do art. 72º, nº. 1, do Código das Sociedades Comerciais de Portugal, segundo o qual os administradores

[...] respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa.

A conexão entre as prescrições dos artigos 64º, nº. 1, letra “a”; e 72º, nº 1, do diploma normativo lusitano sob análise, permite concluir pela natureza subjetiva da responsabilidade do administrador perante a sociedade comercial. É saber: se a lei impõe deveres específicos a serem observados, dentre os quais aqueles de cuidado, o administrador será responsabilizado quando, por falta de zelo e diligência (ou, nos termos da legislação, por *falta de cuidado*), tomar decisões que venham a resultar em prejuízos para a sociedade<sup>54</sup>.

Cumpra, ainda, chamar a atenção para o caráter presumido da responsabilidade subjetiva, o que interfere sobretudo nas regras de distribuição do ônus probatório<sup>55</sup>. Com efeito, caberá ao administrador, se e quando demandado pela sociedade (por deliberação dos sócios, conforme disposto no artigo 75º. do Código das Sociedades Comerciais), diretamente ou no exercício do direito de regresso que lhe cabe, produzir a prova do cumprimento dos deveres de cuidado, o que reforça o caráter propositivo da norma de conduta sob estudo, que exige dos administradores intervenções ativas em vez de simples abstenções no exercício da direção da atividade empresarial.

Um exemplo pode ser elucidativo sobre a matéria: suponha-se que um veículo totalmente autônomo, conduzido por um sistema operacional inteligente, seja alugado por uma empresa para uso destinado ao transporte dos seus trabalhadores,

---

observar as melhores práticas e o conhecimento científico disponíveis no momento da disponibilização da tecnologia no mercado. Nesse sentido, ao qual não se adere neste trabalho, sustenta-se que o regime da responsabilidade subjetiva se mostra mais compatível com os deveres de gestão de riscos e diligência para a minimização de danos que são atribuídos ao fornecedor da inteligência artificial, ao passo que a responsabilidade objetiva consagrada de forma genérica acabaria deixando de valorizar os atores do mercado que cumprem tais prescrições normativas, tratando todos igualmente e, em certa medida, precificando o risco de causação de danos (CANZIANI, Luísa; BIALER, Ana Paula. *Inteligência artificial e responsabilidade civil*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inteligencia-artificial-responsabilidade-civil-24102021>. Acesso em 25.10.2021).

51. “As características de autonomia e aprendizagem de tais entes dificultam o traçar de fronteira entre os danos que resultam de erro humano e aqueles que são devidos ao próprio algoritmo. O comportamento imprevisível deste, que decide por si como agir, que se desenvolve como resultado de um *deep-learning*, sem controlo humano, torna impossível conexionar um eventual dano que possa eclodir com uma conduta negligente do ser humano” (BARBOSA, *Op. cit.*, 2020a, p. 284). Ressalta-se que mesmo em um regime de culpa presumida o problema persistiria, dada a possibilidade de se provar a adoção dos cuidados no desenvolvimento e na supervisão da inteligência artificial.
52. FRAZÃO, *Op. cit.*, p. 498; e TEFFÉ; AFFONSO, *Op. cit.*, p. 473.
53. CAMINHA, *Op. cit.*, p. 9.10. Assim afirma a autora, tratando das sociedades anônimas no Brasil: “Majoritariamente,

---

afirma-se que a responsabilidade dos administradores é subjetiva, e depende, sempre, da comprovação de culpa ou dolo”. Por outro lado, relativamente às sociedades limitadas que não sejam regidas supletivamente pelas normas previstas na Lei das Sociedades Anônimas, a responsabilidade será pessoal e solidária dos administradores pelos prejuízos causados a terceiros, desde que tenha havido descumprimento de um dever legal (ORGANIZAÇÃO DIREITO RIO. *Sociedades empresárias*. Rio de Janeiro: Editora FGV, Volume 2, 2ª edição, 2011, p. 23).

54. No mesmo sentido, confira-se RAMOS, *Op. cit.*, p. 851-852; e TEFFÉ; AFFONSO, *Op. cit.*, p. 473.
55. BARBOSA, Mafalda Miranda. *Responsabilidade civil dos administradores não executivos: o problema da causalidade*. In Revista de Direito da Responsabilidade, ano 03, 2021b, p. 1154.

e se envolve em um acidente causado por falha do *software* no reconhecimento de um obstáculo. Nesse caso, em seu processo decisório, o sistema acabou por confundir a natureza do obstáculo e, por isso, colidiu com um outro veículo, causando a morte de um dos seus passageiros – justamente o trabalhador da empresa locatária do veículo, que estava sendo conduzido por este. Em uma situação assim, há duas possibilidades teóricas para a responsabilização dos administradores, a serem verificadas concretamente: (i) do administrador da sociedade comercial responsável pelo desenvolvimento do veículo, pela ausência de implementação de um sistema de governança algorítmica capaz de detectar e corrigir possíveis vieses e falhas sistêmicas; e (ii) do administrador da sociedade comercial responsável pela contratação do veículo para uso corporativo, por exemplo, pela violação do mesmo dever de zelo e diligência traduzidos na verificação da documentação técnica do *software*, previamente à conclusão do negócio com o fornecedor.

O exemplo sob análise – como tantas outras ocorrências práticas – pode gerar a percepção de um alargamento excessivo da responsabilidade dos administradores. E de fato, já se adotou, historicamente, nos Estados Unidos, um regime jurídico nesse sentido. Contudo, após se perceber o excesso, e ainda um desestímulo à comercialização de seguros de responsabilidade civil de administradores, foi edificada a teoria do *business judgement rule*, que estabelece limites claros a tal imputação, protegendo a figura do administrador da transferência dos riscos inerentes a qualquer atividade empresarial<sup>56</sup>. Esta será a temática abordada a seguir.

#### 4.2. Risco inerente ao exercício da atividade empresarial e *business judgement rule*

A tese do *business judgement rule* (em tradução livre e literal, regra do julgamento de negócios) foi construída para excluir a responsabilidade dos administradores de sociedades empresárias em casos nos quais a decisão é tomada com base no curso regular dos negócios, e fundada em parâmetros de razoabilidade, mas acaba gerando um dano para a sociedade ou para terceiros, que poderão pleitear desta uma justa indenização. Como afirma MENEZES CORDEIRO, “em casos de negligência, a responsabilidade é excluída quando se mostre que o administrador agiu dentro da razoabilidade dos negócios”<sup>57</sup>.

É saber: agindo o administrador com amparo em uma racionalidade empresarial, imbuído de boa-fé e objetivando satisfazer os interesses da sociedade que gere em um contexto especulativo inerente à atividade econômica desempenhada<sup>58</sup>, não será responsabilizado pelas decisões tomadas no exercício dessa função. Assim, o administrador que age de forma diligente, pautado em subsídios técnicos, cumprindo todos os deveres procedimentais de cuidado que lhe são exigidos, não deve ser considerado responsável por danos decorrentes de suas decisões. Nesse sentido, sendo mais uma vez omissa a legislação brasileira sobre a matéria, cumpre analisar o texto da lei em Portugal, compatível, em linhas gerais, com as diretrizes do nosso sistema jurídico. Assim, estabelece o art. 72º, nº. 2, do Código das Sociedades Comerciais português que será excluída a responsabilidade do administrador se este “provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”.

Trata-se, pois, de regra que, ao mesmo tempo em que exige uma mais profunda rigidez procedimental dos administradores relativamente ao cumprimento dos deveres de cuidado que a lei lhes impõe, limita a sua responsabilidade, evitando excessos que venham a desestimular o apetite para o risco negocial<sup>59</sup>; agrava, porém, a sua posição processual, na medida em que lhe impõe um ônus probatório adicional<sup>60</sup>, reforçando o caráter presuntivo da culpa exigida para a configuração da sua responsabilidade subjetiva.

A *business judgement rule*, nesse contexto, viabiliza a assunção de riscos pelas empresas, o que certamente seria inibido na hipótese de implementação de um sistema rígido e inflexível de responsabilidade dos seus administradores, em que o insucesso do empreendimento resultaria em uma correspondente imputação, a estes, do dever de indenizar. Há, como aponta MAFALDA MIRANDA BARBOSA, um espaço de imunidade para a tomada de decisão por parte dos administradores das sociedades

56. CORDEIRO, *Op. cit.*

57. CORDEIRO, *Op. cit.*

58. CAMINHA, *Op. cit.*, p. 13.

59. LEITÃO, Adelaide Menezes. *Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção*. In Revista de Direito das Sociedades, 2009, n. 02, p. 672-673.

60. PINTO, *Op. cit.*, p. 104-105. Em sentido contrário, Gabriel Ramos sustenta que “quando alguém pretenda pôr em causa o cumprimento do *duty of care* do administrador, terá de provar que aqueles requisitos não estão cumpridos para que o juiz possa apreciar a conformidade da conduta com todo o *standard* próprio do *duty of care*, não apenas os seus aspectos formais” (RAMOS, *Op. cit.*, p. 854).

comerciais, conferindo-se a eles liberdade de agir em consonância com os deveres que lhes são atribuídos por lei<sup>61</sup>.

E no que concerne à inteligência artificial, que em seu atual estágio de desenvolvimento não oferece, ainda, um nível de segurança absolutamente confiável, diante da intrínseca imprevisibilidade das suas decisões autônomas após passar por experiências de aprendizagem, torna-se ainda mais importante conferir uma margem de maleabilidade para os administradores das sociedades desenvolvedoras e/ou contratantes de *softwares* inteligentes. Ressalte-se, ademais, que é legítima tal margem de insegurança e risco no que se refere ao desenvolvimento e contratação da inteligência artificial, pois além de a contratação e o desenvolvimento de inteligência artificial não serem atividades vedadas pelo ordenamento jurídico, há diversos benefícios potenciais e concretos extraídos da sua autonomia decisória (como, apenas a título exemplificativo, se dá com o seu uso pela ciência médica para fins diagnóstico e terapêutico).

Evidentemente, cuidados precisam ter tomados para evitar o agravamento e a concretização desse risco. Como bem leciona ANA FRAZÃO, “não basta ser diligente na escolha do sistema; há de se ser diligente igualmente no acompanhamento do sistema. Trata-se do mesmo raciocínio que justifica que a dimensão organizacional do dever de diligência envolva esforços constantes de acompanhamento e análise de riscos, para fins de devido controle, tal como acontece com os programas de *compliance*”<sup>62</sup>.

Há, portanto, que se averiguar detidamente a natureza e a as finalidades dos sistemas inteligentes desenvolvidos e/ou contratados pelas sociedades comerciais, bem como se estabelecer um fluxo de supervisão contínua e periódica do seu funcionamento<sup>63</sup>, já que os critérios decisórios podem ser automaticamente alterados com o decurso do tempo e novas experiências de aprendizagem. Até mesmo por essa razão, o registro documental das atividades prestadas por uma sociedade comercial que envolvem, de algum modo, o uso da inteligência artificial, é medida que se impõe, a fim de que sempre se possa auditar os atos que lhe digam respeito, preservando-se a possibilidade de imputação de responsabilidade a quem de fato possibilitou,

concretamente, a causação de danos à própria sociedade ou a terceiros.

Importa, também, diante do *business judgement rule*, que os administradores confirmem transparência às suas decisões, de modo a que se possa constatar quais foram os parâmetros norteadores da contratação e/ou desenvolvimento da inteligência artificial<sup>64</sup>. A documentação de tais processos, inclusive a relativa à parte técnica do funcionamento dos sistemas sob análise, seja ela produzida por profissionais que integram a sociedade, ou por auditores externos<sup>65</sup>, deve permanecer arquivada nos registros da sociedade, a fim de demonstrar o cumprimento dos deveres de cuidado por parte da administração, atraindo de forma inequívoca a incidência do já aludido art. 72º do Código Civil português.

## 5. CONCLUSÕES

Percorrido o caminho proposto na introdução a este trabalho, é possível destacar, em jeito de conclusão, alguns dos resultados alcançados, com vistas a uma melhor sistematização da matéria sob estudo.

É indubitável que a utilização de inteligência artificial tem se intensificado e, com isso, também os riscos a ela associados têm se potencializado, nos aspectos quantitativo e qualitativo. Isso porque, com o uso mais massivo dessa tecnologia, mais pessoas, em mais diversas situações concretas, ficam expostas aos seus efeitos – ainda imprevisíveis, dada a autonomia dos *softwares* inteligentes no atual estágio de desenvolvimento –, e em aspectos cada vez mais sensíveis da sua personalidade.

Também as empresas têm feito uso constante da inteligência artificial – não apenas desenvolvendo-a para ofertar ao mercado consumidor, mas igualmente contratando soluções de terceiros para otimizar os seus processos internos, tornando a execução das suas atividades comerciais mais eficientes e rentáveis. Essa realidade, naturalmente, amplia o risco de as sociedades empresárias sofrerem prejuízos, com impacto ao alcance dos seus

61. BARBOSA, *Op. cit.*, 2021b, p. 1156.

62. FRAZÃO, *Op. cit.*, p. 509.

63. FRAZÃO, *Op. cit.*, p. 510-511.

64. “Casos assim, também chamados de *black boxes*, requerem particular atenção e a adoção de outras medidas de explicabilidade, tais como a rastreabilidade, a auditabilidade e a comunicação transparente sobre as capacidades dos sistemas” (FRAZÃO, *Op. cit.*, p. 513). No mesmo sentido, confirma-se TEFFÉ; AFFONSO, *Op. cit.*, p. 475.

65. A contratação de auditores externos pode ser necessária nos casos em que o administrador não se reveste do conhecimento necessário para uma adequada avaliação do sistema. Assim, deve valer-se do auxílio de especialistas para, diligentemente, bem cumprir os seus deveres de cuidado, zelando pelos interesses da sociedade.



fins sociais e potencial comprometimento pessoal e patrimonial de toda a cadeia de *stakeholders* composta por sócios, acionistas, trabalhadores e consumidores.

Nesse contexto, é de fundamental importância compreender os deveres dos administradores das sociedades empresárias, a quem normalmente compete a condução – ou, pelo menos, a supervisão – de todo o processo de contratação e/ou desenvolvimento de inteligência artificial. É certo que eles devem observar os deveres de cuidado previstos em lei, realizando uma gestão zelosa e diligente do negócio, sendo-lhes imposta, concretamente, a adoção de uma sistemática de governança de algoritmos traduzido na análise rigorosa – inclusive com o auxílio de *experts* da matéria, se e quando necessário – dos possíveis efeitos nocivos da inteligência artificial para a empresa e seus *stakeholders*, no registro da documentação técnica a ela associada, na supervisão constante do seu funcionamento para prevenir e minimizar danos, e sobretudo na implementação de medidas de transparência, *accountability* e responsabilidade, de modo a permitir aos sujeitos envolvidos com a sociedade empresária uma fiscalização, auditoria e imputação de sanções àqueles que venham a dar causa a prejuízos.

Trata-se de uma governança desafiadora, sobretudo pela opacidade dos algoritmos, mas não menos certo é que a efetivação de medidas de zelo se faz necessária ante o potencial lesivo da inteligência artificial. E, uma vez descumpridos os deveres cabíveis ao administrador, ser-lhes-á imputada responsabilidade perante a sociedade empresária, na modalidade subjetiva, com presunção de culpa, tendo em vista a violação a uma previsão legal constatada. Caberá, assim, aos administradores os registros de todas as etapas do sistema de governança adotado, para fins de prova do cumprimento dos deveres de cuidado nos casos em que a sociedade comercial lhe demande em uma ação de responsabilidade.

Certo é, porém, que tal regime de imputação de responsabilidade não deve ser rigoroso a ponto de tornar inviável, na prática, a assunção de riscos por parte dos administradores das sociedades comerciais – sob pena de a própria iniciativa econômica restar comprometida, com evidente prejuízo ao desenvolvimento de soluções inovadoras, em especial no mercado de tecnologia. Por essa razão, é fundamental a observância à regra do *business judgement rule*, pela qual o administrador, agindo em boa-fé e pautado em padrões de racionalidade empresarial, tendo evidenciado o cumprimento dos deveres de cuidado, não será responsável perante a sociedade

pelos danos que esta porventura venha a sofrer. Garante-se, assim, uma margem de liberdade responsável aos gestores de empresas, preservando-se o risco inerente à atividade comercial e, ao mesmo tempo, preservando-se um ambiente propício ao desenvolvimento de novas soluções corporativas.

## REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Mafalda Miranda. *O futuro da responsabilidade civil desafiada pela inteligência artificial: as dificuldades dos modelos tradicionais e caminhos de solução*. In Revista de Direito da Responsabilidade, ano 02, 2020a, p. 280-326.
- \_\_\_\_\_. *Inteligência artificial, responsabilidade civil e causalidade: breves notas*. In Revista de Direito da Responsabilidade, ano 03, 2021a, p. 605-625.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil dos administradores não executivos: o problema da causalidade*. In Revista de Direito da Responsabilidade, ano 03, 2021b, p. 1142-1184.
- \_\_\_\_\_. *Robots advisors e responsabilidade civil*. In Revista de Direito Comercial, 2020b, p. 1-67.
- BORGES NETO, Arnaldo de Lima. *Da Corporate Governan- ce à governança familiar: um contributo à aplicação dos princípios da governança corporativa e seus instrumentos às sociedades empresárias de responsabilidade limitada brasileiras de estrutura familiar*. In Revista de Direito das Sociedades, 2016, n. 01, p. 131-209.
- CAMINHA, Uinie. *Responsabilidade de administradores em sociedades anônimas*. In Enciclopédia Jurídica da PUCSP – Tomo IV – Direito Comercial (coord. Fábio Ulhôa Coelho e Marcus Elidius M. de Almeida). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.
- CANZIANI, Luísa; BIALER, Ana Paula. *Inteligência artificial e responsabilidade civil*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inteligencia-artificial-responsabilidade-civil-24102021>. Acesso em 25.10.2021.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial – Sociedades*. São Paulo: Saraiva, Volume 2, 16ª ed., 2012.
- CORDEIRO, António Menezes. *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*. In Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Vol. II, setembro/2006. Disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades>. Acesso em: 10.01.2021.
- DONEDA, Danilo; ALMEIDA, Virgílio. *O que é a governança de algoritmos?* Disponível em: <https://www.politics.org.br/edicoes/o-que-%C3%A9-governan%C3%A7a-de-algoritmos>. Acesso em 03.01.2022
- FRAZÃO, Ana. *Responsabilidade civil de administradores de sociedades empresárias por decisões tomadas com*

- base em sistemas de inteligência artificial. In* Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade (coord. Ana Frazão e Caitlin Mulholland). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 481-521.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Inteligência artificial como oportunidade para a regulação jurídica*. Traduzido por Luiz Sander e revisado por Laura Schertel Mendes. *In* Revista de Direito Univille, volume 16, n. 90, novembro-dezembro/2019, p. 11-38.
- LEITÃO, Adelaide Menezes. *Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de proteção*. *In* Revista de Direito das Sociedades, 2009, n. 02, p. 647-679.
- MAGALHÃES, Vânia Patrícia Filipe. *A conduta dos administradores das sociedades anônimas: deveres gerais e interesse social*. *In* Revista de Direito das Sociedades, 2009, n. 02, p. 379-414.
- MEDON, Filipe. *Inteligência artificial e responsabilidade civil: autonomia, riscos e solidariedade*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- ORGANIZAÇÃO DIREITO RIO. *Sociedades empresárias*. Rio de Janeiro: Editora FGV, Volume 2, 2ª edição, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Teoria geral da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2008.
- PINTO, Filipa Nunes. *A responsabilidade civil dos administradores das sociedades – a concretização dos deveres legais que origina essa responsabilidade*. *In* Revista de Direito das Sociedades, 2015, n. 01, p. 85-107.
- RAMOS, Gabriel Freire Silva. *A business judgement rule e a diligência do administrador criterioso e ordenado antes da reforma do CSC*. *In* Revista de Direito das Sociedades, 2013, n. 04, p. 837-858.
- SANTOS, Sarah Ribeiro do Nascimento; PEREIRA, Bruna Tarabossi; GANDRA, Guilherme Góes. *Algoritmos e integração de novas tecnologias ao sistema jurídico*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/algoritmos-e-integracao-de-novas-tecnologias-ao-sistema-juridico-27042019>. Acesso em 03.01.2022.
- SEIXAS, Maria Clara de Souza. *Governança algorítmica*. Disponível em: <https://www.4s.adv.br/blog/governanca-algoritmica>. Acesso em: 01.05.2019.
- SUSART DOS SANTOS, Leonardo Valverde. *Causalidade na responsabilidade civil por danos decorrentes de decisões autônomas de sistemas dotados de inteligência artificial*. *In* Revista de Direito da Responsabilidade, Ano 3, 2022, p. 1005-1047. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2022/causalidade-na-responsabilidade-civil-por-danos-decorrentes-de-decisoes-autonomas-de-sistemas-dotados-de-inteligencia-artificial-leonardo-valverde-susart-dos-santos/>.
- TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; AFFONSO, Filipe José Medon. *A utilização de inteligência artificial em decisões empresariais*. *In* Inteligência Artificial e Direito: ética, regulação e responsabilidade (coord. Ana Frazão e Caitlin Mulholland). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 457-479.
- TEIXEIRA, Tarcísio; CHELIGA, Vinícius. *Inteligência Artificial: aspectos jurídicos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia. *Desafios da inteligência artificial em matéria de responsabilidade civil*. *In* Revista Brasileira de Direito Civil, volume 21, julho-setembro/2019, p. 61-86.

# Reforma trabalhista, o futuro e o acesso à justiça

Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos\*

Renata Osório Caciquinho Bittencourt\*\*

Daniela Cristina Crepaldi\*\*\*

**TITLE:** Labor reform, the future and access to justice

**RESUMO:** O futuro do Acesso à Justiça impactado pela Reforma Trabalhista consiste no problema analisado no presente estudo, realizado pelo método dialético-reflexivo, com ampla revisão bibliográfica. O cenário precarizante e segmentador construído pela Reforma Trabalhista, em contradição aos argumentos que defenderam a sua aprovação, merecem estudo prático dos efeitos sociais construídos pouco mais de 5 anos após a sua promulgação, buscando os motivos da divergência entre o discurso e os resultados produzidos pela norma reformista. O estudo concluiu que a inovação legislativa laboral demonstra incompatibilidade com o sistema constitucional pátrio e com convenções internacionais, sendo necessária a sua revisão para retomada do Estado Democrático de Direito e a construção subsequente de um efetivo Estado de Bem-Estar Social, que parta da premissa da cobertura das necessidades básicas, entrelaçadas com o oferecimento de oportunidade de serviços universais, para que a pessoa humana construa a sua identidade

em um contexto de dignidade e possa conviver no meio social sem a dependência do Estado

**PALAVRAS-chave:** Reforma trabalhista. Acesso à Justiça. Futuro. Estado Democrático de Direito. Estado de Bem-Estar Social.

**ABSTRACT:** The future of Access to Justice impacted by the Labor Reform consists of the problem analyzed in the present study, which took place through the dialectical-reflective method, with an extensive literature review. The precarious and segmenting scenario built by the Labor Reform, in contradiction to the arguments that defended its approval, deserves a practical study of the social effects built almost 5 years after its promulgation, seeking the reasons for the divergence between the discourse and the results produced by the reformist norm. The study concluded that labor legislative innovation demonstrates incompatibility with the country's constitutional system and with international conventions, and its flexibility is necessary for the resumption of the Democratic State of Law, with the construction, from it, of an effective Welfare State. that starts from the premise of covering basic needs, intertwined with offering the opportunity of universal services, so that the human person builds his identity in a context of dignity and can live in the social environment without dependence on the State.

**KEYWORDS:** Labor reform. Access to justice. Future. Democratic state. Welfare State.

---

(\*) Professora Titular e Coordenadora Adjunta do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Doutora em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB) e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-SP. Especialista em Direito Constitucional do Trabalho pela UnB. Pesquisadora integrante dos Grupos de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania (UnB/CNPq) e Direitos Humanos e Relações Sociais (UDF/CNPq). Estágio Pós-doutoral em andamento na Universidade de Valência, Espanha. Assessora da Ministra do Tribunal Superior do Trabalho Delaíde Alves Miranda Arantes.

(\*\*) Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas no Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Pós-Graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. Pós-graduanda em Direito Constitucional Aplicado e em DP e Compliance Trabalhista. Professora titular da Graduação da UNIP – Campus Flamboyant. integrante dos Grupos de Pesquisa Constituição, Trabalho e Acesso à Justiça (UDF/CNPq) e Sindicalismo (UDF/CNPq).

(\*\*\*) Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas pelo Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Especialista em Direito Material, Processual e Coletivo do Trabalho pela PUC-SP. Pesquisadora do Núcleo Trabalho Além do Direito do Trabalho da USP. Pesquisadora da CIELO Laboral.

## 1. INTRODUÇÃO

Após pouco mais de 5 (cinco) anos da promulgação da Reforma Trabalhista, seus reflexos no mundo do trabalho ainda são sentidos de forma significativa e merecem ser estudados. Nesse sentido, o presente trabalho se propõe, pelo método dialético-reflexivo, a compreender seus impactos no Acesso à Justiça, no momento em que se vive e em relação ao futuro.

Certo é que, após novembro de 2017, a seara laboral vem experimentando uma diminuição significativa de direitos sob argumentos de cunho institucional e econômico. Dentre os mais diversos direitos laborais flexibilizados, o Acesso à Justiça foi

destacado porque, dada a sua natureza executiva, seja no tradicional judiciário, seja enquanto realidade de vida experimentada pelo indivíduo, espraia efeitos em diversos outros Direitos Fundamentais.

O artigo buscará compreender, ainda, o papel do trabalho e, por consequência, do Direito do Trabalho, no equilíbrio e na sustentabilidade do pacto social, bem como a sua condição de Direito Humano e, portanto, relegado à categoria fundamental. Procurará, ainda, apresentar os argumentos do discurso neoliberal de um “adorável mundo novo” que perpassa pela relativização do trabalho em busca de um capitalismo sem reciprocidade, em contraponto com a perspectiva Constitucionalista Humanista, em uma interpretação ampla pela sociedade aberta de intérpretes de Häberle.

Por fim, buscará trazer reflexões sobre o futuro, abordando as consequências da inércia e, quais seriam os meios mais eficazes e relevantes para atuação por um mundo onde a Justiça Social e a dignidade da pessoa humana sejam efetivamente centrais em qualquer multidimensão estatal, seja econômica, política, judicial ou cultural.

## 2. O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA

A conceituação e delimitação do Acesso à Justiça enquanto direito fundamental é o primeiro passo para a compreensão da importância do resguardo do referido direito à toda sociedade.

O Acesso à Justiça sofreu transformações no decorrer da história. Nos séculos XVIII e XIX, os litígios eram solucionados com base em uma filosofia meramente individualista e privada dos direitos, partindo-se do princípio de que a resolução dos conflitos não necessitava de uma atuação do Estado. O sistema *laissez-faire* concedia Justiça somente aos que pudessem arcar com os seus custos financeiros (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, pág. 9).

A situação somente começou a se modificar a partir do momento em que o conceito de direitos humanos se transformou, havendo uma maior preocupação com o coletivo, em detrimento ao interesse individual. A Declaração da Independência Americana, de 1776, e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, marcam o início de uma nova era quanto à visão dos Direitos Humanos. Assim, o direito ao Acesso à Justiça é ampliado, passando a ser encarado como um direito fundamental de todos os indivíduos e de importante impacto social.

O grande desafio torna-se a efetivação e a transposição dos óbices existentes para uma efetiva entrega jurisdicional. Em sua obra, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, pág. 15), relacionam como obstáculos a serem transpostos para o acesso efetivo à Justiça alguns relevantes itens.

Iniciam apontando as custas judiciais (gerais) – necessárias para a manutenção da estrutura do Poder Judiciário, mas que podem constituir um empecilho para o exercício do direito de ação pela parte, justamente pelo alto custo com despesas processuais e honorários sucumbenciais. Tratam, ainda, das custas judiciais (pequenas causas) – onde o valor discutido pode ser inferior ao direito pleiteado em juízo, tornando a demanda inviável. Seguem demonstrando como obstáculo o tempo – tendo em vista que a demora na prestação jurisdicional com certeza inibe a propositura de demandas, tornando a Justiça inacessível e descredibilizada (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, pág. 15).

Não bastassem esses pontos, há que se tratar da possibilidade de algumas partes/litigantes possuírem vantagens estratégicas. Nesse sentido, apontam que recursos financeiros constroem uma vantagem patrimonial que se reflete no processo, facilitando o ajuizamento de ações e a defesa (ainda que analisada a seara laboral, na qual as custas são pagas ao final, a vantagem pecuniária permite ao empregador o alongamento da demanda por meio de recursos protelatórios). Outra vantagem estratégica consiste na aptidão para Reconhecer um Direito e propor uma Ação ou sua defesa – as diferenças de educação, meio e *status* social influenciam na compreensão e no reconhecimento do direito. Além disso, os litigantes habituais possuem vantagens, pois são mais experientes judicialmente, tendo melhores condições de planejamento do litígio, economia de escala, possibilidade de desenvolvimento de relações informais com os membros da instância decisória, além de facilidade na fixação de estratégias (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, pág. 15).

Outro ponto que merece destaque são os Problemas Especiais dos Interesses Difusos – considerando-se que, em se tratando de direitos difusos, há uma dificuldade no exercício do direito de ação, tendo em vista que “ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação”. Os autores apontam, ainda, as barreiras ao acesso em uma conclusão preliminar e um fato complicador – a conclusão é que os litigantes pobres possuem menor

acesso à jurisdição, havendo plena vantagem dos litigantes organizacionais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, pág. 15).

De outro ponto, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, pág. 15), também indicam as soluções práticas para os problemas do Acesso à Justiça, citando a importância da assistência judiciária para os pobres, a remuneração de advogados pelos cofres públicos, a atuação do Ministério Público e de procuradores privados que suplementem a ação do governo, o fortalecimento de grupos privados na defesa de interesses difusos, além da importância das ações coletivas.

Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 308) indica de forma clara a importância do Acesso à Justiça, ao mencionar que:

A questão do acesso à justiça, portanto, propõe a problematização do direito de ir e vir – seja para pedir a tutela do direito, seja para se defender – a partir da ideia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito de usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade.

No Brasil, a Constituição Federal de 1934 fora extremamente importante na busca de soluções práticas para o acesso à Justiça *lato sensu*, tendo em vista a criação da ação popular e da assistência judiciária, com a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos. A Lei 1.060/50, por sua vez, também constitui um marco ao estabelecer regras para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

A Constituição Federal de 1988, ampliou a relação de direitos fundamentais e sociais, garantindo em diversos dispositivos o acesso ao judiciário, sendo o principal deles o inciso XXXV, do artigo 5º, ao indicar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A garantia da ação popular e da prestação jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos foi mantida (incisos LXXIII e LXXIV, do artigo 5º). Além disso, a Emenda Constitucional 45/2004 introduziu o inciso LXXVIII, assegurando a razoável duração dos processos e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

A previsão de criação de Juizados Especiais e da Justiça de Paz (artigo 98), a atribuição de competência do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública (artigo 129), a regulamentação de mandado de segurança coletivo e mandado de injunção (incisos LXX e LXXI, do artigo 5º), a legitimidade de sindicatos para a defesa de direitos individuais

e coletivos (artigo 8º, inciso III), além da indicação da importância da Defensoria Pública (artigo 134), são disposições da Constituição Federal de 1988 que revelam a preocupação do Estado com o Acesso à Justiça em um sentido amplo. A própria criação e estruturação da Justiça do Trabalho constitui uma maneira de implementar o Acesso à Justiça, pois se trata da concretização da Justiça Social.

Em sua célebre obra, Mauricio Godinho Delgado afirma:

A Constituição de 1988 é, pois, terreno fértil a propiciar a extensão da estrutura da Justiça do Trabalho, tanto em relação às Varas do Trabalho, como no tocante aos Tribunais Regionais. Para além do incentivo à ampliação do quadro estrutural da Justiça Trabalhista propiciado pelo democrático pós-1988, o Texto Constitucional também revigora a tese de compreensão da Justiça do Trabalho enquanto instrumento de justiça social (2017a).

O Acesso à Justiça, para além da implementação de instrumentos relativos à sua viabilização formal perante o Judiciário, significa a vivência do indivíduo em um ambiente em que os direitos e garantias que lhe pertinem sejam praticados, uma realidade onde aquela pessoa possa experimentar em seu cotidiano o exercício regular das suas garantias fundamentais.

A Reforma Trabalhista caminhou na contramão dessa premissa, criando retrocesso acachapante e espraiando efeitos jurídicos e sociais relevantes, que passarão a ser estudados nos próximos tópicos.

### 3. REFORMA TRABALHISTA E A FRUSTRAÇÃO DO “ADORÁVEL MUNDO NOVO” LIBERAL

Os fundamentos constitucionais são o senso da medida de uma sociedade desde o início dos paradigmas dos Estados de Direito<sup>1</sup>. Seja no Estado Liberal, mais primitivo deles, seja no Estado Social, com seu tom intermediário, seja no Estado Democrático, o mais requintado, evoluído e atualmente experimentado, o ponto de partida é sempre o texto constitucional.

Essa premissa designou uma conformação hierárquica dos textos legais, destinando a Constituição

1. Sobre as características dos Estados Constitucionais de Direito em profundidade, consultar a obra DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. Constituição da República e Direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4 ed. São Paulo: LTr, 2017.

à função superior e de regente no que se refere a toda arquitetura normativa dos Estados Constitucionais. No caso brasileiro, a Carta de 1988, em seu espírito fundamentalmente democrático, estabeleceu valores e regras que norteiam seus cidadãos e, no que tange ao trabalho, reservou especial destaque, tendo em vista o seu caráter de composição *sine qua non* na construção da dignidade da pessoa humana, pilar central do texto maior.

É que grande parte das noções normativas de democratização da sociedade civil (e, em certa medida, também do Estado), garantia da dignidade da pessoa humana na vida social, garantia da prevalência dos direitos fundamentais da pessoa humana no plano da sociedade, subordinação da propriedade à sua função social, garantia da valorização do trabalho na atividade econômica e do primado do trabalho e especialmente do emprego na ordem social, desmercantilização de bens e valores cardeais na vida socioeconômica e justiça social, em suma, grande parte das noções essenciais da matriz do Estado Democrático de Direito estão asseguradas, na essência, por um amplo, eficiente e incisivo Direito do Trabalho disseminado na economia e sociedade correspondentes (DELGADO, 2017a, p. 51).

A chamada Reforma Trabalhista consiste no advento da Lei 13.417/2017, norma essa que traz extensas e sensíveis modificações no arcabouço regulador da matéria laboral nacional, alcançando, em maior proporção, a Consolidação das Leis do Trabalho – Decreto-Lei 5.452/1943, mas não só, alcançando seu caráter reformador também à Lei do FGTS – Lei 8.036/1990, à Lei do Trabalho Temporário – Lei 6.019/1974 e à Lei de Organização e Custeio da Seguridade Social – Lei 8.212/1990. Os impactos dessa nova norma no Acesso à Justiça, a partir de uma leitura constitucional crítico-realista, constituem a premissa da presente pesquisa.

Como salientado, a legislação em geral e, por isso mesmo, também a reformista, deve sofrer hermenêutica pela ótica constitucional o que, quando do seu implemento e, mesmo na atualidade, gerou e continua a gerar polêmica intensa. Peter Häberle destaca que o arcabouço legislativo deve ser interpretado “pela e para uma sociedade aberta” (HÄBERLE, 1997, p. 13), tendo em vista que “a norma não é uma decisão prévia, simples e acabada, tem-se, necessariamente, de indagar sobre os participantes no seu desenvolvimento funcional sobre as forças ativas da *law in public action*” (1997, p. 10). Häberle defende que a interpretação vai muito além do sistema judiciário, alcançando “cidadãos e

grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública” (1997, p. 9), funcionando todos como um conglomerado de “forças produtivas de interpretação” (1997, p. 9).

Isso quer dizer que, muito além da construção textual idealizada na norma, a sua interpretação deve alcançar, ainda, a conduta que se espraia no mundo dos fatos, aquele onde se vive, em uma verificação dos impactos de sua idiossincrasia no contexto social. Nessa linha, a ótica do participante-intérprete atingido pela norma, em coparticipação com os demais hermeneutas tradicionais, faz-se relevante, consistindo em um exercício prático participativo no processo democrático, tendo em vista que “quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos por co-interpretá-la” (1997, p. 13).

Tal raciocínio se alinha a responsabilidade solidária pelo sucesso do pacto social, a qual foi atribuída por Maurício Godinho Delgado, aos personagens do tripé conceitual fundante do Estado Democrático de Direito, quais sejam, a pessoa humana com sua dignidade, a sociedade política e a sociedade civil, igualmente democráticas e inclusivas (DELGADO, 2017a, p. 49). Em busca desse olhar constitucional entre o texto normativo e a sua (in)conformidade com o pacto social por meio de uma hermenêutica prática, faz-se necessário levantar os argumentos que defenderam a reforma trabalhista e, a partir deles, verificar os dados relativos à sua aplicação, questionando sobre a sua (i)legitimidade.

A retórica de defesa da reforma laboral girava em torno de duas grandes frentes argumentativas: uma institucional e uma econômica (SILVA, 2018, p. 100). Sandro Pereira Silva (2018, p. 100) destaca que a primeira iniciava pelo discurso de que a CLT não era uma conquista dos trabalhadores, mas uma estratégia política da ditadura de Vargas; perpassando pela atribuição de caráter fascista à norma laboral, sob o espeque de se inspirar no texto italiano correspondente, o qual carregava tal característica. Continuam os discursos alegando, ainda, a necessidade de afastar um desequilíbrio entre empregadores e empregados no tratamento pelo judiciário trabalhista, sendo que aos primeiros seria imposto ônus financeiro excessivo e, aos segundos, eximidos todos os custos e riscos de lides temerárias; bem como na desatualização da norma laboral, fazendo com que estivesse inadequada à realidade social em que estava inserida.

No que se refere ao aspecto econômico Sandro Pereira da Silva (2018, p. 100) evidencia os argumentos de obstrução ao crescimento: o custo dos

encargos sociais limitaria o potencial empresarial; bem como, o de que as proteções celetistas robustas criariam um exército de excluídos do sistema legal, relegados ao limbo protetivo social em uma conduta de ampliação das desigualdades. Ainda, no aspecto econômico, aduziam quanto ao reflexo que teriam os custos com encargos sociais no preço dos produtos e, por consequência, no comprometimento da competitividade brasileira, influenciando, ainda, no menor interesse dos investidores estrangeiros e impedindo a progressão da produtividade.

Percebe-se nos discursos de apoio ao movimento reformista um tom nitidamente neoliberal, tendo como panorama da defesa ideológica de um “adorável mundo novo” o afastamento do Estado Providência e a manutenção do Estado-mínimo, com a destruição do primado do trabalho e do emprego, para que o capitalismo possa fluir em sua capacidade máxima, sem qualquer preocupação com reciprocidade social (DELGADO, 2017b, p. 69-71). Essa construção de pensamento argumentou com veemência que a Reforma Trabalhista solucionaria todas as demandas apontadas, possibilitando a todos oportunidades e construção de um mundo mais justo, com menos desemprego, com liberdade de escolhas quase plena, a tal ponto que caberia somente ao indivíduo a responsabilidade pela sua progressão/regressão econômico-social.

As razões neoliberais, sob a bandeira sedutora de um “adorável mundo novo” tiveram sucesso no processo legal instituidor da norma reformista, resultando em largas modificações no Direito Individual do Trabalho, no Direito Coletivo do Trabalho e no Direito Processual do Trabalho, concretizando o espírito flexibilizador da norma. O impacto no Direito Laboral *latu sensu* foi considerável e, no Acesso à Justiça – recorte desse estudo, não foi diferente, mitigando consideravelmente direitos fundamentais de caráter principiológico constitucionais.

Dentre modificações quanto ao parcelamento de férias, admissão do trabalho intermitente, flexibilização da jornada, home office, jornada flexível, valorização dos Acordos Coletivos acima da lei, fim da obrigatoriedade da contribuição sindical e possibilidade de demissão por acordo, por exemplo, alguns temas merecem destaque por se relacionarem mais intimamente ao Acesso à Justiça.

No que se refere à Gratuidade de Justiça, no artigo 790 da CLT, o texto reformista previu o acesso ao benefício àqueles que percebam salário igual ou menor a 40% do teto do salário-mínimo, engessando a concessão da medida pela exigência de

comprovação de hipossuficiência. O texto substituído previa limite fixado no dobro do mínimo legal ou declaração (e não comprovação) de hipossuficiência, que seria avaliada pelo julgador de acordo com o contexto fático-processual, ou seja, norma muito mais flexível e direcionada a sociedade aberta dos intérpretes de Häberle, outrora mencionada.

O artigo 790-B, por sua vez, manteve o ônus de pagamento de honorários periciais à parte sucumbente no texto reformista, em igualdade de condições ao texto substituído nesse aspecto. A diferença foi que o dispositivo anterior à Lei 13.417/17 previa exceção à regra geral quanto ao beneficiário da justiça gratuita, sendo que, nesse caso, tal obrigação pecuniária recaía a União, nos termos da Súmula 457 do TST. No novo texto nenhuma ressalva foi realizada, incluindo o hipossuficiente no rol de obrigados a pagar os honorários periciais.

O artigo 791-A, que trata de honorários advocatícios, instituiu a obrigação de pagamento no patamar de 5 a 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, à parte sucumbente, ainda que tenha atuado o profissional em causa própria. O parágrafo 4º demonstra que essa obrigação não concedeu isenção do título aos beneficiários da Justiça Gratuita, dispondo o texto que os créditos auferidos na demanda ou em qualquer outro processo poderiam ser aproveitados para esse pagamento e, somente no caso de inexistência de saldo a obrigação ficaria suspensa por 2 (dois) anos, quando, a partir de então, seria considerada extinta. Enfatiza-se o alcance da dívida às verbas alimentares trabalhistas em gênero, mesmo que o trabalhador já tivesse passado pelo estreito crivo da verificação de hipossuficiência mencionada no artigo 790-B.

O Supremo Tribunal Federal foi provocado a analisar a constitucionalidade dos artigos 790-B e 791-A por meio da ADIn 5766 (STF, 2021). Em 20 de outubro de 2021 decidiu, em votação apertada – 6x4 – pela inconstitucionalidade dos artigos 790-B *caput* e seu § 4º da CLT, bem como do artigo 791-A. Sendo assim, ficaram inaplicáveis os dispositivos que atribuem as obrigações por honorários periciais e advocatícios de sucumbência à parte beneficiária da Justiça Gratuita. Porém, em que pese a conquista em afastar parte do retrocesso, a existência de divergência entre os julgadores na análise do caso mantém a preocupação com uma tendência ao desvalor do trabalho, especialmente visto na normalização de sua precarização, inclusive por meio de

mitigação ao Acesso à Justiça, além de refletir a existência de influxos neoliberais no Judiciário.

Aponta-se assim que, em que pese a interpretação judicial tenha sido a resolutive do conflito, todo um processo de interpretação por amplos participantes no mundo em que se vive a precedeu. O olhar constitucional deu o tom obrigacional, porém todo um contexto da norma e dos efeitos da mesma na conjuntura social, sob a ótica do espírito democrático, conduziram o processo, lado a lado.

Afastar o hipossuficiente do crivo do Judiciário por meio de imposição de ônus financeiro insuportável ao mesmo não consistia em política pública democrática, mas apenas em ilusão numérica de ajuizamento de ações. Em verdade não se resolvia o respeito e valor ao trabalho, que deve ser central na ordem econômica-jurídica-política, apenas o ignorava. Tão evidente a inconstitucionalidade que já declarada pelo STF.

Ainda quanto ao artigo 790-B, a inserção dos parágrafos 1º, 2º e 3º pela Reforma Trabalhista, impediram o adiantamento e limitaram o valor dos honorários periciais a serem fixados (teto estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho), permitindo por fim o parcelamento da verba. Tais inovações afetam sensivelmente o curso processual trabalhista, tendo em vista que desestimulam os profissionais dos mais diversos campos do conhecimento em atuarem como *experts* no âmbito laboral, criando mora processual e descrédito do jurisdicionado quanto à resposta da Justiça do Trabalho.

O artigo 844 teve como novidade reformista a inserção dos parágrafos 2º a 5º no seu teor, visto que o *caput* e parágrafo 1º (antes nominado parágrafo único) apenas modificaram questões semânticas, mantendo o espírito anterior da norma. As inovações textuais no referido artigo impuseram ao reclamante o ônus das custas caso não compareça a audiência inaugural, exceto motivo relevante comprovado no prazo de 15 (quinze) dias. Determinou, ainda, que o adimplemento da verba seja condição para a propositura de nova demanda, perpassando pela flexibilização das condições que resultam em revelia do reclamado e pelo aceite da contestação e documentos caso compareça apenas o advogado na audiência.

A norma reformista alçou também a estrutura sindical nacional, por meio de vários artigos reformulados ou inseridos no diploma celetista, em movimento explícito pelo enfraquecimento dessas entidades. Essa cinesia acachapante da existência sindical também impacta de forma evidente o

Acesso à Justiça. Notadamente, o afastamento da compulsoriedade da contribuição sindical e o condicionamento do desconto à autorização expressa do trabalhador retirou a fonte de custeio sindical quase de forma absoluta, abruptamente, sem qualquer período de transição/adaptação (artigos 545, 578, 579 e 582).

O fluxo involutivo da norma reformista, em movimento flexibilizatório exclusivamente no sentido precarizante, inexistindo vantagens ao trabalhador e equilíbrio na relação contratual, “trata-se de um jogo ganha-perde. Só uma parte irá ceder (a hipossuficiente), só uma parte irá perder” (REIS; RODRIGUES, 2017). Ainda que essa premissa fosse um horizonte nítido aos juristas progressistas laborais mesmo antes do experimento prático da nova norma, os resultados numéricos são incontestáveis e agora uma realidade concreta, afastando a abstração das meras previsões (ainda que baseadas em empirismo comparado a reformas realizadas em outros países).

Os dissídios coletivos, ações que são precedidas de intensa negociação entre as partes contratuais laborais, constituem inegavelmente uma das vertentes de Acesso à Justiça que se dá pela via coletiva, em atuação Sindical. Nos anos de 2010 a 2017, o número de ações dessa natureza recebidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho tinha média numérica próxima de 1 mil por ano (2010 – 944, 2011 – 1.043, 2012 – 1.050, 2013 – 1.064, 2014 – 1.089, 2015 – 943, 2016 – 1.020, 2017 – 936) (TST, 2022a). Após a implementação da Reforma Trabalhista, no final de 2017, os números de dissídios coletivos recebidos nunca mais alcançaram o patamar de 900 ações recebidas por ano, demonstrando forte tendência de queda com o passar dos anos: 2018 – 803, 2019 – 767, 2020 – 575, 2021 – 603 (2022a).

No mesmo sentido caminharam os números com relação as Ações Cíveis Públicas, as quais se fazem imprescindíveis para a defesa de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos e os impactos para a garantia de acesso à justiça decorrentes da condenação do sindicato em honorários sucumbenciais e periciais. Há ainda o entendimento prevaletente no TST e no STJ (Sumula 481) de que os sindicatos têm que comprovar hipossuficiência econômica para garantir o benefício da justiça gratuita, o que contribui para o enfraquecimento das ações coletivas e prejudica o acesso à justiça.

Os dissídios individuais recebidos no primeiro grau de jurisdição laboral seguiram a mesma lógica. Demonstraram de 2010 a 2017 uma curva



ascendente, sempre superando 2 milhões de ações recebidas anualmente (2010 – 2.040.480, 2011 – 2.150.408, 2012 – 2.289.370, 2013 – 2.407.855, 2014 – 2.514.111, 2015 – 2.633.188, 2016 – 2.756.251, 2017 – 2.648.464) (TST, 2022b). A partir de então, um declínio nítido e expressivo se fez presente e nunca mais se alçou 2 milhões de ações protocoladas no ano, construindo curva decrescente cheia de significado quando atenta-se para os entraves à busca pelo Judiciário explorados nesse estudo (2018 – 1.748.070, 2019 – 1.842.619, 2020 – 1.477.336, 2021 – 1.550.793) (2022b).

Em uma análise ampla da Justiça do Trabalho, a mesma verificação se mantém. De 2010 a 2017 os números de processos recebidos caminham em alta progressiva (2010 – 2.931.123, 2011 – 3.084.674, 2012 – 3.311.171, 2013 – 3.529.873, 2014 – 3.650.252, 2015 – 3.765.904, 2016 – 3.958.237, 2017 – 3.965.563) (TST, 2022c). Após a implementação da norma reformista, a realidade experimenta segue a lógica contrária, a de queda significativa no número de processos recebidos (2018 – 3.222.252, 2019 – 3.402.392, 2020 – 2.863.673, 2021 – 2.888.339) (2022c).

Os referidos números poderiam, em um discurso neoliberal, corroborar a conquista do “adorável mundo novo” pela norma reformadora laboral. Argumentariam, por certo, que houve conscientização dos jurisdicionados, seja para não buscarem lides temerárias, sejam para não desrespeitarem as normas, tendo em vista que, no novo formato flexível, não haveria motivo para descumprimento, posto que adequadas à realidade social e à necessidade econômica nacional. Porém em verdade, não passaria de retórica, de utopia. O distanciamento do Judiciário do cidadão se deu porque a Reforma Laboral criou um abismo imenso entre o descumprimento da norma e a postulação jurídica de sua correção.

Os diversos dispositivos alterados, ora criam entraves para o acesso ao Judiciário de forma tradicional, ora impedem o Acesso à Justiça em uma leitura de vivência de mundo, posto que os fins constitucionais muitas vezes deixam de ser normas alcançáveis dada a legislação laboral alterada. Assim sendo, ora criam temor de prejuízos financeiros ainda maiores do que a ofensa aos direitos trabalhistas da pessoa humana, ora descrédito na viabilidade de solução, tendo em vista que a própria norma, em seu novo espírito reformado, tende a flexibilizar os direitos, precarizando-os, criando um senso comum atécnico e coletivo de diminuição e, algumas vezes, até de inexistência de direitos.

Os argumentos econômicos que defendem o “adorável mundo novo” laboral reformado partem da teoria de que é preciso primeiro criar a riqueza, para depois redistribuí-la (CHANG, 2013, p. 193-199). Nessa linha, Chang explica que a corrente neoliberal, caracterizada pela defesa do livre mercado e pelo Estado-mínimo assevera que “as pessoas pobres só podem ficar mais ricas com o tempo, se tornarmos os ricos ainda mais ricos” (2013, p. 193).

A alta tributação dos ricos – no caso da legislação laboral, o alto custo com a relação de trabalho, notadamente a de emprego –, seria o maior entrave ao progresso, pois, “quando damos aos ricos uma fatia maior da torta, as fatias dos outros podem se tornar menores a curto prazo, mas os pobres receberão fatias maiores em termos absolutos a longo prazo, porque a torta ficará maior” (2013, p. 193).

O empirismo histórico, especialmente com enfoque nas experiências de construção de Estado de Bem-Estar Social afasta a “dicotomia usual de ‘política pró-ricos que estimula o crescimento’ e ‘política pró-pobres que reduz o crescimento’” (2013, p. 193). Isso porque, a “Era de Ouro do Capitalismo”, que ocorreu após a Segunda Grande Guerra, constituiu o momento de verificação das mais elevadas taxas de crescimento dos Estados Europeus que seguiam a construção de um *Welfare State*, os quais tinham políticas inclusivas como sufrágio masculino, incluindo todas as classes sociais e progressão dos tributos para que fosse possível custear o novo estilo de pacto social (2013, p. 198-200).

Um estado de bem-estar social bem planejado pode na realidade encorajar as pessoas a correr riscos com o seu emprego e ser mais, e não menos, aberta às mudanças. Essa é uma das razões pelas quais existe na Europa uma demanda menor de proteção comercial do que nos Estados Unidos. Os Europeus sabem que, mesmo que as suas indústrias fechem devido à concorrência estrangeira, eles serão capazes de proteger o seu padrão de vida (por meio dos benefícios do auxílio-desemprego) e receber um treinamento para outra função (com subsídios do governo), ao passo que os americanos sabem que a perda do emprego pode significar uma enorme queda no seu padrão de vida, podendo até mesmo representar o fim da sua vida produtiva. (2013, p. 302)

O sentido precarizante da Reforma Trabalhista segue essa mesma lógica e, em um olhar mais amplo quanto ao Acesso à Justiça, há que se atentar que, com a intensa flexibilização inserida no ordenamento jurídico, não se construiu mais proteção formal,

não se criou mais postos de trabalho, não se permitiu aumentar a base abrangida pelos direitos laborais. Ao contrário, quando se considera a análise de pessoas ocupadas, desocupadas e fora da força de trabalho de 2017 a 2021, há até certa linearidade percentual, cabendo atenção a alguns números absolutos.

O dado mais abrangente e necessário para a interpretação dos demais consiste na verificação da força de trabalho, ou seja, a somatória das pessoas ocupadas e desocupadas no período de levantamento da pesquisa, bem como das pessoas fora da força de trabalho, aquelas que não se enquadram nem em ocupadas, nem em desocupadas. Conforme levantamento do IBGE há nítida linearidade entre 2015 e 2017 (2021). Considerando sempre o 3º trimestre, temos em 2015 a força de trabalho avaliada em 62,9%, em 2016 o percentual de 62,5% e, em 2017 ficou em 63,2%. Nos anos seguintes a Reforma Trabalhista, 2018 e 2019 essa tendência se mantém, ficando em 63,3% e 63,8% respectivamente. Apenas nos anos de 2020 e 2021 (destaca-se a pandemia mundial do coronavírus, iniciada em dezembro de 2019) observa-se leve queda, atingindo 57,6% e 61,9%. Estabelecida a força de trabalho em um dado praticamente horizontal, não há que se falar em influência de suas oscilações nos demais índices observados por esse estudo.

São consideradas pessoas ocupadas (IBGE, 2021), em alinhamento ao previsto na Resolução I da 19ª Conferência Internacional de Estatísticos do Trabalho – CIET, aquelas que, no recorte temporal da pesquisa, tenham trabalhado de forma remunerada, seja em dinheiro ou utilidades, por pelo menos uma hora ou, ainda, aquelas que trabalharam sem qualquer contraprestação pecuniária para auxílio de atividade econômica de pessoa com quem reside ou parente (ainda que em outra residência), bem como as que, a despeito de estarem trabalhando sob remuneração, estavam afastadas naquele período (IBGE, 2021).

Ao observar-se as taxas de pessoas ocupadas antes e depois da Reforma Trabalhista, tem-se novamente essa horizontalidade percentual. Em 2017 a população ocupada estava em 91,3 milhões, sendo 67,8% empregados, 25,1% trabalhadores por conta própria, 4,6% empregadores e, 2,5% de trabalhadores familiares auxiliares (IBGE, 2017). Em 2018 o total da população ocupada era de 92,6 milhões, sendo 67,5% empregados, 25,4% trabalhadores por conta própria, 4,8% empregadores e 2,4% de trabalhadores familiares auxiliares (IBGE, 2018). Em 2019 o total da população ocupada era de 93,8

milhões, sendo 67% empregados, 26% trabalhadores por conta própria, 4,7% empregadores e 2,3% de trabalhadores familiares auxiliares (IBGE, 2019). Em 2020 o total da população ocupada era de 82,5 milhões, sendo 66,5% empregados, 26,4% trabalhadores por conta própria, 4,7% empregadores e 2,4% de trabalhadores familiares auxiliares (IBGE, 2020). Em 2021, por sua vez, o total da população ocupada era de 75,3 milhões, sendo 66,4% empregados, 27,4% trabalhadores por conta própria, 4,1% empregadores e 2,1% de trabalhadores familiares auxiliares (IBGE, 2021).

Na análise de tais dados consegue-se perceber que a taxa de emprego, forma mais abrangente de proteção do Direito do Trabalho, caiu todos os anos desde a Reforma Trabalhista. No mesmo compasso, a taxa de trabalhadores por conta própria manteve constante ascendência no mesmo período, demonstrando uma provável migração da força de trabalho da situação primeira, mais segura, para a segunda, precarizada.

A taxa de desocupação, por sua vez, consiste no levantamento da população sem trabalho e em busca de uma oportunidade em uma variação temporal de 30 (trinta) dias e aquelas que, mesmo que ainda nessa condição, já haviam conseguido uma colocação no mercado e aguardavam iniciar as atividades em menos de 4 (quatro) meses do recorte da pesquisa (IBGE, 2021). Considerando, mais uma vez, o terceiro trimestre de cada ano, em 2017 essa taxa ficou em 12,5%, em 2018 no patamar de 12%, em 2019 no percentual de 11,9%, em 2020 em 14,9% e, em 2021 no importe de 12,6% (IBGE, 2021).

A promessa do governo em 2017, aqui ilustrada na fala de Henrique Meireles, então Ministro da Fazenda, era da geração de 6 (seis) milhões de empregos em 3 a 5 anos de vigência da nova norma (INFOMONEY, 2017). Em 2020, o ex-presidente Michel Temer, à época da implementação reformista o então Presidente da República, reconheceu o exagero das promessas ao tempo da implementação da nova norma (FOLHA, 2020) e, desde então a realidade da força de trabalho nacional nada mudou de forma significativa.

O que resta evidente é que um paradoxo se estabeleceu, tudo mudou e nada mudou. Tudo mudou quanto as garantias laborais em gênero, notadamente com a mitigação do Acesso à Justiça, construindo um mundo do trabalho precarizado, frágil e ainda mais nocivo à parte hipossuficiente da relação, o trabalhador. Nada mudou, pois tantas concessões, tanto sofrimento, tanto retrocesso não trouxe nada

de novo, nada construiu para um futuro melhor, não havendo ponte para suplantar o abismo entre a pessoa humana e a vivência de justiça em matéria laboral, seja em um sentido cotidiano, seja em um sentido comissivo no poder Judiciário, demonstrando a nítida frustração do prometido “adorável mundo novo”.

#### **4. UM OLHAR PARA O FUTURO PELA ÓTICA CONSTITUCIONAL HUMANISTA: O ACESSO À JUSTIÇA COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO E JUSTIÇA SOCIAL**

A Reforma Trabalhista, assim como todas as normas brasileiras, é hierarquicamente submetida ao sistema constitucional vigente, o qual possui três pilares fundamentais que constituem, conforme ensina Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado, uma lógica jurídica estrutural, sendo eles, a arquitetura constitucional do Estado Democrático de Direito, a arquitetura principiológica humanista e social da Constituição Federal de 1988, e a concepção constitucional de direitos fundamentais da pessoa humana (DELGADO; DELGADO. 2020).

O primeiro pilar, Estado Democrático de Direito, também conhecido por Constitucionalismo Humanista e Social, é resultado do modelo de Estado mais requintado já construído pela humanidade, sendo experimentado no Brasil, ainda que de forma incompleta, a partir de 1988, com a promulgação da Constituição Federal. Nele, a ótica pressupõe olhar pela “lente dos princípios, a par dos direitos humanos e dos direitos fundamentais (os quais, muitas vezes, se unificam), todos com força constitucional, ao invés de serem meros conselhos – *status* que lhes era conferido anteriormente” (DELGADO; BITTENCOURT; INÁCIO. 2021). Como se percebe, o primeiro pilar, mais abrangente, atua como cenário onde se desenvolvem os demais.

Todos os pilares, em convivência harmônica e interdependente, buscam desenvolver na sociedade o Estado do Bem-Estar Social. Mas qual seria esse bem-estar social? Na busca da resposta a essa indagação, Célia Lessa Kerstenetzky, destaca a antinomia de duas visões, sendo a primeira voltada para a premissa de que as políticas públicas devem ser desenvolvidas com enfoque na população vulnerável, necessitada ou pobre, construindo um discurso de dependência desses grupos do poder público, constituindo inclusive diferença de categorias entre eles,

separando, conforme esclarece a autora, em meritórios e não meritórios (2012, p. 22-23).

A segunda, por sua vez, constrói como panorama de partida do Constitucionalismo Humanista a satisfação das necessidades humanas e a potencialização de oportunidades para que as pessoas, por suas próprias forças, possam se movimentar social, política, econômica e culturalmente (KERSTENETZKY. 2012, p. 21). A compreensão dessas visões necessariamente perpassa pelo contexto histórico e a sua influência no chamado grupo (aqui tratado enquanto população humana).

[...] cada época histórica extrai da multiplicidade das manifestações alguns traços especialmente marcantes para construir, com eles, sua própria imagem de grupo. Nessas construções, espelham-se medos e esperanças, temores e expectativas, que são impulsionados por vivências típicas da época sobre a união de indivíduos em associações relativamente estáveis e duradouras (HONNETH, 2013, p. 58).

A Reforma Trabalhista demonstrou empiricamente ser um retrocesso social, criando contradições evidentes com o texto literal e a arquitetura principiológica e humanista da Carta Maior. No mesmo tom, consistiu em involução por todos os abismos que construiu para o Acesso à Justiça *latu sensu*, eliminando, inclusive, formas de seu exercício. Inegável a desconstrução promovida, há que se reconhecer que ela não foi impedida, nem mesmo na modalidade de tentativa, com a veemência que merecia por suas nefastas consequências. Sendo assim, surge ao grupo, conforme salienta Souto Maior, uma ótica paralela e de análise necessária, em um ângulo de esperança e com foco no futuro, na reconstrução de caminhos a um mundo mais justo para todos os indivíduos, destacando a “oportunidade para a classe trabalhadora avaliar quais foram as dificuldades que experimentou para a compreensão plena do momento vivido e que inviabilizou uma melhor organização e o incremento de uma resistência mais ampla e eficaz à reforma” (SOUTO MAIOR; SEVERO. 2017).

Nesse sentido, ao reconhecer a involução da lei reformista, há que se admitir que a referida norma seguiu em sentido inverso à democracia, demonstrando exercer padrão enquanto “instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e os grupos sociais” (DELGADO; DELGADO. 2020). O desalinhamento com o Estado Democrático de Direito é evidente e conclama, em estado de urgência, uma releitura sob o crivo constitucional e, especialmente, quanto ao pilar dos Direitos Humanos.

O Direito do Trabalho, por sua vez, e o Acesso à Justiça que o compõe, tem natureza explícita de direito humano fundamental, sendo formador da cidadania do indivíduo. Tanto assim o é que, a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 23, prevê de forma explícita a proteção ao trabalho em condições justas (UNICEF). No mesmo sentido caminha a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que prevê o trabalho como instrumento de alcance da Justiça Social e, a sua não observância em qualquer lugar, um risco para a harmonia mundial (ILO). Demonstra assim, a Reforma Trabalhista incompatível com o texto constitucional pátrio (notadamente em seu artigo 5º XXXV e LIV) e, ainda, com a lógica jurídica internacional.

Como se vê, os Direitos Sociais (Direito do Trabalho e Direito da Seguridade Social) buscam fazer com que ao desenvolvimento econômico corresponda, na mesma proporção, justiça social. Assim, na perspectiva do Direito Social, não basta respeitar o outro, deve-se, concretamente, agir para que os seus direitos sejam efetivados (SOUTO MAIOR; SEVERO. 2017).

Outro relevante destaque, no que se refere a arquitetura principiológica, consiste no ataque tanto ao princípio da proteção quanto ao da norma mais favorável em uma verdadeira inversão de lógica. Ao invés de se combater os conflitos laborais, seja de forma preventiva ou repressiva, escolheu-se ignorá-los e, para que isso fosse possível, afastá-los o quanto mais do Judiciário, na velha máxima popular de “o que não se vê, não existe”, em um panorama utópico, ultrajante e fomentador da desigualdade.

Nessa premissa, “exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los” (BOBBIO, 2004, p. 10). Exatamente por isso, ante os obstáculos criados pela Reforma, há que se reconstruir pontes pelos abismos reformistas para o encontro da pessoa humana, o que certamente exige uma nova formulação do Acesso à Justiça, flexibilizando suas novas fórmulas engessadas, para resguardar os pilares estruturais do Estado de Direito experimentado.

Os golpes achapantes desferidos no Acesso à Justiça são notadamente contrários a função basilar do Direito do Trabalho, o qual tem papel civilizatório e democrático no contexto do capitalismo, que urge ser resgatado (DELGADO, 2017b, p. 115). O trabalho nada mais é do que a expressão do indivíduo per si e para fora de si. É por ele que os desprovidos

de riquezas se conectam ao sistema capitalista em uma lógica de sentido estruturante, como componentes do sistema e não como objetos.

Esse ramo jurídico especializado, tornou-se, na história do Capitalismo Ocidental, um dos instrumentos mais relevantes de inserção na sociedade econômica de parte significativa dos segmentos sociais despossuídos de riqueza material, e que, por isso mesmo, vivem, essencialmente, de seu próprio trabalho. Nessa linha, ele assumiu o papel, ao longo dos últimos 150 anos, de ser um dos principais mecanismos de controle e atenuação das distorções socioeconômicas inevitáveis do mercado e sistema capitalistas (DELGADO, 2017b, p. 119).

Sendo assim, políticas públicas sustentáveis olham para o futuro buscando um “equilíbrio atuarial” de modelo de Estado pelo Bem-Estar Social. Mas não aquele que tem como perspectiva, como dito alhures, as populações vulneráveis, necessitadas e pobres, em um estado de dependência dos governos, pois esse, cria problemas e resultados cíclicos em movimento reiterado, não servindo ao caráter evolutivo da norma. O bem-estar social efetivo “não se trata exclusivamente de prover necessidades materiais, mas de provê-las por meio de serviços universais que evitem o estigma e contribuam para a construção da identidade das pessoas, tendo por referência a comunidade política da qual são membros” (KERSTENETZKY. 2012, p. 24). Somente assim poder-se-ia retomar a caminhada ao futuro e superar o desserviço social que se nominou Reforma Trabalhista.

Jean Drèze e Amartya Sen ensinam com propriedade sobre a necessidade da impaciência para fomentar a mudança. E essa premissa se aplica perfeitamente ao necessário resgate do Acesso à Justiça para construir um mundo melhor. Isso porque a paciência nada mais é do que a resignação, a apatia com o que está posto e não serve, como a norma reformista. A impaciência consiste em ímpeto transformador, revolucionário (2015, p. 309-310), ímpeto que se deseja para hoje e para o futuro, na construção de um mundo materialmente igual.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se pela pesquisa que a Reforma Trabalhista teve efeito precarizante, consistindo em nítida involução de direitos, notadamente no que se refere ao Acesso à Justiça. Percebe-se que os números apresentados para justificar a sua implementação não passaram de utopia, perfazendo-se um jogo ganha-perde, onde o trabalhador, exclusivamente, sempre estará em desvantagem.

Demonstrou-se a importância de ampliar os agentes de interpretação da norma, para que possa ser ouvido, inclusive, o próprio receptor, que a vive e a executa em seu cotidiano, em um exercício hermenêutico constitucionalista para além do texto frio da norma.

Apontou-se, por fim, que há esperança para o futuro do Acesso à Justiça caso se implemente políticas públicas sustentáveis e equilibradas fitando o Estado do Bem-Estar Social de oportunidades por meio do exercício comissivo da impaciência, da indignação, do ímpeto transformador para a construção de um mundo materialmente igual.

## BIBLIOGRAFIA

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2017a.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2017b.
- DELGADO, Maurício Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. *A Matriz da Constituição de 1988 como parâmetro para análise da Reforma Trabalhista da Lei nº 13.467/2017*. 2020. Disponível em: <https://escoladaanpt.org.br/artigos/a-matriz-da-constituicao-de-1988-como-parametro-para-analise-da-reforma-trabalhista-da-lei-n-13-467-2018/>. Acesso em: 27/03/2022.
- DELGADO, Maurício Godinho. BITTENCOURT, Renata Osório Caciquinho. INÁCIO, Hillary Christine Piedade Inácio. *Há limites civilizatórios para as transformações tecnológicas da revolução 4.0 com impacto nas relações trabalhistas?* Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas – Centro Universitário do Distrito Federal. Vol. 7. nº 1 (Janeiro/Junho 2021). Brasília, DF, 2021.
- DRÈZE, Jean; SEM, Amartya. *Glória incerta: a Índia e suas contradições*. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes, Laura Coutinho. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.
- FOLHA. *Michel Temer admite 'exagero' em propaganda pela reforma trabalhista*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/michel-temer-admite-exagero-em-propaganda-pela-reforma-trabalhista.shtml>. Acesso em: 27/03/2021.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HONNETH, Axel. *O eu no nós: reconhecimento como força motriz de grupos*. *Sociologias*. Porto Alegre. Ano 15, nº 33 (Maio/Agosto 2013) 2013, p. 56-80.
- IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Terceiro Trimestre de 2017*. 2017. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact\\_2017\\_3tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2017_3tri.pdf). Acesso em: 27/03/2022.
- IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Terceiro Trimestre de 2018*. 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact\\_2018\\_3tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2018_3tri.pdf). Acesso em: 27/03/2022.
- IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Terceiro Trimestre de 2019*. 2019. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact\\_2019\\_3tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2019_3tri.pdf). Acesso em: 27/03/2022.
- IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Terceiro Trimestre de 2020*. 2020. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact\\_2020\\_3tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2020_3tri.pdf). Acesso em: 27/03/2022.
- IBGE. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Terceiro Trimestre de 2021*. 2021. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact\\_2021\\_3tri.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2021_3tri.pdf). Acesso em: 27/03/2022.
- ILO – International Labour Organization. *ILO Constitution*. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907:NO](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO). Acesso em: 27/03/2022.
- INFOMONEY. *Ministro da Fazenda Meirelles: reforma trabalhista e terceirização podem gerar 6 milhões de empregos*. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/meirelles-reforma-trabalhista-e-terceirizacao-podem-gerar-6-milhoes-de-empregos/>. Acesso em 27/03/2022.
- KERSTENETZKY, Célia Lessa. *O estado do bem-estar social na idade da razão: a reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3 ed. Brasília: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- REIS, Daniela Murada; RODRIGUES, Adriana L. S. Lamounier. *A Reforma trabalhista e o agravamento da crise do direito sindical brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 985, 2017.
- SILVA, Sandro Pereira. *A estratégia argumentativa da Reforma Trabalhista no Brasil à luz de dados internacionais*. In INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; MINISTÉRIO DO TRABALHO. *Mercado de trabalho: conjuntura e análise*. 2018.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; SEVERO, Valtede Souto. *O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista – ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista*. Revista Eletrônica do Tribunal Regional da Bahia. Ano V, nº 9 (Outubro de 2017). 2017

- STF – Supremo Tribunal Federal. *ADI 5766*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>. Acesso em: 27/03/2022.
- TST – Tribunal Superior do Trabalho. *Dissídios Coletivos nos TRTs* – Série Histórica de Dissídios Coletivos Recebidos e Julgados. 2022a. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/trt/dissidios-coletivos>. Acesso em: 27/03/2022.
- TST – Tribunal Superior do Trabalho. *Recebidos e Julgados nas Varas* – Série Histórica de Recebidos e Julgados. 2022b. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/vt/recebidos-e-julgados>. Acesso em: 27/03/2022.
- TST – Tribunal Superior do Trabalho. *Recebidos e Julgados na Justiça do Trabalho* – Série Histórica de Recebidos e Julgados. 2022c. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/recebidos-e-julgados>. Acesso em: 27/03/2022.
- UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 27/03/2022.

# Discriminação racial e assédio moral no trabalho

Rúbia Zanotelli de Alvarenga\*

## INTRODUÇÃO

Este artigo se inicia de forma diferente daquela como, habitualmente, iniciam-se os artigos pertinentes à área do Direito Trabalhista. Um tanto anacrônica, intenta constatar a noção de preconceito de raça (étnico) e uma de suas principais conseqüências: o assédio moral – vigente neste País há séculos.

O estudo não se atém a fatos específicos da História como é usual, mas, sim, basicamente, a situações ocorridas com um grande poeta simbolista da Literatura Brasileira: Cruz e Sousa (1861– 1898). Em um artigo intitulado “*A trajetória do negro na Literatura Brasileira*”, Domício Proença Filho<sup>1</sup> (grande estudioso brasileiro), situa o negro em duas posições: a primeira, como *ser-objeto* e, a segunda, distanciada, como *sujeito*, numa atitude compromissada na luta por um melhor lugar social. Tal estudo gerou a motivação de se realizar o presente artigo que se alicerça na primeira visão de Proença Filho (aquela em que o negro é visto como *objeto*) com o excerto de um texto em prosa de Cruz e Sousa, um dos poetas a mais sofrer o preconceito racial no Brasil, mesmo tendo excelente grau de escolaridade. Porém, ao perder a proteção do padrinho adotivo, um homem branco e rico, o poeta advogado viu-se vítima de um preconceito racial tão intenso, que culminou, praticamente, com sua expulsão do Estado natal, Santa Catarina, pois lá não conseguia trabalho condizente com sua escolaridade; ou, quando o conseguia, era tão perseguido, que não suportava conviver com o assédio moral ao qual era submetido por ser negro, desiludindo-se cada vez mais a cada vínculo empregatício. Tamanho sofrimento o obrigou a buscar um reinício de vida no Rio de Janeiro, onde também não conseguiu um trabalho que fizesse jus à sua formação acadêmica.

Em decorrência da convivência com o preconceito, Cruz e Sousa deu à luz um texto em prosa intitulado “*Emparedado*”, do qual, a seguir, transcreve-se, um fragmento que reflete, magnificamente, como devem se sentir os trabalhadores negros impedidos de desempenhar em paz suas atividades de trabalho em razão do preconceito étnico e do assédio moral ao qual são submetidos por tal herança histórico-cultural perversa que aflige milhares de afrodescendentes no dia-a-dia. Veja-se:

Se caminhares para a direita, baterás e esbarrarás ansioso, aflito, numa parede horrendamente incomensurável de Egoísmos e Preconceitos! Se caminhares para a esquerda, outra parede, de Ciências e Críticas, mais alta do que a primeira. Se caminhares para a frente, ainda nova parede, feita de Despeito e Impotências, tremenda, de granito, broncamente se elevará do alto! Se caminhares, enfim, para trás, há ainda uma derradeira parede, fechando tudo, fechando tudo – horrível! – parede de Imbecilidade e Ignorância, te deixará n'um frio espasmo de terror absoluto. [...] E as estranhas paredes hão de subir – longas, terríficas! Hão de subir, subir, subir mudas, silenciosas, até as Estrelas, deixando-te para sempre perdidamente alucinado e emparedado dentro do teu Sonho [...]<sup>2</sup>

Cruz e Sousa, o notável poeta do Simbolismo brasileiro, é um caso singular. Negro, deixa entrever na sua obra as marcas do conflito em que se dilacerava. Filho de escravos alforriados, com nome, sobrenome e educação esmerada ganhados dos senhores de seus pais, sofreu amargamente a violência do preconceito que o impediu, entre outras conseqüências discriminatórias, de assumir o cargo de promotor público em Laguna. No plano da ação, assume a luta contra a opressão racial e, entre outras atividades, dirige o jornalzinho *O Moleque*, significativo desde o título, e deixa nove poemas e dois textos em prosa comprometidos com a causa abolicionista. Sua obra literária é um testemunho de sua luta contra o preconceito e contra o assédio moral. Seu texto em prosa “*O Emparedado*” não dá margem a dúvidas sobre isso.

(\*) Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela PUC Minas. Professora em Cursos de Pós Graduação em Direito Humanos, Direito do Trabalho Constitucional e Internacional, Direito Coletivo do Trabalho e em Direito da Seguridade Social.

1. PROENÇA, Domício Filho. *A trajetória do negro na literatura brasileira*. Estud. av. v.18, n.50, São Paulo jan./abr. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-4014004000100017>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

2. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-4014004000100017>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

Passados mais de cem anos do ocorrido a Cruz e Sousa, a metáfora do emparedamento continua, infelizmente, subsistindo, não na forma do racismo explícito – visto que, hoje, existem leis punitivas à prática deste; mas, em sua maneira mais subreptícia, o assédio moral, ocorrente, em especial, nos ambientes de trabalho, nos quais pode acontecer de modo vertical descendente, ascendente ou horizontal.

É de tal prática nociva ao trabalhador de etnia negra que trata o artigo ora apresentado, pelo qual se busca visualizar aquilo em que a Justiça do Trabalho avançou no combate ao ato e aquilo em que ainda é preciso avançar.

Como, ao que parece, o *emparedamento ao negro* tende a existir de modo mais discreto, um de seus tentáculos mais cruéis, o assédio moral, continua a fazer vítimas, silenciosamente, dada a dificuldade de se flagrar sua ocorrência por causa da natureza dissimulada das ações cometidas contra as vítimas.

## 1. DISCRIMINAÇÃO E DIREITO DO TRABALHO

Apesar de todas as conquistas sociais do último século, alguns direitos básicos dos cidadãos carecem de uma base mais sólida para serem incorporados pela população em geral, pelas esferas do Governo e pela iniciativa privada. Um desses direitos é a garantia do acesso livre ao trabalho regulado sem discriminação.

Em tal contexto, informa Manoel Jorge e Silva Neto<sup>3</sup> que discriminar portador de deficiência, negros, índios, mulheres, idosos, homossexuais e até aqueles trabalhadores que optam por um traço estético peculiar – cabelos longos, barba, cavanhaque, tatuagem, piercing – tem se convertido em prática mais constante do que se supõe à primeira vista. O mesmo se diga a respeito dos trabalhadores que optam por determinado segmento religioso e que são discriminados por isso.

Como bem expressa Alexandre Cardoso Pereira:

Tanto nos casos de colocação no mercado de trabalho quanto nas relações de trabalho, integrantes de certos grupos sociais (minorias sociais, geralmente) são alvos de condutas discriminatórias capazes de prejudicar o presente e o futuro de suas

vidas. Ou seja, quanto mais perceptível as características de minorias numa pessoa, maiores serão as chances de sofrer pela desigualdade social que impõe barreiras ao bem viver do indivíduo discriminado.<sup>4</sup>

Logo, acentua o autor que “a discriminação é incompatível com o Estado Democrático de Direito, pois inviabiliza a igualdade de tratamento entre os seres humanos, restringindo a igualdade de oportunidades entre os atores sociais.”<sup>5</sup>

Sendo assim, é urgente aprofundar uma cultura da justiça social em que a tutela dos direitos fundamentais do trabalhador seja respeitada, visto que é para o bem-estar do ser humano o direcionamento do trabalho. É para garantir a observância quanto à integridade física, psíquica, moral, intelectual e social do trabalhador que se devem voltar as leis que regem as relações interpessoais, hierárquicas, ou não, nos ambientes em que se processe o trabalho. Isso representa sinônimo de justiça social.

E, como bem assinala Yara Maria Pereira Gurgel:

O fundamento principal de todo o ordenamento jurídico ocidental é o princípio da dignidade da pessoa humana, agregado ao princípio da igualdade e não discriminação.<sup>6</sup>

Assim, também conforme Yara Maria Pereira Gurgel, toda e qualquer forma de discriminação baseada em razões como raça, sexo, cor, estado civil, orientação sexual, idade, nacionalidade ou condição física, além de arbitrária, contrariará o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Ainda segundo a autora, a discriminação nas relações de trabalho, como fator antissocial, exclui pessoas, desrespeita os direitos da personalidade, a dignidade da pessoa humana, gerando humilhação, estresse, *mobbing* e depressão.<sup>7</sup>

Segundo Marlon Marcelo Murari:

O direito à igualdade também impõe limites ao poder de direção do empregador,

3. SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 39.

4. PEREIRA, Alexandre Cardoso. *A discriminação racial nas relações de trabalho: pensar o direito brasileiro a partir das relações étnico-raciais*. Belo Horizonte: Casa do direito, 2020, p. 23.

5. PEREIRA, Alexandre Cardoso. *A discriminação racial nas relações de trabalho: pensar o direito brasileiro a partir das relações étnico-raciais*. Belo Horizonte: Casa do direito, 2020, p. 27.

6. GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação*. São Paulo: LTr, 2010, p. 50.

7. *Ibid.*, p. 61.



proibindo tratamentos discriminatórios, desde o ato da contratação e durante a realização do trabalho.<sup>8</sup>

Sob tal prisma, acentua Alexandre Cardoso Pereira, que numa comunidade política, o princípio da igualdade material, como produto do Estado Social de Direito,

Objetiva a concretização da justiça social para todos, buscando impedir a exclusão social e a segregação de diversos grupos decorrentes do tratamento arbitrário e discriminatório por parte da atividade estatal ou de terceiros. A título de exemplos, pessoas residentes de bairros periféricos e violentos são constantemente excluídas dos cargos de trabalho. Independentemente das suas potenciais aptidões para o cargo disputado, não é incomum o preterimento dessas pessoas por causa de um traço que não relação alguma com as funções do cargo e habilidades do candidato, privando-o de ser tratado igualmente com pessoas residentes de bairros considerados “nobres”.<sup>9</sup>

Sendo assim, o autor assinala que a discriminação racial nas relações de trabalho somente será erradicada no Brasil quando as instituições sociais, empresas, sociedade civil e Estado brasileiro promoverem ações discriminatórias permanentes na vida pública e privada, em que o princípio da dignidade humana seja uma realidade para os brasileiros de todas as cores, idades, credos e origens.<sup>10</sup>

O art. 3º, IV, da Constituição Federal de 1988, assinala que é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Discriminação, portanto, é o nome que se dá para conduta, ação ou omissão, em que se estabelecem diferenças que violam o direito das pessoas com base em critérios ilegítimos e injustos, tais como: a raça, o sexo, a idade, a opção religiosa e sexual, entre outros. Trata-se de um tipo de conduta que vai contra o princípio fundamental de justiça e liberdade.

De acordo com Carlos Augusto Ayres Britto<sup>11</sup>, discriminar significa distinguir negativamente, negativando o outro. É isolar, separar alguém para impor a esse alguém um conceito, uma opinião desfavorável por motivos puramente histórico-culturais, jamais lógicos, jamais racionais, por defecção, por distorção, por disfunção de mentalidade ao longo de um processo histórico-cultural. E isso implica humilhação: humilhar o outro. E o humilhado se sente como que padecente de um déficit de cidadania, de dignidade, acuado pelo preconceito. O discriminado se sente como sub-raça ou sub-povo ou sub-gente. Sente-se, portanto, desfalcado não do que ele tem, mas do que ele é. E a sua autoestima fica ao rés do chão.

Para Firmino Alves Lima:

Há discriminação nas relações de trabalho, quando um ato ou comportamento do empregador, ocorrido antes, durante e depois da relação de trabalho, implica uma distinção, exclusão, restrição ou preferência, baseado em uma característica pessoal ou social, sem motivo razoável ou justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos e vantagens trabalhistas assegurados, bem como direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho.<sup>12</sup>

No magistério de Maurício Godinho Delgado, o princípio da não discriminação compreende “a diretriz geral vedatória de tratamento diferenciado à pessoa em virtude de fator injustamente desqualificante.”<sup>13</sup>

Consoante Delgado, discriminação, portanto, consiste

[...] na conduta pela qual se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada. O referido princípio nega validade a essa conduta discriminatória.<sup>14</sup>

8. MURARI, Marlon Marcelo. *Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado. O equilíbrio está na dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2008, p. 110.

9. PEREIRA, Alexandre Cardoso. *A discriminação racial nas relações de trabalho: pensar o direito brasileiro a partir das relações étnico-raciais*. Belo Horizonte: casa do direito, 2020, p. 29.

10. PEREIRA, Alexandre Cardoso. *A discriminação racial nas relações de trabalho: pensar o direito brasileiro a partir das relações étnico-raciais*. Belo Horizonte: casa do direito, 2020, p. 67.

11. BRITTO, Carlos Augusto Ayres. *Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004, p. 54.

12. LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006, p. 135.

13. DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 42.

14. DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 43.

Maurício Godinho Delgado relata ainda:

A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de sua característica, determinada externamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo de indivíduos (cor, raça, sexo, nacionalidade, riqueza, pobreza etc.).<sup>15</sup>

Logo, já de acordo com Edilton Meireles<sup>16</sup>, toda e qualquer forma de discriminação, ainda que não esteja citada ou referida expressamente em leis infraconstitucionais, viola o direito fundamental da igualdade. Pode-se afirmar, aliás, que, antes de ferir o direito à igualdade, a discriminação atinge a dignidade da pessoa humana. Segundo o autor em comentário, em razão disso, a discriminação constitui ato ilícito, tipificado como crime, e que, por isso mesmo, é considerada inválida juridicamente (art 2º, Lei nº 9.029/1995).

Imperioso observar que a proteção antidiscriminatória nas relações de trabalho erigiu dos princípios da não discriminação e da igualdade, proclamados em diversos instrumentos normativos nos âmbitos nacional e internacional.

No âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 proíbe, em vários dispositivos constitucionais, a proteção contra atos ou comportamentos discriminatórios que visem a eliminar o acesso à relação de emprego por motivo de sexo, raça, cor, idade ou quaisquer outros critérios discriminatórios, *in verbis*:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...]

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

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:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]

IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]

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 às suas liturgias; [...]

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; [...]

XLII – a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. (Grifo nosso)

O inciso XXX, art. 7º, da Constituição Federal de 1988, também prevê a proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. O mesmo artigo, no inciso XXXII, disciplina a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre profissionais respectivos.

Observa-se, assim, conforme Silvio Almeida, que a Constituição Federal de 1988 deu base, especialmente nos arts. 1º, 3º e 5º, para a implementação de políticas de promoção da igualdade racial ou de ação afirmativa. Ainda de acordo com o autor, as ações afirmativas possuem a seguinte definição:

São políticas públicas de promoção de igualdade nos setores público e privado, e que visam a beneficiar minorias sociais historicamente discriminadas. Tais políticas podem ser realizadas das mais diversas modalidades e ser aplicadas em inúmeras áreas. As cotas raciais são apenas uma modalidade, uma técnica de aplicação das ações afirmativas, que podem englobar medidas como pontuação extra em provas e concursos, cursos preparatórios específicos para ingresso em universidades ou no mercado de trabalho, programas de valorização e reconhecimento cultural e de auxílio financeiro aos membros dos grupos beneficiados.<sup>17</sup>

No Direito do Trabalho infraconstitucional, a Lei n. 9.029/95, em seu art. 1º, estabelece a proibição de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, ressalvadas as hipóteses de proteção ao menor, previstas no inciso XXXIII, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988.

15. *Ibid.*, p. 775.

16. MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005, p. 187.

17. ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro, 2021, p. 145.

Em tal direção, havendo crime resultante de preconceito de etnia, raça ou cor, ou qualquer infração oriunda desta Lei, seu art. 3º impõe multa administrativa de 10 (dez) vezes o valor do maior salário pago pelo empregador, elevado em 50% (cinquenta por cento) em caso de reincidência, e proibição de obtenção de empréstimo ou de financiamento junto a instituições financeiras oficiais.

É preciso pontuar que a justiça é o reconhecimento, a defesa e a promoção da dignidade fundamental do ser humano no Direito do Trabalho. O Direito, como ciência que trata da vida humana, tem o dever sociocientífico de garantir e de promover o bem-estar físico, mental, moral, intelectual e social do trabalhador.

No decorrer do exercício do seu poder diretivo, portanto, o empregador possui a obrigação de não praticar atos discriminatórios que possam ferir os direitos da personalidade do trabalhador.

Luís Roberto Barroso<sup>18</sup>, contudo, adverte que as diferenciações serão consideradas juridicamente toleráveis, quando possuírem fundamento razoável e forem destinadas a um fim legítimo; o elemento discriminatório for relevante e residente nas pessoas que estão sendo diferenciadas; houver proporcionalidade entre o valor objetivado e o sacrifício; o meio empregado e o fim buscado forem compatíveis com valores constitucionais. Como exemplo de desequiparação possível, ele traz o da contratação de guardas penitenciários do sexo feminino para presídio feminino; ou o da contratação de artista negro para comemoração do dia da consciência negra.

No âmbito do Direito Internacional do Trabalho, a Convenção nº 111, aprovada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em 1958, ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965, e promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, também trata de medidas relativas à proibição de discriminação em matéria de emprego e profissão, e assim conceitua discriminação, veja-se:

- 1) Para os fins da presente Convenção, o termo «discriminação» compreende:
  - a) Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de

tratamento em matéria de emprego ou profissão;

- b) Toda e qualquer distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão, que poderá ser especificada pelo Estado Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de patrões e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados.
- 2) As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para determinado emprego não são consideradas como discriminação.
- 3) Para fins da presente Convenção, as palavras emprego e profissão incluem não só o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, como também as condições de emprego.

Yara Maria Pereira Gurgel<sup>19</sup> estatui que a Convenção nº 111 demonstra preocupação com todo ser humano e abrange todas as formas de discriminação, não ficando limitada somente à questão salarial. Esta tem ainda por objeto o combate a todo tipo de discriminação, independentemente do contexto sociocultural de cada país. A autora ressalta que a Convenção nº 111 da OIT protege o trabalhador em todos os ambientes de trabalho e em todas as fases da relação laboral – pré-contratual, durante o vínculo de emprego e até mesmo após a cessação do contrato individual de trabalho.

## 2. DISCRIMINAÇÃO RACIAL E ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO

O assédio moral, na esfera trabalhista, configura abuso do exercício dos poderes reconhecidos ao empregador e, por consequência, violação aos direitos da personalidade do trabalhador.

Em consonância com Marie-France Hirigoyen:

Assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho. É uma violência sub-reptícia, não assinalável, mas que, no entanto, é muito destrutiva.

18. BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000, p. 224.

19. GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação*. São Paulo: LTr, 2010, p.114.

Cada ataque tomado de forma isolada não é verdadeiramente grave; o efeito cumulativo dos microtraumatismos frequentes e repetidos é que constitui a agressão.<sup>20</sup>

Em assaz elucidativo magistério de Sônia Mascaro Nascimento<sup>21</sup>, o assédio moral é considerado conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho.

Dentre os elementos que irão caracterizar o assédio moral no ambiente de trabalho, destacam-se:

- a) conduta abusiva;
- b) natureza psicológica que atente contra a dignidade psíquica do indivíduo;
- c) reiteração de conduta;
- d) intenção de excluir e humilhar a vítima.

Logo, ato isolado, embora possa se constituir em conduta ilícita e capaz de gerar a violação aos direitos fundamentais e da personalidade do empregado, não caracteriza assédio moral.

O assédio moral, portanto, exige a prática reiterada e sistemática por parte de superiores hierárquicos ou colegas de trabalho de atos que possam desestabilizar emocionalmente o empregado a ponto de ferir a sua dignidade ou a sua integridade física ou mental. Trata-se de uma atitude lesiva do empregador que excede os limites do poder diretivo e fiscalizatório.

É mais frequente o assédio moral ser cometido entre sujeitos de posição hierárquica diversa, podendo ser tanto vertical ascendente quanto descendente. Será vertical descendente, quando é praticado pelo empregador ou superior hierárquico a ele subordinado contra o empregado. Essa espécie de assédio moral caracteriza-se como a ofensa reiterada ao relacionamento saudável, perpetrada por superior hierárquico ou pelo próprio empregador contra o empregado. Será, por sua vez, vertical ascendente, quando for praticado pelo empregado contra superior hierárquico. Trata-se da modalidade mais rara de assédio moral no ambiente de trabalho.

Todavia, o assédio moral também poderá ser praticado por colega de trabalho contra colega de trabalho, ou seja, entre sujeitos que se encontram na mesma posição hierárquica, eis que será o caso do assédio moral horizontal. Portanto, a forma mais comum de assédio moral é aquela que parte de um superior hierárquico do empregado assediado – denominada assédio moral vertical.

A esse respeito, assinala Denise de Fátima Stadler:

O assédio moral é mais comum em relações hierárquicas autoritárias e assimétricas, em que predominam relações desumanas de longa duração, de um ou mais chefes, dirigidas a um ou mais subordinados. São atitudes que desestabilizam o ambiente de trabalho, forçando a desistir do emprego.<sup>22</sup>

Assim, toda prática ofensiva ou ostensiva, realizada normalmente de forma reiterada, que expõe o trabalhador de forma prolongada, ou não, a situações humilhantes e constrangedoras, caracterizará assédio moral por violação à dignidade e à personalidade do empregado.

De acordo com Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros<sup>23</sup>, os principais fatores destacados nas condutas de assédio, geralmente, são a competição, a preferência pessoal do chefe, porventura gozada pela vítima, a inveja, o racismo, a discriminação, a homofobia e, por fim, os motivos políticos.

Em se tratando de assédio moral no trabalho por motivo de racismo, o empregado passa a sofrer tortura psicológica ou perseguições no trabalho, em razão de sua cor ou raça. Nesse caso, o racismo, além de caracterizar assédio moral, mina a saúde física e mental do trabalhador e corrói a sua autoestima.

Segundo Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros:

A discriminação racial e de gênero se confundem e, por vezes, surgem como pano de fundo para a ocorrência do assédio moral no ambiente de trabalho.<sup>24</sup>

Motivo pelo qual, Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros, ao traçar a relação entre o assédio moral e a discriminação racial, assinala:

O ato de discriminar consiste em inferiorizar outros tentando se mostrar superior.

20. HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002, p. 17.

21. NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio moral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 3.

22. STADLER, Denise de Fátima. *Assédio moral. Uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador*. São Paulo: LTr, 2008, p. 69.

23. MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. *Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 57.

24. *Ibid.*, p. 59.

É o preconceito que ocorre, quando se colocam apelidos racistas e quando se inferioriza as pessoas de classes sociais mais baixas.<sup>25</sup>

Marie-France Hirigoyen<sup>26</sup> também destaca que a discriminação que resulta no assédio moral no trabalho é a que se destaca principalmente por ser praticada contra os negros, as mulheres e as mulheres negras, os portadores de algum tipo de deficiência física, a mulher isolada em um grupo de homens e o homem, quando minoria em um grupo de mulheres.

Nesse contexto, Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros informa ser fato notório que as mulheres negras são as mais atingidas pelas desigualdades e pelas discriminações de cunho racista. Para o autor, isso ocorre porque, em geral, são preteridas no momento da seleção e, quando conseguem o emprego, são colocadas em funções mais vulneráveis e menos qualificadas, recebendo salário menor que os das brancas. E:

O mesmo ocorre com os trabalhadores negros em relação aos brancos. São raros os que conseguem obter uma colocação em condições superiores à dos brancos.<sup>27</sup>

Conforme Gomes citado por Aparecido Inácio Ferrari de Medeiros<sup>28</sup>, o racismo é um conjunto de ideias que afirmam a existência de raças superiores e inferiores, podendo manifestar-se a partir de um comportamento, de uma ação resultante da aversão em relação às pessoas que possuem um pertencimento racial observável por meio de sinais, tais como: cor da pele, tipo de cabelos e traços corporais.

Imperioso observar a decisão proferida pela Juíza do Trabalho Maria Elizabeth Mostardo Nunes, do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, relativa ao caso de assédio moral no trabalho por motivo de discriminação racial, veja-se:

ASSÉDIO MORAL. ILÍCITO. ABUSO DE DIREITO. LIMITES DO PODER DIRETIVO E DISCIPLINAR DO EMPREGADOR. CONDU TA DISCRIMINATÓRIA. RACISMO. DANOS MORAIS. O assédio moral decorre da prática, normalmente por período prolongado, de condutas abusivas, portanto, ilícitas (art. 187 do CC), pelo empregador ou por

seus prepostos, pelos quais responde objetivamente (art. 932 do CC), com o fim de humilhar, constranger ou desmoralizar o trabalhador. Pode ocorrer dentro ou fora do ambiente laboral, isto é, do estabelecimento do empregador, mas em razão do contrato de trabalho. Tais condutas, se provadas, são potencialmente lesivas aos direitos da personalidade. Afetam o trabalhador psiquicamente, de modo que *causam* danos e, em consequência, o dever de indenizar. Segundo o art. 186 do Código Civil, comete ato ilícito aquele que, por ação ou omissão, negligência ou imprudência, viola direito e causa dano a outrem. O abuso de direito também gera o dever de indenizar, segundo o art. 187 do Código Civil. O dano moral, em princípio, não necessita ser provado, mas a ocorrência dos fatos que o ensejam deve ser cabalmente demonstrada. É necessário, ainda, que ações dirigidas sejam capazes de, considerado o homem médio, afetar a honra objetiva e subjetiva do trabalhador, não sendo indenizável o mero dissabor que não advém de ato ilícito. O empregador pode, sem excessos, exigir do trabalhador o cumprimento de metas, eficiência, qualidade ou outras tantas características que representam os princípios ou os anseios da empresa. O exercício regular de direito não constitui ato ilícito, nos termos dos arts. 153 e 188, I, do CC, desde que não haja excessos, consoante os arts. 187 e 188 do mesmo diploma legal. Tão grave quanto ser discriminado no trabalho por sua cor de pele, etnia, gênero, sexualidade, crença religiosa etc. é imputar ao empregador a conduta discriminatória inexistente ou impossível de demonstrar em processo judicial. Algumas dessas condutas, o racismo inclusive, constituem também ilícito penal. As alegações, assim, devem ser feitas com prudência, para que não se venha a macular a imagem das pessoas sem fatos concretos. (TRT-2ª R. – Proc. 0000087-10.2013.5.02.0263 – 20140792052 – Relatora Juíza Maria Elizabeth Mostardo Nunes – Dje 19.09.2014)

Em 2014, a 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), proferiu acertadíssima decisão sobre discriminação racial e assédio moral no trabalho, cujo Relator foi o emérito Ministro Claudio Brandão. Ele pontua, em sua assaz apropriada decisão, que restou configurada a discriminação racial no ambiente de trabalho, em decorrência do constrangimento e do abuso de poder sofridos pelo trabalhador. Na decisão, o assédio moral perdurou por 11 (onze) meses, tempo de vigência do contrato de trabalho, restando atingidos os artigos 5º, V, da Constituição Federal de 1988 e 944, parágrafo único, do Código Civil Brasileiro.

25. *Ibid.*, p. 53.

26. HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002, p. 64.

27. MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. *Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 59.

28. *Ibid.*, p. 59.

Veja-se o julgado:

RECURSO DE REVISTA. INTERVALO INTRAJORNADA. CONCESSÃO PARCIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 437 DO TST. Por se tratar de norma afeta à higiene e (sic) segurança do trabalho, pouco importa se houve supressão total ou parcial do intervalo intrajornada. Em qualquer caso, é devido o pagamento total do período correspondente, com acréscimo de 50%, com base no entendimento consubstanciado na Súmula nº 437, I, do TST. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. ASSÉDIO MORAL. DANO MORAL DECORRENTE. AGRESSÃO VERBAL. ATITUDE REITERADA CONSISTENTE EM CHAMAR EMPREGADO DE “BAIANO” COM INTUITO PEJORATIVO E SINÔNIMO DE PESSOA PREGUIÇOSA. ARBITRAMENTO. PRINCÍPIO DA REPARAÇÃO INTEGRAL. TUTELA DA DIGNIDADE HUMANA. CRITÉRIOS A SEREM OBSERVADOS PELO JULGADOR. Não se admite que o ambiente de trabalho seja palco de manifestações de preconceito e que não se observe o mínimo exigido para que as pessoas – empregadas ou não – sejam tratadas com respeito próprio de sua dignidade. No caso, o assédio moral se caracterizou pelas atitudes do supervisor que de tratava todos os subordinados e, de forma mais agressiva e humilhante, o autor, chamado de “baiano” como sinônimo de preguiçoso e lhe oferecia uma rede para descansar. Se fizesse algo errado, dizia, o citado supervisor, que era “baianada”. A grande questão não está na designação de “baiano”, mas no que o fato em si representa. A relevância está na suposição, partida de algumas pessoas de que são superiores a outras e na “coisificação” do ser humano; no estado de dominação sobre o empregado, sob o falso pressuposto de que o empregador, ou preposto seu, está a tanto autorizado pela subordinação jurídica decorrente do contrato de trabalho; na ideia de que seres humanos podem ser superiores a outros; que a condição pessoal de alguém lhe impinge determinada marca que pode ser utilizada como sinal de distinção pejorativa no grupo social no qual convive. O que está em jogo é o menosprezo, o desdém com a condição humana. O agressor se esquece, certamente, (sic) que todos, do Sul ou do Norte, do Nordeste, do Centro-Oeste ou do Sudeste, somos frutos de uma rica miscigenação de muitas raças, com as suas cores, sotaques, origens, olhares, culturas, e (sic) que, no dia-a-dia, no anonimato ou conhecidos do grande público, constroem a grandeza da Nação brasileira. Portanto, poderia ser chamado de paulista, carioca, gaúcho, mineiro, paraibano, goiano, pernambucano, catarinense, candango,

paranaense, capixaba, sergipano, alagoano, cearense, acreano, rondoniense, amazonense, paraense, maranhense, piauiense, mato-grossense, sul-mato-grossense, tocaninense, potiguar, roraimense, amapaense etc.; o dístico pouco importa. Também não é relevante a forma como o preconceito se manifesta: palavras, atitudes, gestos ou até mesmo o silêncio, dentre outras modalidades. A intenção é que deve ser investigada e, uma vez comprovado o intuito depreciativo, merecer a mais ampla repulsa do Poder Judiciário, como forma de coibir todo e qualquer preconceito, seja ou não no ambiente de trabalho. Certamente, quem assim pensa deve achar normal um torcedor jogar banana no campo de futebol como forma de ataque ao atleta. Não se há de confundir a situação versada nos presentes autos com a distinção carinhosa, agregadora, que valoriza a pessoa ou mesmo constitui, no respectivo agrupamento social, elemento identificador, sem qualquer conotação depreciativa. No caso, configurou-se a “discriminação racial” no ambiente de trabalho e diante de colegas do recorrente, como aludiu no seu apelo. Caracterizado, portanto, o assédio moral. De referência ao valor da reparação, na perspectiva do novo cenário constitucional, que reconheceu como fundamento da República o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, CF), e das novas tendências da responsabilidade civil, optou o legislador brasileiro pelo princípio da reparação integral como norte para a quantificação do dano a ser reparado. Tal consagração normativa encontra-se no caput do artigo 944 do Código Civil que prevê: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Essa regra decorre, também, da projeção do princípio constitucional da solidariedade (art. 3º, I, CF) em sede de responsabilidade civil e faz com que a preocupação central do ordenamento jurídico se desloque do ofensor para a vítima, sempre com o objetivo de lhe garantir a reparação mais próxima possível do dano por ela suportado. A indenização, portanto, tem por objetivo recompor o *status quo* do ofendido independentemente de qualquer juízo de valor acerca da conduta do autor da lesão. E, sendo assim, os critérios patrimonialistas calcados na condição pessoal da vítima, a fim de não provocar o seu enriquecimento injusto, e na capacidade econômica do ofensor, para servir de desestímulo à repetição da atitude lesiva, não devem ingressar no arbitramento da reparação. O que se há de reparar é o próprio dano em si e as repercussões dele decorrentes na esfera jurídica do ofendido. A finalidade da regra insculpida no mencionado artigo 944 do Código Civil é tão somente reparar/compensar

a lesão causada em toda a sua extensão, seja ela material ou moral; limita, assim, os critérios a serem observados pelo julgador e distancia a responsabilidade civil da responsabilidade penal. Logo, em consonância com a atual sistemática da reparação civil, em sede de quantificação, deve o julgador observar os elementos atinentes às particulares características da vítima (aspectos existenciais, não econômicos) e à dimensão do dano para, então, compor a efetiva extensão dos prejuízos sofridos. E como dito desde o início, sempre norteado pelos princípios da reparação integral e da dignidade humana – epicentro da proteção constitucional. Indenização majorada para R\$10.000,00. Determinado o envio de cópia da decisão para todos os empregados, como medida suasória para impedir a continuidade da conduta lesiva. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST – 7ª turma – RR-305-63.2012.5.09.0009 – Relator Ministro Claudio Brandão – 07.05.2014)

Destaque-se, então, concorde o ilustre Ministro do TST que

[...] não é relevante a forma como o preconceito se manifesta: palavras, atitudes; gestos; ou até mesmo o silêncio etc. A intenção é que deve ser investigada e, uma vez comprovado o intuito depreciativo, merecer a mais ampla repulsa do Poder Judiciário, como forma de coibir todo e qualquer preconceito, seja ou não no ambiente de trabalho.

Por oportuno, cabe também ilustrar decisão proferida pela Juíza do Trabalho Roberta de Melo Carvalho, da 6ª Vara do Trabalho de Brasília, que confirmou a demissão por justa causa de uma recepcionista da Strong Fit Academia, localizada na Região Administrativa de São Sebastião (DF). A decisão da magistrada levou em conta depoimento de testemunhas, comprovando que a trabalhadora dirigiu ofensas raciais e agrediu verbalmente um prestador de serviço da academia, na presença de alunos e outros empregados. De acordo com o processo, em uma discussão com o prestador de serviço, a recepcionista o chamou de “macaco e negro fedido”. E, conforme depoimentos de testemunhas, a trabalhadora foi agressiva e, aos berros, disse os xingamentos com palavras de baixo calão. Como bem observou a Juíza, em seu r. *decisum*, a conduta da empregada é inadmissível no ambiente de trabalho ou em qualquer outro local; compreendendo-se, nesta temática, um exemplo de assédio moral ascendente.<sup>29</sup>

Ainda concorde a suprarreferida Magistrada do Trabalho:

Xingamentos, até mesmo em tons de brincadeira, o que não ocorreu neste caso, não devem ser permitidos, pois as pessoas precisam respeitar umas às outras em face do princípio da dignidade da pessoa humana, e atitudes como essa não devem ser toleradas em sociedade”. Desse modo, sustenta que, “nesta situação, não há necessidade de gradação de penalidades, pois o ato foi grave o suficiente a autorizar o desligamento da empregada. No caso em análise, o conjunto probatório dos autos revelou, de forma clara e incontestável, a existência de todos os elementos necessários para respaldar a aplicação da medida mais severa de disciplina pelo empregador em vista de conduta repudiável da reclamante”.

## CONCLUSÃO

Por tudo quanto se expôs e o que se observa no artigo ora apresentado, o ato do assédio moral no ambiente de trabalho ocorre em função, principalmente, do sentimento racista que, ainda, de modo infelizmente, persiste em uma parcela significativa da sociedade que promove ações repetitivas de assédio contra o trabalhador negro, pulverizadas ao longo do exercício trabalhista, ou, até, antes ou depois deste (por exemplo, já no processo seletivo, ou, ainda, na maculação da vida profissional do ex-empregado após a sua demissão), que implicam, à vítima, danos psicológicos, morais e, até mesmo, físicos, quando, ao assediado, em serviços que requerem atividades braçais, são impostas tarefas que vão além de sua capacidade corporal ou além do tempo de labor previsto em lei.

O assédio moral, gerado em função de portabilidade de deficiência física, de gênero, de idade, de opção sexual, de opção por traços estéticos, entre outros; entretanto, principal e especialmente, pela etnia – que não é fruto de opção pessoal, deve ser exemplarmente coibido, assim como punido, quando for comprovada a prática contra aqueles que pretendem desempenhar, em paz, seu papel no mundo do trabalho.

Eis o mínimo que se deve garantir ao trabalhador em busca do resguardo ao direito à dignidade e ao respeito por seu labor à luz do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar e fulcral da Carta Magna de 1988.

29. TRT-10ª R. – Proc. 0000395-82.2014.5.10.0006 – Juíza do Trabalho Roberta de Melo Carvalho – DJe 28.11.2014

**REFERÊNCIAS**

- ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro, 2021.
- BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: VIANA, Márcio Tulio; RENAULT, Luiz Otávio Linhares (Coord.). *Discriminação*. São Paulo: LTr, 2000.
- BRITTO, Carlos Augusto Ayres. *Constitucionalismo fraterno e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2004.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- GURGEL, Yara Maria Pereira. *Direitos humanos, princípio da igualdade e não discriminação*. São Paulo: LTr, 2010.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002.
- LIMA, Firmino Alves. *Mecanismos antidiscriminatórios nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.
- MEDEIROS, Aparecido Inácio Ferrari. *Assédio moral, discriminação, igualdade e oportunidades no trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.
- MEIRELES, Edilton. *Abuso do direito na relação de emprego*. São Paulo: LTr, 2005.
- MURARI, Marlon Marcelo. *Limites constitucionais ao poder de direção do empregador e os direitos fundamentais do empregado. O equilíbrio está na dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2008.
- NASCIMENTO, Sônia Mascaró. *Assédio moral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PEREIRA, Alexandre Cardoso. *A discriminação racial nas relações de trabalho: pensar o direito brasileiro a partir das relações étnico-raciais*. Belo Horizonte: Casa do direito, 2020.
- PROENÇA, Domicio Filho. A trajetória do negro na literatura brasileira. *Estud. av.*, v.18, n.50, São Paulo jan./abr. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142004000100017>>. Acesso em: 23 nov. 2014.
- SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direitos fundamentais e o contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.
- STADLER, Denise de Fátima. *Assédio moral. Uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador*. São Paulo: LTr, 2008.



# O crime de perseguição (*stalking*) e os efeitos da sentença criminal na jurisdição trabalhista

Luciano Martinez\*

Pedro Lino de Carvalho Júnior\*\*

**TITLE:** The crime of stalking And the effects of criminal sentencing on the labor jurisdiction

**RESUMO:** Este estudo visa à análise da relação entre a jurisdição penal e a jurisdição extrapenal – tema ainda pouco abordado na doutrina juslaboralista, apesar da relevância prática que dele se pode extrair – tendo como fio condutor a figura típica do delito de perseguição.

**PALAVRAS-CHAVE:** Perseguição; Empregador; Assédio Moral. “Sentença criminal”. “Jurisdição trabalhista”.

**ABSTRACT:** This study aims to analyze the relationship between criminal jurisdiction and extra-penal jurisdiction – a subject that is still little addressed in legal and labor doctrine, despite the practical relevance that can be extracted from it – having as its main theme the typical figure of the stalking offense.

**KEY WORDS:** Stalking; Employer; “Moral Harassment” “Criminal Sentencing”. “Labor Jurisdiction”.

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais 2. A competência da Justiça do Trabalho para o processamento da *actio civilis ex delicto*. 3. Os reflexos da sentença condenatória criminal prolatada contra empregado stalker em relação ao empregador. 4. A eventual suspensão da ação trabalhista para se aguardar o desfecho da ação penal. 5. A atuação do Ministério Público do Trabalho em casos de stalking. 6. A possibilidade de promoção, na jurisdição laboral, da reclamação do valor mínimo previsto na sentença penal condenatória, conforme art. 387, II, do CPP. 7. Conclusão. Referências.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma das dimensões mais importantes na tutela dos direitos trabalhistas é a que diz respeito aos correspondentes ilícitos penais,<sup>1</sup> mesmo porque tais lesões, por atingirem, em alguns casos, um universo expressivo de pessoas, clamam por pronta e eficaz reprimenda. Conquanto a tendência na contemporaneidade seja a descriminalização das condutas e o predomínio de sanções de natureza patrimonial, é patente que, em hipóteses de graves atentados aos direitos dos trabalhadores, resulta imprescindível que se prestigie, também, a tutela penal e que esta seja devidamente instrumentalizada como relevante mecanismo de repressão a tais comportamentos.

No mundo do trabalho abundam condutas que violam, individualmente ou coletivamente, interesses e direitos dos trabalhadores: práticas discriminatórias, práticas racistas, omissão na inserção de dados ou inserção de dados falsos na Carteira de Trabalho, redução a condição análoga à de escravo, descumprimento das normas de segurança e higiene do trabalho, entre outras ilicitudes que se relacionam diretamente com a relação laboral e que acarretam danos graves e expressivos às suas vítimas.

Com a alteração ocorrida na normatividade penal a partir da Lei nº 14.132/2021, o legislador pátrio tipificou conduta que, se praticada no ambiente de trabalho, pode configurar a prática de modalidade de assédio moral: o *stalking* ou perseguição, conforme os ditames do art. 147-A do Código Penal:

### *Perseguição*

Art. 147-A. Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou,

(\*) Professor Associado I de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre e Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social (USP). Pós-Doutor em Direito pela PUCRS. Juiz do Trabalho desde 1995 (TRT5). Autor de diversas jurídicas. E-mail: lucianomartinez.ba@gmail.com. Instagram: @lucianomartinez10

(\*\*) Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito Econômico (UFBA). Bacharel e Doutor em Filosofia (UFBA). Procurador do Trabalho/PRT 5ª Região – Bahia. E-mail: pedrolinojr@gmail.com

1. Esse artigo avança em reflexões desenvolvidas em texto anteriormente escrito por um dos autores: A sentença criminal e seus efeitos na jurisdição trabalhista coletiva. CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. In: Gérson Marques; Ney Maranhão. (Org.). *O mundo do trabalho – Novidades normativas na perspectiva da Magistratura e do Ministério Público*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 257-.

de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§ 3º Somente se procede mediante representação.

Trata-se de crime de ação penal pública que somente se procede mediante representação e que, na sua modalidade simples, se enquadra como de menor potencial ofensivo, submetendo-se, portanto, aos ditames da Lei nº 9.099/95, à luz da pena máxima cominada. Nas suas figuras majoradas, o aumento da pena *in abstracto* afasta-o, porém, desse enquadramento.

A expressão *stalking* é derivada do verbo *to stalk*, usado na caça, que corresponderia à perseguição incessante. Assim, trata-se de crime habitual, uma vez que o dispositivo legal se refere à reiteração de condutas persecutórias, punida a título de dolo.<sup>2</sup>

A imprensa ao longo dos anos tem noticiado perseguições a celebridades que, em muitos casos, redundaram em tragédias, como nos casos de John Lennon, Selena e Rebecca Schaffer, entre outros, que foram assassinados por fãs, após sofrerem verdadeiras caçadas. No caso de Schaffer, morta por um admirador em 1989, seu infortúnio motivou a aprovação de leis de combate à perseguição nos Estados Unidos.

No entanto, tais condutas são mais habituais do que se imagina e têm vitimado, acima de tudo, pessoas comuns e, entre essas, preferencialmente as mulheres<sup>3</sup>: são ex-companheiros, ex-namorados,

ex-maridos, que não aceitam o rompimento da relação afetiva e que pretendem manter o vínculo a qualquer custo.

Além dessas e outras hipóteses, como ensina Luciana Gerbovic, outro

[...] grupo que também aparece regularmente como vítima de *stalkers* é o de profissionais ligados à área da saúde, como médicos, enfermeiros e psicólogos, em casos em que os pacientes, principalmente os cuidados por um longo período de tempo pelo mesmo profissional, acabam por confundir os termos da relação cuidador-paciente e/ou por não aceitarem uma distância imposta pelo fim do tratamento, por exemplo.<sup>4</sup>

Por aí se observa que nada impede possa ocorrer no meio ambiente laboral, vitimando um ou mais trabalhadores. Enquanto forma de violência, física ou psicológica, o *stalking* é uma das possibilidades de manifestação do assédio laboral.

De todo modo, leciona Alessia Micoli, o *stalking* é fenômeno que acontece, em regra, entre duas pessoas<sup>5</sup>: o *stalker* e a vítima. Na esfera trabalhista, é razoável vislumbrar ocorrências de gerente perseguindo empregado, colega “stalkeando” colega, ou mesmo de perseguição abusiva movida por fornecedor ou cliente<sup>6</sup> em desfavor de empregada de estabelecimento comercial, permitida/tolerada pela omissão do empregador que, malgrado devidamente alertado da inaceitável conduta do *stalker*, não adota qualquer providência para protegê-la no meio ambiente de trabalho.

2. O crime também pode ser praticado no meio virtual, pela *internet*, quando designado pelo neologismo *cyberstalking*, no léxico inglês.

3. MICOLI, Alessia. *Il fenomeno dello stalking*. Milão: Giuffrè, 2012, p. 11 (apud AMIKY, Luciana Gerbovic. *Stalking*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2014. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6555/1/Luciana%20Gerbovic%20Amiky.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2021).

4. AMIKY, Luciana Gerbovic. *Stalking*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2014. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6555/1/Luciana%20Gerbovic%20Amiky.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2021.

5. “La caratteristica e la qualità specifica fondamentale che differenzia il fenomeno del bullismo dal fenomeno dello stalking è prettamente l’età di colui che mette in atto questi tipi di comportamento, ovvero quella età che rientra nella fascia adolescenziale; inoltre altra differenza fondamentale risiede nel fatto che il bullismo ha bisogno del gruppo per esistere, differentemente lo stalking è un fenomeno che avviene tra due persone solamente”. MICOLI, Alessia. *Il fenomeno dello stalking*. Milão: Giuffrè, 2012, p. 44 e 45. (Apud AMIKY, Luciana Gerbovic. *Stalking*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2014. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6555/1/Luciana%20Gerbovic%20Amiky.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2021).

6. O assédio moral pode ter origem na conduta de terceiros (a exemplo dos clientes), não podendo o empregador se omitir no seu dever de garantir um ambiente laboral hígido, saudável e protegido, como aliás procede em relação à tutela do seu patrimônio, quando, na maioria das vezes, investe pesadamente em aparatos tecnológicos e recursos humanos para evitar perdas decorrentes de subtrações ilícitas de produtos.

A sempre vanguardista jurisprudência laboral já enfrentou litígios envolvendo o *stalking*, enquanto modalidade de assédio moral, conforme precedente do TRT da 18ª Região:

ASSÉDIO MORAL. *STALKING*. No assédio moral, na modalidade *stalking*, o assediador (*stalker*), dentre outras condutas, invade a privacidade da vítima de forma reiterada, causa danos à integridade psicológica e emocional do sujeito passivo, lesa a sua reputação, altera do seu modo de vida e causa restrição à sua liberdade de locomoção. No caso em tela, demonstrado que o *stalker*, vigiava os passos, controlava os horários e tirava fotos da reclamante quando acompanhada de outros homens, para dizer que estava traindo seu marido, faz jus à indenização por danos morais em razão do assédio moral sofrido, sendo o empregador responsável de forma objetiva, consoante art. 932, III do CC/02. (TRT18, ROT - 0010055-78. 2019.5.18.0014, Rel. SILENE APARECIDA COELHO, OJC de Análise de Recurso, 19/03/2020).

O Egrégio TRT da 14ª Região também se pronunciou em interessante caso<sup>7</sup> de empregada vítima de uma *stalker*, colega de trabalho. Segundo apontou o ilustre relator, a perseguição teria sido materializada pelos seguintes atos, conforme descreveu a reclamante na vestibular: “direcionamento das câmeras do sistema de monitoramento interno para reclamante com objetivo de flagrar ato ilícito seu; fotos da reclamante mantidas no celular da alegada perseguidora; divulgação desses fatos, no ambiente de trabalho, e boatos de que a autora estaria furtando mercadorias, causando-lhe constrangimento; gravações clandestinas mediante aparelhos eletrônicos deixados em uma gaveta do setor em que trabalhavam para averiguar o conteúdo das eventuais conversas da reclamante com os demais colegas de trabalho”.

7. ASSÉDIO MORAL. PRÁTICA DE CONDUTAS, QUE DEGRADAM O AMBIENTE DE TRABALHO, TORNANDO-O INSUPOORTÁVEL. ISOLAMENTO. PERSEGUIÇÃO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. O assédio moral nas relações de trabalho caracteriza-se pelas condutas abusivas e repetidas, materializadas em gestos, que extrapolam o poder diretivo e expõe o empregado à situações incomodas de forma a provocar constrangimento, ao ponto de lhe atingir diretamente a autoestima, com efeitos que refletem em sua saúde física e psíquica, levando-o ao isolamento total, frente ao ambiente laboral degradável e insuportável, atraindo a indenização por dano moral, porque ultrapassa o âmbito profissional, uma vez que minam a saúde física e mental da vítima, corroendo a sua autoestima. (TRT14. RO 0000195-90.2016.5.14.0007. 2ª Turma. Rel. Des. CARLOS AUGUSTO GOMES LÔBO. Julgado em 30/06/2016).

A empregada denunciou a conduta da colega aos seus superiores hierárquicos, mas eles não adotaram nenhuma providência para protegê-la da violência psicológica a que estava exposta, o que motivou a condenação da empresa ao pagamento de danos morais em razão do assédio moral constatado.

De qualquer maneira, ainda que conduta persecutória direcionada a uma única pessoa individualizada, o assédio por *stalking*, especialmente quando praticado por superior hierárquico, acarreta efeitos devastadores no meio ambiente laboral, ao instaurar um clima de medo, uma atmosfera de terror, afetando todos que estão próximos da situação, conscientes de que, em algum momento, poderiam se encontrar na mesma posição da vítima.

Pois bem. A relação entre a jurisdição penal e a jurisdição extrapenal é tema ainda pouco abordado na doutrina laboral, apesar da relevância prática que dele se pode extrair.

Inegável que a jurisdição é una e as compartimentalizações existentes pretendem usufruir tão-somente dos benefícios da divisão de trabalho. Una e indivisível, a jurisdição expressa a soberania estatal.

Apesar disso, é comum que um mesmo fato acarrete uma pluralidade de consequências jurídicas, como o que se vê no exemplo ora apresentado. Imagine-se que um motorista de ônibus, dirigindo imprudentemente, atropela e mata criança que trafegava na via pública e que, nesse acidente, ficam gravemente feridos também alguns passageiros e o cobrador. Os pais da vítima acionam a empresa na busca da reparação civil e, ao mesmo tempo, o Ministério Público estadual denuncia o condutor por homicídio culposo. A empresa responderá civilmente nos termos do art. 932 do Código Civil (responsabilidade por fato de terceiro). O mesmo evento ensejará o pagamento do seguro DPVAT em favor dos pais do menor. Igualmente, o cobrador poderá vir a fruir do auxílio por incapacidade temporária de natureza ocupacional, e os passageiros haverão de ser indenizados nos termos do CDC e do Código Civil, uma vez que celebraram contrato de transporte regido por normas consumeristas.

Essas e outras repercussões são originárias de um mesmo evento, de maneira que é fundamental indagar-se quais os efeitos da decisão criminal na órbita trabalhista, em especial em relação aos delitos que agridem direitos dos trabalhadores, notadamente em casos de *stalking*.

O art. 935 do CC/2002 tem preceito que baliza, em linhas gerais, esta consequência:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Constata-se, portanto, que as jurisdições cíveis e criminais se intercomunicam. A segunda reverbera de modo absoluto na primeira, quando ali se reconhece a existência do fato ou sua autoria<sup>8</sup>.

Deve-se afirmar que a dissociação entre jurisdição civil e penal há de ser compreendida em sentido lato: jurisdição civil é a não penal, ou seja, a cível, a trabalhista, a administrativa, etc. Essa é a exata compreensão do referido dispositivo, pois é manifesto que a decisão penal espraia seus efeitos em todas as províncias do direito, nas hipóteses de enfrentamento de *matérias comuns*. O assunto é complexo e exige análise da legislação vigente em suas múltiplas dimensões, embora resumidamente.

Ao tratar dos efeitos genéricos e específicos da condenação criminal, o Código Penal expressamente dispõe:

Art. 91. São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; [...].

De modo assemelhado, o Código de Processo Penal ao disciplinar a *actio civilis ex delicto*<sup>9</sup> estabeleceu igualmente essa simbiose entre as instâncias penal e cível:

Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

Parágrafo único. Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível,

contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil. (Vide Lei nº 5.970, de 1973).

Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

A Lei n. 9.099/05, por sua vez, praticamente unificou-as, ao dispor:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.<sup>10</sup>

E, finalmente, o CPC considerou a sentença penal condenatória um título executivo judicial:

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VI - a sentença penal condenatória transitada em julgado; [...].

Com olhos postos na legislação vigente, é possível oferecer a presente síntese:

A sentença condenatória penal faz coisa julgada no juízo trabalhista, na medida em que, para promover a condenação, o magistrado deve reconhecer a existência do crime e sua autoria, tornando certa a obrigação de indenizar, nos termos do art. 91, I do CP c/c art. 935 do CC/2002. Quando se tratar de sentença absolutória, ela poderá ou não fazer coisa julgada na jurisdição laboral. Fará coisa julgada se reconhecer categoricamente a inexistência do fato ou a autoria (art. 66 do CCP c/c art. 935 do CC/2002) ou nos casos de acolhimento de excludentes de antijuridicidade, a exemplo da legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, nos termos do art. 65 do CPP, à exceção do estado de necessidade, por conta de disposições expressas contidas nos arts. 188 e 930 do CC/2002.

Por outro lado, consoante os arts. 66, 67 e 386 do CPP, a sentença absolutória criminal não fará coisa julgada na órbita laboral nas hipóteses de falta ou insuficiência de prova, inexistência de culpa do agente (a culpa civil mesmo levíssima enseja a reparação, diferentemente do juízo criminal) ou o fato não constituir infração penal, casos em que não se impedirá o ajuizamento de ação indenizatória.

Ademais, contempla o Código Civil dispositivo de cabal importância para a regulação do prazo

8. No processo penal também existem as questões prejudiciais, conforme arts. 92 e 93 do CPP, mas sua análise foge completamente dos objetivos desse estudo.

9. Destinada à busca do ressarcimento dos danos causados pela infração penal.

10. Entenda-se juízo civil como juízo reparatório, de modo que incluída a justiça laboral.

prescricional com plena aplicabilidade na jurisdição trabalhista<sup>11</sup>:

Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva.

Praticada ilicitude trabalhista que simultaneamente se revele um ilícito penal, o prazo prescricional para a propositura da ação indenizatória na jurisdição trabalhista ficará suspenso durante a tramitação do processo criminal respectivo, e somente retomará seu curso a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória ou absolutória, pois a lei não faz distinção entre ambas. O que se exige, sim, é o trâmite de processo penal, a pressupor o recebimento da ação penal, pública ou privada, o que por si só é ato idôneo à suspensão do prazo prescricional no âmbito laboral.

Na verdade, ficará suspenso o prazo para reclamação de todos os créditos trabalhistas e não apenas os oriundos de eventual reparação de danos, porque procedentes de uma mesma causa de pedir, a relação de emprego.

A distinção que muitos fazem entre créditos trabalhistas *típicos e atípicos* se revela frágil e artificial, além de ocasionar inevitáveis problemas de ordem prática<sup>12</sup>.

Nesse sentido, com a devida vênia, parece equivocada a orientação oferecida por algumas turmas do TST no sentido de que, em “face da independência das jurisdições civil, criminal e trabalhista, prevista no art. 935 do Código Civil, a conclusão da ação criminal não se caracteriza como ‘*actio nata*’ para a contagem do prazo prescricional no âmbito da Justiça do Trabalho, não se aplicando ao caso o art. 200 do Código Civil”.<sup>13</sup>

Esse entendimento colide com a normatividade expressa e, não bastasse isso, por evidente, o art. 935 do Código Civil contempla *independência relativa*, pois não se dá à jurisdição trabalhista a possibilidade de questionar sobre a existência do fato, ou

---

trabalhistas “típicos”, em especial os advindos de eventual despedida indireta. Pensar diferentemente seria exigir que ela propusesse reclamatória trabalhista no biênio respectivo simultaneamente ao aforamento da ação penal, o que implicaria a negação de toda sistemática da *actio civilis ex delicto*, e, o que é pior, se a trabalhadora eventualmente celebrasse acordo na ação trabalhista com a famigerada “quitação geral”, não faltaria quem sustentasse que esta abrangeria o dano moral que poderia ter origem na condenação criminal: ou seja, acolhida semelhante tese, estaria a Justiça do Trabalho negando o princípio da *actio nata*, permitindo a quitação “antecipada” de verba ainda não reconhecida em juízo e na prática tornando ineficaz a condenação reparatória da jurisdição criminal, proferida nos termos do art. 387, IV, do CPP.

---

11. “PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE DO EMPREGADO. EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL. INCIDÊNCIA DO ART. 200 DO CÓDIGO CIVIL. INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO. A fim de garantir a reparação do dano moral e patrimonial a vítima, havendo ação penal cujo objeto é a apuração de conduta da qual dependa a pretensão formulada, por força do art. 200 do Código Civil, não correrá a prescrição antes do trânsito em julgado da respectiva sentença criminal, porquanto, constatada a existência de dano oriundo de crime, a sentença penal confere executoriedade à pretensão buscada no Juízo Cível ou Trabalhista. Caso contrário, poderão advir situações nas quais, mesmo havendo sanção penal, a vítima não seja indenizada pelo prejuízo sofrido, na esfera civil ou trabalhista, ou na hipótese inversa, poderá ocorrer a condenação da parte ao pagamento de indenização decorrente de fato, cuja responsabilidade venha a ser afastada em Ação Criminal. Ademais, a teor do art. 935 do CC, ainda que a responsabilidade civil seja independente da criminal, não se pode questionar sobre a existência de fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal, como na hipótese dos autos. Prescrição afastada.” TRIBUNAL: TRT 23ª Região. DECISÃO: 07 11 2007 RO NUM: 01953-2006-009-23-00-0- NÚMERO ÚNICO PROC: RO - 01953-2006-009-23-00 DJ/MT DATA: 30-11-2007.

12. Basta imaginar sentença penal condenatória, com trânsito em julgado, proferida em ação penal por delito de assédio sexual, prolatada 8 (oito) anos após a extinção do vínculo empregatício. Se a ex-empregada assediada pretender liquidá-la e executá-la na Justiça do Trabalho deverá vindicar não apenas os danos morais, mas todos os créditos

13. “RECURSO DE REVISTA – PROCESSO SOB A VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014, DO CPC DE 2015 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST – PRESCRIÇÃO TOTAL – INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – “ACTIO NATA” – DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA – CONCLUSÃO DA AÇÃO PENAL – INDEPENDÊNCIA DAS JURISDIÇÕES – INAPLICABILIDADE DO ART. 200 DO CÓDIGO CIVIL. 1. No caso, o reclamante foi demitido por justa causa em 26/10/1993, tendo ajuizado reclamatória trabalhista com os pedidos de desconstituição da justa causa e de reintegração em 16/12/1993. A justa causa foi confirmada e houve o trânsito em julgado no dia 14/03/2005. 2. Também foram ajuizadas ações criminais contra o autor, mas, ao contrário do alegado por ele, o resultado positivo ou não dessas ações não impede que, no âmbito trabalhista, seja postulado e julgado o pleito de pagamento das indenizações por danos morais e materiais decorrentes da justa causa. 3. Em face da independência das jurisdições civil, criminal e trabalhista, prevista no art. 935 do Código Civil, a conclusão da ação criminal não se caracteriza como “*actio nata*” para a contagem do prazo prescricional no âmbito da Justiça do Trabalho, não se aplicando ao caso o art. 200 do Código Civil. 4. Em se tratando de pretensão a indenizações por danos moral e material ocorridos antes da vigência do Código Civil de 2002 (término do contrato de trabalho por justa causa em 26/10/1993), e como na data da entrada em vigor do referido diploma legal não havia passado mais de dez anos (metade do tempo previsto no Código Civil de 1916), incide a prescrição trienal prevista no art. 206, § 3º, do Código Civil de 2002, contada da vigência deste diploma legal. Desse modo, como a presente ação foi ajuizada em 04/05/2015, é forçoso reconhecer a incidência da prescrição total do direito de ação. Recurso de revista conhecido e não provido” (RR-486-07.2015.5.09.0673, 7ª Turma, Redator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 12/02/2021).

sobre quem seja o seu autor, quando essas questões se acharem já decididas no juízo criminal, de tal maneira que o art. 200 da legislação civil foi concebido **exatamente para impedir decisões conflitantes sobre o mesmo fato.**

No particular, em respeito à segurança jurídica, é indispensável respeitar o direito da parte lesada de aguardar o desfecho da ação penal para, assim, querendo, buscar o ressarcimento civil-trabalhista que entenda devido, conforme se posiciona, de forma remansosa,<sup>14</sup> o Egrégio STJ:

14. As decisões mais recentes confirmam tratar-se de entendimento solidificado no STJ: RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 130, 333, INCISO II E 420 DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. TRATAMENTO INEFICAZ. PSORÍASE. FALSA PROMESSA DE CURA. DOENÇA CRÔNICA. CONDENAÇÃO DO RÉU. ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. NÃO OCORRÊNCIA. CAUSA IMPEDITIVA DO CURSO DO PRAZO. ART. 200 DO CÓDIGO CIVIL. DEVER DE INDENIZAR. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. VERBA INDENIZATÓRIA. RAZOABILIDADE. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Na origem, trata-se de ação indenizatória ajuizada em março de 2010 por consumidor que, no ano de 2001, teria sido submetido, por médico não habilitado para tanto, a tratamento de psoríase que se revelou completamente ineficaz. 3. Acórdão recorrido que, diante da demonstração de que na data do ajuizamento da ação ainda estavam em curso ações de natureza penal e ético-profissional promovidas em desfavor do recorrente pelos mesmos atos ilícitos descritos na inicial, refutou a preliminar de prescrição da pretensão indenizatória autoral e impôs ao vencido o dever de indenizar o consumidor lesado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), a título de compensação por danos morais. 4. Recurso especial interposto pelo médico réu objetivando que seja reconhecida a prescrição, afastado o dever de indenizar ou, alternativamente, reduzido o montante indenizatório. 5. O art. 200 do Código Civil dispõe que, em se tratando pretensão indenizatória fundada na responsabilidade civil por fato que deva ser apurado no juízo criminal, não corre a prescrição antes do advento da respectiva sentença penal definitiva. Precedentes. 6. Desde que haja a efetiva instauração do inquérito penal ou da ação penal, o lesado pode optar por ajuizar a ação reparatória cível antecipadamente, ante o princípio da independência das instâncias (art. 935 do CC/2002), ou por aguardar a resolução da questão no âmbito criminal, hipótese em que o início do prazo prescricional é postergado, nos termos do art. 200 do CC/2002. Precedentes. 7. No caso, os fatos narrados na inicial ocorreram no ano de 2001, mas foram objeto de ação penal que teve início em 2003 e foi concluída apenas em 2013, não havendo falar em prescrição. A ação indenizatória em tela foi ajuizada em março de 2010, antes, portanto, de transitada em julgado a sentença penal que condenou o recorrente pela prática dos crimes previstos nos arts. 171 e 273, § 1º-B, inciso II, do Código Penal. 8. As conclusões da Corte de origem e do juízo de primeiro grau – acerca da existência do dever do médico recorrente indenizar danos morais causados a paciente (o autor da demanda) por submetê-lo, sem habilitação profissional para tanto, a tratamento

DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. PRECEDENTES DO STJ. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que, “em se tratando de ação civil *ex delicto*, com o objetivo de reparação de danos, o termo a quo para ajuizamento da ação somente começa a fluir a partir do trânsito em julgado da ação penal” (AgRg no Ag 951.232/RN, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe de 5/9/08). 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 242.540/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 02/04/2013).

Por fim, deve-se considerar a hipótese de liquidação e execução na jurisdição trabalhista do valor mínimo fixado na sentença penal para a reparação dos danos, por força de alterações legislativas empreendidas na legislação processual penal (CPP, art. 387:

O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008) [...].

Assim, tratando-se do delito de perseguição apurado na órbita criminal, vários questionamentos se apresentam e são dignos de esforços para respondê-los, tais como:

- a) a competência da Justiça do Trabalho para o processamento da *actio civilis ex delicto*;
- b) os reflexos da sentença condenatória criminal prolatada contra empregado *stalker* em relação ao empregador;
- c) a eventual suspensão da ação trabalhista para se aguardar o desfecho da ação penal;
- d) a atuação do Ministério Público do Trabalho em casos de *stalking*, e, finalmente,

médico ineficaz oferecido como sendo meio hábil para a cura de doença crônica incurável (psoríase) -, resultaram do aprofundado exame de todo o acervo fático probatório carreado aos autos e, por isso, não podem ser objeto de revisão na via especial, haja vista o óbice da Súmula nº 7/STJ. 9. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso. 10. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. (REsp 1798127/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/04/2019, DJe 05/04/2019). (grifamos).

- e) a possibilidade de se promover, na jurisdição laboral, a reclamação do valor mínimo previsto na sentença penal condenatória, conforme art. 387, II, do CPP.

### 3. A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO PARA O PROCESSAMENTO DA *ACTIO CIVILIS EX DELICTO*

Não resta dúvida de que a Justiça do Trabalho – notadamente depois da ampliação de sua competência em razão da Emenda Constitucional 45/2004 -, tem atribuição para o processamento e julgamento da *actio civilis ex delicto*, vale dizer, da ação civil que possui como propósito indenizar danos causados por um ato ilícito penal.

A Justiça do Trabalho é competente para julgar toda e qualquer demanda que tenha por fundamento a relação de trabalho em sentido lato. Por tais razões, ao decidir o CC 7.204, o Supremo Tribunal Federal, revendo posicionamento anterior, assentou a competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações de indenização por danos, morais ou materiais, decorrentes de acidente de trabalho, ajuizadas após a Emenda Constitucional 45/04.

Observem-se as situações que dizem respeito ao assédio sexual, à ofensa à honra do empregado (com falsas imputações de crimes para embasar suposta justa causa), às práticas discriminatórias, às práticas racistas, entre outras ilicitudes que se relacionam diretamente com a relação de emprego e que provocam graves afrontas aos direitos dos trabalhadores... Em todas essas situações não devem existir dúvidas de que a correspondente reparação por danos morais e materiais há de ser postulada no juízo laboral, conforme registra a farta jurisprudência das cortes trabalhistas<sup>15</sup>:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. **ASSÉDIO SEXUAL**. No caso concreto, o Regional manteve a condenação da reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, ao fundamento de que não houve insurgência quanto à ocorrência do assédio, mas quanto à responsabilização da empregadora. Endossou o entendimento de que a responsabilização

decorre da obrigação do empregador de zelar por um ambiente sereno e saudável de trabalho. Uma vez caracterizado o dano moral, deve a reclamada arcar com a indenização, haja vista que responde pelos atos de seus prepostos. Conforme se constata das provas dos autos, ficou caracterizada a ocorrência do assédio sexual. Fixada essa premissa fática, para que se concluisse de forma contrária, no sentido de que não houve a prática do ato ilícito (assédio), como afirma a reclamada, indispensável seria o reexame do conjunto probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 126 do TST. Agravo conhecido e desprovido” (Ag-AIRR-794-43.2017.5.09.0133, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 19/03/2021).

RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. COMPENSAÇÃO DE HORÁRIO. Da leitura do acórdão recorrido, constata-se que o Regional não emitiu tese acerca da compensação de horário. Tampouco fora instado a fazê-lo mediante oposição de embargos de declaração, razão pela qual incide a Súmula nº 297, desta Corte, como obstáculo ao conhecimento do recurso, nesse aspecto. Analisando a controvérsia, o Tribunal Regional entendeu que os cartões de ponto apresentados não poderiam ser admitidos como meio de prova, em razão de não corresponderem com a realidade, e, consequentemente, não terem força para ilidir a confissão ficta da reclamada. O Colegiado de origem ainda indicou os motivos pelos quais não aceitou as conclusões do laudo pericial, pois “verifica-se que no período compreendido entre 22/01/12 e 07/05/12, ou seja, por mais de quatro meses, todos os dias possuem exatamente os mesmos horários de entrada e saída, demonstrando jornada britânica” e que “a partir de 01/06/12, constata-se que todas as variações de horário permanecem dentro do limite de tolerância de 05 minutos, o que evidentemente refoge à prática das relações humanas de trabalho”. Nesse contexto, para se acolher os argumentos expendidos pela reclamada, que a prova pericial teria o condão de desconstituir os efeitos da confissão ficta, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório, o que impossibilita o conhecimento da revista, ante o óbice da Súmula nº 126 desta Corte Superior, a pretexto da alegada contrariedade à Súmula do TST apontada, bem como da divergência jurisprudencial transcrita. Recurso de revista não conhecido. (...) **INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. OFENSAS RACISTAS PRATICADAS POR PREPOSTA**

15. Muitos desses delitos vitimizam igualmente profissionais autônomos, os quais, da mesma forma, devem formular suas pretensões ressarcitórias no juízo laboral, desde que, evidentemente, a ilicitude guarde um nexo de causalidade com a relação de trabalho havida entre as partes.

DA RECLAMADA. CONFISSÃO FICTA. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR ARBITRADO. O Tribunal Regional registrou que a reclamada não compareceu na audiência, “o que levou o Juízo de origem a decretar sua confissão quanto à matéria fática”, e que não há nos autos qualquer outro elemento de prova que possa desconstituir os fatos narrados na petição inicial. Conforme o assentado no acórdão regional, os fatos expostos na petição inicial eram referentes às ofensas praticadas pela preposta da reclamada e a humilhação sofrida pela reclamante, a qual foi vítima de conduta racista e preconceituosa diante de seus colegas de trabalho. Ante o contexto, constata-se a existência de dano moral, em razão das ofensas raciais experimentadas pela reclamante, a qual foi solucionada na constatação da confissão ficta da reclamada, permanecendo íntegros os arts. 186, 187 e 927, do CC. No que diz respeito ao valor da indenização por danos morais, a revisão do montante fixado nas instâncias ordinárias somente é realizada em sede extraordinária nos casos de excessiva desproporção entre o dano e a gravidade da culpa, em que o montante fixado for considerado excessivo ou irrisório, não atendendo à finalidade reparatória. No caso, o e. TRT, ao majorar o montante indenizatório, o fez em conformidade com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a gravidade da lesão e o caráter pedagógico da condenação, o que inviabiliza a pretensão, na medida em que não violados os art. 5º, V e X, da CF. Quanto à divergência jurisprudencial colacionada, o aresto transcrito nas razões do recurso de revista é inespecífico em virtude de retratar situação fática na qual não houve comprovação da lesão ao patrimônio imaterial daquele reclamante, por ofensas racistas, hipótese que não se assemelha com a ora analisada. Incidência da Súmula nº 296, I, do TST. Recurso de revista não conhecido. [...] Recurso de revista conhecido e provido (RR-20016-40.2013.5.04.0791, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 16/03/2018).

De referência ao crime de perseguição, trata-se de delito de ação penal pública condicionada à representação, cuja titularidade pertence ao Ministério Público Estadual.<sup>16</sup> Sob tal perspectiva, portanto, é plausível conceber determinadas hipóteses.

16. Dentre outras exceções, em se tratando de perseguição movida por servidor público federal, no ambiente de trabalho, contra colega de ofício, defensável a tese da atribuição do Ministério Público Federal e, portanto, da competência da Justiça Comum Federal para processamento da ação penal.

Imagine-se a situação em que gerente de empresa é condenado definitivamente à pena de reclusão pelo reconhecimento dessa prática delitiva em desfavor de menor aprendiz de 15 anos de idade, conforme § 1º, II, do art. 147-A do CP, vale dizer, na forma majorada. Imagine-se, ainda, que, em paralelo à ação penal, a vítima houvera proposto ação trabalhista vindicando o pagamento de danos morais pelo assédio sofrido, além de outras verbas decorrentes da relação empregatícia existente.

Em conformidade com o asseverado, a sentença criminal definitiva será título executivo judicial (CPC, art. 515, VI), dotado de certeza (art. 91, I, do CP) e exigibilidade, ou seja, tornará certa a obrigação de indenizar, sendo este um dos mais relevantes efeitos da referida decisão.

Com o trânsito em julgado sentença penal condenatória, e estando ainda em curso a ação trabalhista individual na Justiça do Trabalho (por exemplo, na fase recursal), é inquestionável que o *decisum* prolatado na área criminal fará coisa julgada na órbita laboral, de maneira que não se poderá mais questionar acerca da autoria e materialidade delitivas (art. 935 do Código Civil), com o que o processo de conhecimento terá continuidade tão somente para assegurar pretensões não abrangidas pelos efeitos da sentença criminal, a exemplo das verbas trabalhistas que não guardem conexão com a perseguição sofrida<sup>17</sup>.

Outras situações são possíveis.

Se o pedido de indenização for julgado improcedente na esfera trabalhista em *decisum* que transitou em julgado por não ter sido reconhecido o *stalking* e se sobrevier condenação criminal também com trânsito em julgado, atestando-o, é cabível, em tese, o corte rescisório na Justiça Laboral da primeira decisão referida, na forma do art. 966 do CPC, evidentemente preenchidos todos os requisitos legais para tanto.

De todo modo, insista-se: trata-se de uma via de mão dupla, porquanto se negada, categoricamente (art. 66 do CPP), a autoria e materialidade delitivas na esfera criminal, não poderá o juízo trabalhista, conseqüentemente, deliberar em sentido contrário. Cabe, no entanto, uma ponderosa ressalva: **para que haja o impacto acima referido é necessária**

17. Improcedente a ação penal, com trânsito em julgado, o acolhimento da negativa da autoria e materialidade delitivas impactará, ao menos parcialmente, a ação trabalhista, pois comprometido o pleito de ressarcimento formulado pela alegada prática de *stalking*.



**a identidade dos fatos submetidos à apreciação dos juízos distintos** (os arts. 200 e 935 do Código Civil se referem a fato específico a ser apurado).

Deveras, na maioria das vezes, em uma ação trabalhista, o elenco de fatos justificadores do pleito reparatório não corresponde exatamente à descrição da conduta criminal veiculada na denúncia apresentada pelo *parquet* criminal. Realmente, é bem provável que à eventual perseguição desencadeada contra o obreiro se agreguem condutas diversas que, autonomamente, por si sós, podem apresentar outros elementos ensejadores da caracterização do assédio moral,<sup>18</sup> pois, como ensina Ney Maranhão “o assédio moral é figura reconhecidamente *multidimensional*. Cuida-se de fenômeno altamente *complexo* e que se realiza de *diferentes maneiras*”.<sup>19</sup>

Em casos tais, a negativa categórica da autoria e da materialidade delitiva no âmbito penal tão somente expungiria a específica conduta persecutória da fundamentação do pleito reparatório trabalhista, mas remanesceria a apreciação dos demais comportamentos assediosos praticados que não se enquadram na tipificação delitiva.

Casos existem, ainda, nos quais o autor da ação trabalhista não consegue demonstrar a ocorrência de assédio moral por *stalking* ou de outra natureza, por não ter comprovado a reiteração das condutas ilícitas capazes de configurá-lo, malgrado tenha feito prova da ocorrência de ofensas a direitos da personalidade, a exemplo de violações pontuais e específicas, surgindo dúvidas se o magistrado estaria jungido aos termos da exordial ou se poderia acolher o pleito reparatório, ainda que não admitisse a ocorrência do assédio moral, mas, sim, da ofensa moral.

O tema é polêmico. Deseja-se crer, no entanto, que ao julgador cabe o correto enquadramento jurídico dos fatos e o consequente acolhimento do pleito ressarcitório, sem incorrer em julgamento *extra petita*:

PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR ASSÉDIO MORAL. DEFERIMENTO POR DANO MORAL. O TRT concluiu não ter sido caracterizado o assédio moral, na medida em que

as agressões verbais ofensivas à honra e a dignidade da reclamante não foram praticadas com a reiteração necessária para caracterizar assédio moral. Ao valorar os fatos e provas, a corte de origem inferiu tratar-se de hipótese ensejadora de indenização por dano moral, porquanto as expressões de baixo calão foram direcionadas à reclamante, em público, enquanto encontrava-se grávida, caracterizando nítido tratamento discriminatório e humilhante. Não se configura julgamento *extra petita*, porquanto o tribunal apenas procedeu ao adequado enquadramento jurídico dos fatos, não se divisando ofensa aos arts. 128, 293 e 460 do CPC. (TST; AIRR 618/2007-097-03-40.2; 1ª Turma; Rel. Min. Walmir Oliveira da Costa; DEJT 11.9.2009; p.189).

Situações similares às descritas também podem ocorrer em relação ao crime de redução a condição análoga à de escravo. Em boa parte dos casos, a ação coletiva promovida pelo Ministério Público do Trabalho na Justiça do Trabalho corre em paralelo com a ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal na Justiça Comum Federal. Em casos tais, mesmo que o juízo criminal julgue improcedente (com trânsito em julgado) a denúncia criminal ao acolher a negativa de autoria/materialidade delitiva, nem por tal motivo estará esvaziada a ação na Justiça Laboral, pois nesta os pleitos são mais amplos e envolvem, na maior parte dos casos, a desobediência às normas ambientais que tutelam a segurança e saúde dos trabalhadores rurais, conforme os ditames da Norma Regulamentadora nº 31, que as disciplina. Quando muito, pode o magistrado trabalhista reduzir a amplitude pecuniária da pretendida indenização por danos morais coletivos, em consideração ao *decisum* prolatado na esfera penal.

Reconheça-se, todavia, que, infelizmente, no Brasil, pouco se avançou no campo do chamado Direito Penal do Trabalho. As normas penais que tutelam a organização do trabalho e que protegem os direitos fundamentais dos trabalhadores, além de anacrônicas, são de pouca incidência prática, à exceção do crime de redução a condição análoga à de escravo, haja vista os reclamos da sociedade civil sobre Judiciário para agir com maior presteza e rigor, como se constata de algumas decisões proferidas<sup>20</sup>.

18. A exemplo de comportamentos configuradores da justa causa patronal ou contemplados na Lei nº 9.029/95.

19. In: MARANHÃO, Ney. Dignidade humana e assédio moral: a delicada questão da saúde mental do trabalhador. In: RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). Trabalho e regulação: as lutas sociais e as condições materiais da democracia. Volume 1. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 11.

20. É digno de registro o notável esforço do professor e magistrado Guilherme Guimarães Feliciano na defesa de uma refundação do Direito Penal do Trabalho em nosso país. Nesta linha, consultar sua obra *Tópicos avançados de direito material do trabalho*. Editora Damásio de Jesus: São Paulo, 2006.

#### 4. OS REFLEXOS DA SENTENÇA CONDENATÓRIA CRIMINAL PROLATADA CONTRA EMPREGADO *STALKER* EM RELAÇÃO AO EMPREGADOR

O Código Civil estabelece, em seu artigo 932, que “são também responsáveis pela reparação civil: [...] III – o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele.”

Trata-se da responsabilidade por fato de terceiro ou, mais corretamente, de responsabilidade por ato próprio omissivo, haja vista o foco na **omissão do dever de vigilância**. Essa é, sem dúvidas, mais uma hipótese de responsabilidade civil objetiva. Sim, de responsabilidade civil objetiva, porém impura, no sentido de que a responsabilidade do empregador é objetiva, mas dependente, em regra, de demonstração da culpa do empregado/preposto em relação ao ilícito perpetrado<sup>21</sup>. Ou seja, culpa no antecedente e responsabilidade objetiva no consequente.

Indaga-se: **havendo condenação criminal do *stalker*, com trânsito em julgado, em fato relacionado ao trabalho ou em razão dele, seria possível promover a liquidação e execução diretamente contra o seu empregador, à luz do art. 64 do CPP, que estatui que a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil?**

Existem duas teses antagônicas. A primeira, sustenta que, condenado o empregado perseguidor no juízo criminal, haveria presunção absoluta da responsabilidade civil do patrão, o que possibilitaria a sua execução no juízo cível/trabalhista. Outros defendem que a execução somente poderia ser aforada contra o sentenciado, já que somente este fez parte do processo penal e a responsabilidade criminal é eminentemente pessoal, sob pena do ferimento ao devido processo legal, conforme exige o art. 5º, LIV da Constituição Federal, pois um terceiro não poderia sofrer as consequências de processo em que não foi parte.

Com efeito, esse último entendimento revela-se mais consentâneo com os princípios e regras

constitucionais. De qualquer modo, se houve condenação criminal do empregado/preposto, na ação reparatória contra o empregador não mais se poderá discutir, é óbvio, a autoria e materialidade delitivas.

No particular, imagine-se situação de prática sistemática de perseguição por parte de gerente de empresa em desfavor de determinado empregado. Depois de regular instrução no âmbito criminal, o acusado foi definitivamente condenado nas penas do art. 147-A do CP. De posse da sentença penal condenatória, a vítima, por certo, vai buscar a reparação dos danos no Judiciário Trabalhista, no qual, ademais, a empresa terá a faculdade de promover a denúncia da lide<sup>22</sup> do assediador/*stalker*, para exercer contra este o direito de regresso, nos termos do art. 934 do Código Civil. Seja como for, não poderá o referido juízo admitir a rediscussão sobre a autoria ou materialidade delitivas.

#### 5. A EVENTUAL SUSPENSÃO DA AÇÃO TRABALHISTA PARA SE AGUARDAR O DESFECHO DA AÇÃO PENAL

Havendo o trâmite da ação penal em paralelo à ação trabalhista, não seria o caso de se determinar a suspensão da reclamatória, para que se evite a possibilidade de decisões conflitantes?

Com base no último exemplo anteriormente exposto, suponha-se que o assediante/*stalker* seja o próprio empregador e que este responda a processo criminal exatamente em razão da alegada prática desse crime. Em sua defesa, o acusado nega peremptoriamente a autoria delitiva e a materialidade do crime. Ele aduz, entretanto, dentre outros argumentos, ser vítima de estratégia articulado por pessoa inescrupulosa (seu ex-empregado) que, em verdade, pretende extorqui-lo.

Com fundamento no art. 313, V, do CPC é cabível, sim, em tese, a suspensão do feito, prevendo este dispositivo que tal providência somente pode estender-se por 1 (um) ano. O art. 64 do CPP, de igual modo, estatui, no seu parágrafo único, que, intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela. Ou seja, esta última norma legal não fixou prazo para a referida suspensão.

21. Salvo quando a própria atividade está submetida aos requisitos da responsabilidade civil objetiva, como no CDC ou ainda nos casos abrangidos pelo art. 927, § único, do CC/2002.

22. Reconheça-se que a possibilidade de denúncia da lide em casos tais é matéria polêmica entre os juslaboralistas. Seja como for, ainda que não se admita essa possibilidade, nada obsta que a empresa busque, por via autônoma, exercer seu direito de regresso.

Ora, diante da celeridade do processo trabalhista e da natureza dos créditos que veicula – que não pode sofrer os estorvos que lamentavelmente ainda infelicitam e obstaculizam uma expedita prestação jurisdicional no âmbito criminal – *não parece adequada a suspensão do feito*, como regra. Caso assim delibere o magistrado laboral, deve cumprir a regra do § 4º do art. 313 do CPC e, findo o prazo, sem que o juízo penal defina seu veredicto, é seu dever julgar a demanda tal qual se encontre, deliberando acerca da autoria e da materialidade do assédio/perseguição eventualmente perpetrado.

A legislação reconhece uma faculdade ao julgador, e não um dever. Nessa direção há precedentes do TST:

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.496/2007. CERCEAMENTO DE DEFESA. SUSPENSÃO DA RECLAMAÇÃO TRABALHISTA ATÉ O JULGAMENTO DO PROCESSO CRIMINAL. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO NÃO CONFIGURADA. 1 – A decisão regional, ao dispor que inexistia cerceamento de defesa no indeferimento do pedido de suspensão da ação trabalhista até o julgamento do processo criminal, haja vista que o conjunto probatório existente nos autos é suficiente para o deslinde da questão, não violou a literalidade do artigo 110 do Código de Processo Civil, eis que tal dispositivo estabelece que a suspensão do processo é mera faculdade do magistrado. Assim, não está o julgador obrigado a suspender o processo em face da apuração dos fatos na esfera criminal, ainda mais, no caso dos autos, em que não restou demonstrada tal necessidade, diante do conjunto fático-probatório firmado pelo TRT, soberano na análise dos fatos dos autos, a teor da Súmula/TST nº 126. 2 – De outra parte, quanto à indigitada violação ao artigo 265, inciso IV, alínea a, do Código de processo Civil, note-se que se trata de argumento inovatório, uma vez que não constou das razões do recurso de revista, sendo apresentada, pela primeira vez, nestes embargos. 3 – Considerando que a prestação jurisdicional foi entregue, embora contrária aos interesses da reclamada, restam também ileso os artigos 5º, incisos XXXV, LIV e LV e 93, inciso IX, da Constituição Federal. 4 – Incólume o artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho sob tais prismas. 5 – Não prospera, ainda, a alegação de divergência jurisprudencial com os arestos trazidos neste recurso, eis que, a teor da Orientação Jurisprudencial nº 294 da SBDI/TST, quando a Turma não conhece do recurso

de revista pela análise dos pressupostos intrínsecos, apenas por violação do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho é possível o conhecimento dos embargos. Note-se que, não tendo sido conhecido o recurso de revista interposto pela reclamada, não há, tecnicamente, no acórdão embargado, tese de mérito capaz de viabilizar a análise da divergência jurisprudencial. Recurso de embargos não conhecido. JUSTA CAUSA. ÔNUS DA PROVA. RECURSO DE REVISTA NÃO CONHECIDO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 896 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO NÃO CONFIGURADA. 1 – O recurso de revista não lograva mesmo alcançar êxito sob o prisma de afronta aos artigos 818 da Consolidação das Leis do Trabalho e 333, inciso I, do Código de Processo Civil. É que, a par da discussão acerca da distribuição do ônus probatório, o Tribunal Regional, apreciando o quadro fático probatório dos autos, não reconheceu a existência de falta grave ensejadora da justa causa para a dispensa. Assim, resta despicienda a discussão acerca do ônus subjetivo, pelo que não há que se falar em ofensa aos dispositivos legais supracitados. Intacto o artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. 2 – Ademais, o artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho também não restou vulnerado, eis que o TRT concluiu pela não configuração da justa causa na hipótese dos autos. Assim, efetivamente, para se chegar a conclusão diversa da alcançada pela Corte Regional, seria necessário o revolvimento do quadro fático-probatório, o que é vedado nesta instância extraordinária ante o óbice da Súmula nº 126, corretamente aplicada pela Turma, não havendo que se falar em violação direta e literal ao artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho. Intacto o artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de embargos não conhecido (E-RR-86800-10.1999.5.10.0019, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 08/06/2012).

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA ATÉ O JULGAMENTO DE AÇÃO PENAL. DESCABIMENTO. 1. A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVII), assegura ao jurisdicionado os meios que garantam a celeridade na tramitação do processo. 2. Por sua vez, o art. 935 do Código Civil, aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, dispõe que “a responsabilidade civil é independente da criminal”. 3. Assim, observado o disposto nos mencionados dispositivos,

bem como verificada a inexistência de fundamento apto a justificar a suspensão da ação trabalhista, mostra-se desnecessário o sobrestamento do processo. Recurso ordinário conhecido e desprovido (RO-6069-95.2012.5.04.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 02/07/2015).

## 6. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM CASOS DE *STALKING*

Em rigor, um único caso de assédio moral é suficiente para degradar todo o meio ambiente laboral. Todo assédio é, por isso, em regra, de radiação coletiva. Forma-se por meio do assédio moral o que muitos denominam de “pacto de silêncio”. Instaura-se o medo nos lugares nos quais ele é praticado. Muitas vezes essa é justamente a estratégia organizacional para intimidar o grupo, mediante a força do exemplo, como, aliás, alerta Cristophe Dejourns:

Um único caso de assédio tem um efeito extremamente potente sobre toda a comunidade de uma empresa. Uma mulher está a ser assediada e vai ser destruída, uma situação de uma total injustiça; ninguém se mexe, mas todos ficam ainda com mais medo do que antes. O medo instala-se. Com um único assédio, consegue-se dominar o coletivo de trabalho todo. Por isso, é importante, ao contrário do que se diz, que o assédio seja bem visível para todos. Há técnicas que são ensinadas, que fazem parte da formação em matéria de assédio, com psicólogos a fazer essa formação.<sup>23</sup>

Por tais razões, a partir da condenação criminal com trânsito em julgado, tanto quanto a vítima, que poderá propor a *actio civilis ex delicto* na Justiça do Trabalho ou utilizar-se da condenação penal para converter sua ação reparatória trabalhista à fase de liquidação/execução, o Ministério Público do Trabalho, munido da *mesma condenação criminal* pelo delito de perseguição, haverá de fazer uso desse título executivo para desencadear sua atuação, começando pela via extrajudicial, a partir da celebração de termo de ajuste de conduta, ou mesmo com a propositura da competente ação civil pública. Esses pleitos, porém, não se confundem com as pretensões formuladas pela vítima singularmente considerada,

uma vez que na ação coletiva se prestigiará tutela inibitória com vista no futuro, considerado o propósito de evitar que o ilícito perdure ou volte a acontecer.

Pode-se cogitar, ademais, acerca da possibilidade de parcerias entre o Ministério Público do Trabalho e demais ramos do Ministério Público com atuação criminal para o estabelecimento de um fluxo de informações acerca de ações penais para apuração do crime de perseguição perpetrados no meio ambiente laboral, a fim de subsidiar ações coletivas na esfera juslaboralista.

Ademais, o *parquet* laboral não depende da persecução penal para agir. Tão logo acionado, é seu dever funcional atuar, mesmo porque o *stalking* é evento que pode provocar danos irreversíveis à integridade física e psicológica das vítimas. Nesse âmbito, cabe salientar a experiência portuguesa. Um estudo da Associação Portuguesa de Apoio às Vítimas- APAV<sup>24</sup>, entidade não governamental fundada em junho de 1990, com sede em Lisboa, demonstrou, mediante informativo específico, os principais efeitos desencadeados às vítimas do *stalking*<sup>25</sup>:

[...] **na saúde física:** distúrbios digestivos, alterações de apetite, náuseas, dores de cabeça, insónias, pesadelos, fraqueza, cansaço, exaustão, alterações na aparência física (exemplo: mudar a cor e/ou cortar o cabelo); **na saúde mental e no bem-estar emocional:** medo, culpa, hipervigilância, desconfiança, sensação de perigo iminente, sentimentos de abandono, desânimo, confusão, falta de controlo, comportamentos de evitamento, perturbações de ansiedade, como Perturbação de Stress Pós-Traumático (PSPT), depressão, tentativas de suicídio, aumento do consumo de medicação ou automedicação, aumento do consumo de álcool/tabaco; **no estilo de vida:** alteração de rotinas diárias, redução dos contatos sociais, abandono e/ou evitamento de atividades sociais, mudança de cidade, de residência, de carro, e/ou de emprego, aumento de encargos económicos/despesas em resultado da necessidade de adquirir ou reforçar medidas de segurança (exemplo: mudar a fechadura de casa; aquisição de alarmes, etc.), redução no rendimento/produtividade profissional, académica e/ou escolar, aumento do absentismo e/ou redução da assiduidade, diminuição do salário devido a dias de trabalho perdidos.

23. DEJOURS, Cristophe. Um suicídio no trabalho é uma mensagem brutal. PÚBLICO. 01/02/2010. Disponível em: <https://www.publico.pt/2010/02/01/sociedade/noticia/um-suicidio-no-trabalho-e-uma-mensagem-brutal-1420732>. Acesso em: 3 fev. 2021

24. [https://apav.pt/apav\\_v3/index.php/pt/](https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/).

25. Disponível em: <https://apav.pt/stalking/index.php/icons>. Acesso em: 9 abr. 2021.

O maior impacto é, sem dúvidas, à saúde mental. Esse é o ponto que o *stalking* atinge com maior intensidade, produzindo, além dos estragos individuais, uma sensível degeneração no meio ambiente laboral. A sua violência psicológica degrada, avilta e desequilibra as relações existentes dentro do espaço produtivo, colocando, conseqüentemente, em risco a saúde das vítimas. E quando se fala em saúde, não se quer dizer ausência de doença, mas um estado de bem-estar físico, mental e social<sup>26</sup>.

Diante dessas assertivas, é possível concluir que a eventual ação coletiva promovida pelo Ministério Público do Trabalho na Justiça do Trabalho correrá em paralelo com a ação penal ajuizada pelo Ministério Público Federal ou pelo Ministério Público Estadual. Em casos tais, mesmo que o juízo criminal venha a julgar improcedente (com trânsito em julgado) a denúncia criminal, ao acolher a negativa de autoria/materialidade delitiva, nem por isso estaria esvaziada a ação na Justiça Laboral, pois nela os pleitos são mais amplos. Diz-se isso porque os pedidos que tramitam perante o Judiciário laboral reportam-se a condutas assediosas mais amplas e envolvem, nesse contexto, também a desobediência às normas ambientais que tutelam a segurança e a saúde dos trabalhadores. Assim, uma sentença absolutória criminal em uma situação específica não constituiria obstáculo para a adoção de medidas adicionais de natureza civil-trabalhista, embora seja de possível utilização pelo magistrado do trabalho para fins de dosimetria e cálculo da indenização por danos morais coletivos.

A possibilidade de promoção, na jurisdição laboral, da reclamação do valor mínimo previsto na sentença penal condenatória, conforme art. 387, IV, do CPP

Com redação conferida pela lei 11.719/08, no âmbito do movimento de revalorização do ofendido no processo penal, o art. 387, IV, do CPP, impôs ao magistrado o dever de fixar o valor mínimo da reparação dos danos causados pela infração<sup>27</sup>. Veja-se:

**Art. 387** – O juiz, ao proferir sentença condenatória:

[...] **IV** – fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Doravante caberá ao juiz criminal fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal. Assim, o ofendido, a partir do seu trânsito em julgado, terá à sua disposição um título executivo líquido, sem prejuízo do seu direito de buscar o complemento da indenização, caso não lhe satisfaça o montante fixado.

Aplaudam-se as boas intenções do legislador. Lamentavelmente, porém, os efeitos práticos dessa alteração normativa poderão obstaculizar os propósitos almejados pela mudança, em especial o de dar maior celeridade à reparação da vítima.

Nesse contexto, é comum indagar-se se o juiz deverá conceder a reparação mínima de ofício ou mediante pedido expresso<sup>28</sup>. Nesse ponto não se pode ter dúvida de que é necessária a existência de pleito manifesto, inclusive por se tratar de direitos patrimoniais, para que não se viole o princípio da inércia da jurisdição e do devido processo legal, mesmo porque ninguém pode ser *surpreendido* com uma condenação pecuniária sem conhecer previamente a pretensão formulada nesse sentido e sem que lhe seja propiciado o exercício da ampla defesa e do contraditório<sup>29</sup>.

28. No STJ, consolidou-se a tese da necessidade de pedido expresso: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 387, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXISTÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA DE INSTRUÇÃO ESPECÍFICA NO CURSO DO PROCESSO. INOBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES. I – Na linha da jurisprudência desta Corte, "a reparação de danos, além de pedido expresso, pressupõe a indicação de valor e prova suficiente a sustentá-lo, possibilitando ao réu o direito de defesa. Necessário, portanto, instrução específica para apurar o valor da indenização. Precedentes. II – A tese fixada por esta eg. Corte de Justiça no sentido de que: "Nos casos de violência contra a mulher praticados no âmbito doméstico e familiar, é possível a fixação de valor mínimo indenizatório a título de dano moral, desde que haja pedido expresso da acusação ou da parte ofendida, ainda que não especificada a quantia, e independentemente de instrução probatória." (REsp 1675874/MS, Terceira Seção, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 08/03/2018, grifei), não é aplicável ao caso, se tratando de delito de roubo. Agravo desprovido. (AgRg no REsp 1813825/RJ, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019).

29. Registre-se que existem autores que consideram possível a fixação de ofício da reparação, sem que haja pedido formal, a exemplo de Andrey Borges de Mendonça: "É relevante notar que a possibilidade de o magistrado criminal fixar o valor mínimo na sentença independe de pedido explícito. E não há violação ao princípio da inércia, segundo pensamos. Isto porque é efeito automático de toda e qualquer sentença penal condenatória transitada em julgado impor ao réu o dever de indenizar o dano causado. Não é necessário que conste na denúncia ou na queixa tal pedido, pois decorre da própria disposição legal o mencionado efeito. É automático, já dissemos. Ou seja, independentemente

26. Conceito de Saúde estabelecido pela Organização Mundial de Saúde – OMS, conforme Comissão Nacional de Reforma Sanitária. Relatório final da 8ª. Conferência Nacional de Saúde de 1986.

27. Disposição similar já existia na Lei de Crimes Ambientais.

Quem, então, deverá pleitear a reparação? Em princípio, evidentemente, o próprio ofendido, por conduto de assistente de acusação. Mas o Ministério Público também teria legitimidade para fazê-lo?

A resposta há de ser afirmativa<sup>30</sup>. Nos crimes de ação penal pública, ainda que condicionada à representação, caberá ao Ministério Público formular postulação nesse propósito. Incumbe-lhe, na qualidade de *dominus litis* da ação penal pública, com base nos elementos apurados na fase de investigação, oferecer a denúncia e nela acrescentar o pleito reparatório. Em tais casos, sustentar que caberia tão somente à eventual assistente de acusação requerê-lo implicaria negar o próprio objetivo da modificação, que pretendeu concretizar o princípio da celeridade processual e da duração razoável do processo. Ademais, cabe reconhecer que a grande maioria das vítimas no Brasil, por várias razões, não indica assistente de acusação.

Sobre o tema, assim se pronunciou Guilherme de Souza Nucci:

[...] Admitindo-se que o magistrado possa fixar o valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração penal, é fundamental haver, durante a instrução criminal, um pedido formal para que se apure o montante civilmente devido. Esse pedido deve partir do ofendido, por seu advogado (assistente de acusação), ou do Ministério Público. A parte que o fizer deve indicar valores e provas suficientes a sustentá-los. A partir daí, deve-se proporcionar ao réu a possibilidade de se defender e produzir contraprova, de modo a indicar valor diverso ou mesmo a apontar que inexistiu

prejuízo material ou moral a ser reparado. Se não houver formal pedido e instrução específica para apurar o valor mínimo para o dano, é defeso ao julgador optar por qualquer cifra, pois seria nítida infringência ao princípio da ampla defesa [...] <sup>31</sup>.

Por outro lado, não seria o caso de atribuí-lo à Defensoria Pública?

Ora, nesse caso despontaria uma situação estrúxula e de provável ocorrência concreta, nas hipóteses em que determinado membro da Defensoria Pública formula pleito reparatório em favor de vítima pobre e outro integrante da entidade, na defesa do réu, promova a impugnação do requerimento, em completo ferimento aos princípios que regem a instituição.

Se o legislador adotou um sistema mitigado de confusão<sup>32</sup>, já que se reporta a “valor mínimo” para reparação dos danos, é indiscutível a legitimidade concorrente do órgão ministerial para formulação do pleito ressarcitório, com as ressalvas apontadas.

Por tais razões, nos crimes de ação pública caberá ao Ministério Público ou ao ofendido formular postulação nesse sentido, e deverá fazê-lo com exatidão. Por exemplo, em caso de crime contra o patrimônio que envolva prejuízo facilmente quantificável, bastará que o pedido promova uma estimativa mínima de indenização e que efetivamente se comprove na instrução a ocorrência dos prejuízos, cabendo ao magistrado, de todo modo, na fixação do valor referido, respeitar o contraditório e a ampla defesa<sup>33</sup>.

de qualquer pedido, no âmbito penal, a sentença penal condenatória será considerada título executivo. O mesmo se aplica em relação ao valor mínimo da indenização: decorre da lei, é automático, sem que seja necessário pedido expresse de quem quer que seja”. (Andrey Borges de Mendonça. Nova Reforma do Código de Processo Penal. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, pp. 232/233).

30. Nesse sentido, julgado do TJMG: “EMENTA: ROUBO. ART. 157, §2º, INCISOS II, DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. GRAVE AMEAÇA. PALAVRA DA VÍTIMA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. PENALIDADE MANTIDA. REPARAÇÃO DOS DANOS. ART. 387, IV, DO CPP. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO EXPRESSO. EXCLUSÃO.- (...) Para que seja fixado o valor mínimo devido a título de reparação dos danos à vítima, causados pela infração, é necessário pedido formal da vítima ou pelo Ministério Público, em se tratando de direito disponível, não podendo o juiz estabelecer tal condenação de ofício.” (TJMG – Apelação criminal nº 1.0470.10.001385-8/001 – Comarca de Paracatu – Apelante(s): William Pereira da Silva – Apelado(a)(s): Ministério Público do Estado de Minas Gerais – Relator: Exmo. Sr. Des. Duarte de Paula, julgado em 02/12/2010). Grifos nossos.

31. NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 8. ed. Ed. RT, São Paulo: 2008, p. 691.

32. Pelo sistema da confusão, adotado em alguns países, toda a sentença penal condenatória deve comportar em seu bojo a condenação pela responsabilidade de indenizar.

33. “APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 593, III, “D”, CPP. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO DOS JURADOS SUPOSTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. REPARAÇÃO DOS DANOS CAUSADOS PELA INFRAÇÃO. ART. 387, IV DO CPP. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. – Em sede de apelação contra a decisão dos jurados, não cabe à instância revisora substituir os membros do Conselho de Sentença e afirmar que o acolhimento da tese acusatória era “melhor” que a da defesa, mas, apenas, aferir se a versão acolhida pelo júri tem plausibilidade nos autos. – A fixação do valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração também deve observar os princípios do contraditório e ampla defesa, revelando-se imperiosa sua exclusão quando não foi oportunizado aos recorrentes o direito de produzir eventuais provas que pudessem interferir na convicção do julgador no momento da fixação.” Apelação criminal nº 1.0145.03.056604-9/001 – Comarca de Juiz de Fora – Apelante(s): Edson Eliziario da Silva, Ubirajara Cipriano Branco Delana – Apelado(a)(s): Ministério

Em outros casos mais complexos, como no crime de homicídio, deverá o membro do *parquet* articular pedido que contenha as prescrições do art. 949 do Código Civil, comprovando os prejuízos durante a instrução do feito:

Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações:

I – no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família;

II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

A grande dificuldade é a representada pelos crimes que não afetam o patrimônio material, mas que atingem direitos da personalidade, devendo-se ressaltar que a lei se reporta a valor mínimo para reparação dos danos, e estes, como se sabe, podem ser morais ou materiais (art. 186 do Código Civil)<sup>34</sup>.

**E em hipóteses de crime de perseguição, qual seria o parâmetro para fixar o valor mínimo da reparação, já que, em boa parte dos casos, se está diante de dano extrapatrimonial?**

Por certo, a denúncia haverá de formular pedido de fixação de valor mínimo reparatório. Na eventual sentença condenatória deverá o magistrado assentá-lo a partir de alguns critérios,<sup>35</sup> entre os quais a natureza da lesão, as consequências do ato, o grau de culpa, as condições financeiras das partes, sempre atendendo à dúplici finalidade de *punição ao responsável pelo dano e de compensação ao sofrimento e angústia* vivenciados pela parte lesada, sem, contudo, permitir o enriquecimento sem causa<sup>36</sup>.

Nesse último caso, como a vítima obteve a fixação da reparação mínima, é de esperar-se que ela proponha no juízo trabalhista<sup>37</sup> a execução desse

*quantum*, e a liquidação *do valor complementar* que integralize sua reparação, conforme os termos do art. 63 do CPP<sup>38</sup>:

Art. 63 – Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

**Parágrafo único.** Transitada em julgado a sentença condenatória, a execução poderá ser efetuada pelo valor fixado nos termos do inciso IV do caput do art. 387 deste Código sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.

Note-se que toda a execução é realizada no juízo cível-trabalhista, seja aquela fixada como reparação mínima, seja aquela correspondente ao valor complementar resultado da “apuração do dano efetivamente sofrido”.

## 7. CONCLUSÃO

O assédio moral tem deixado um rastro de dor e de sofrimento, infelicitando a vida de milhões de trabalhadores e trabalhadoras por todo o mundo. É um drama que ultrapassa as fronteiras do Direito, embora não seja possível enfrentá-lo exitosamente sem a contribuição da instância jurídica, em suas mais amplas dimensões, desde que se tenha a sensibilidade e o cuidado de lidar com ele a partir de referenciais legais e hermenêuticos que permitam o combate na dimensão necessária ao seu enfrentamento.

Enquanto epidemia invisível, o assédio moral não comporta delimitação conceitual precisa, pois suas manifestações são proteiformes, assumindo distintas modalidades de expressão, a exemplo do assédio por *stalking*. Em todas elas se constata a violência psicológica no meio ambiente laboral mediante a exposição do trabalhador a condutas humilhantes, vexatórias, constrangedoras, repetitivas e prolongadas. Essas ações contaminam a esfera inter-relacional no trabalho, tornando-a tóxica e nociva.

Essas manifestações agredem direitos fundamentais arduamente conquistados em décadas de lutas sociais. Por essas e outras razões, ao completar o centenário de sua existência, a Organização Internacional do Trabalho – OIT aprovou a Convenção nº 190, de 2019, para tratar justamente da violência

Público do Estado de Minas Gerais – Relator: Exmo. Sr. Des. Renato Martins Jacob.

34. Sem olvidar da denominada perda de uma chance, que, para alguns, seria uma terceira espécie de dano.

35. Ver art. 223-G, da CLT.

36. Não se descarta a possibilidade de interpretação restritiva, no sentido de que o valor mínimo referido na norma diria respeito tão-somente aos danos materiais, o que, ao nosso juízo, fere a regra hermenêutica de que não cabe ao intérprete distinguir quando a lei não distingue.

37. Haverá sempre o risco de o magistrado trabalhista entender que o valor mínimo reparatório estatuído na sentença penal excede o “máximo” que costumeiramente defere em suas decisões.

38. Aplicável, no particular, as disposições do art. 509 do CPC, referentes à execução de sentenças com parte líquida e com parte ilíquida.

e assédio moral no meio ambiente de trabalho, o que reafirma a importância da temática.

Evocam-se essas circunstâncias para revelar que a matéria abordada cuida de situações de extrema repercussão concreta, que demandam análises e estudos aprofundados de sua dogmática. Esta sintética apreciação teórica pretendeu apenas abrir uma clareira investigativa em campo tão vasto a ser explorado, na expectativa de contribuir para um diálogo em busca do aprofundamento e da melhor compreensão do seu conteúdo.

## REFERÊNCIAS

- AMIKY, Luciana Gerbovic. *Stalking*. Dissertação de Mestrado. PUC-SP, 2014. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6555/1/Luciana%20Gerbovic%20Amiky.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2021.
- CARVALHO JÚNIOR, Pedro Lino de. In: A sentença criminal e seus efeitos na jurisdição trabalhista coletiva. Gérson Marques; Ney Maranhão. (Org.). *O mundo do trabalho* – Novidades normativas na perspectiva da Magistratura e do Ministério Público. 1. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- DEJOURS, Cristophe. Um suicídio no trabalho é uma mensagem brutal. PÚBLICO. 01/02/2010. Disponível em: <https://www.publico.pt/2010/02/01/sociedade/noticia/um-suicidio-no-trabalho-e-uma-mensagem-brutal-1420732>. Acesso em. 3 fev. 2021.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4. ed. v. 4. Salvador: JusPodivm, 2009.
- DONNINI, Rogério. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (Coord.). *Comentários ao Código Civil brasileiro: volume VIII: dos atos unilaterais: dos títulos de crédito: da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tópicos avançados de direito material do trabalho*. Editora Damásio de Jesus: São Paulo, 2006.
- MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2021.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do código de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.
- MICOLI, Alessia. *Il fenomeno dello stalking*. Milão: Giuffrè, 2012.
- MARANHÃO, Ney. Dignidade humana e assédio moral: a delicada questão da saúde mental do trabalhador. In: RAMOS FILHO, Wilson (Coord.). *Trabalho e regulação: as lutas sociais e as condições materiais da democracia*. Volume 1. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: RT, 2008.



# A nova face do Direito do Trabalho e a globalização

Rodolfo Pamplona Filho\*

*Em verdade, as coisas são muito mais complicadas, porque ficamos sempre oscilando entre a crença (iludida) e a ciência (retificadora) que, de qualquer forma, nunca se põe, definitivamente, como perfeita e acabada. E, coletivamente, não participamos duma tragédia, em que todos se agitam em vão, arrastados para a catástrofe inevitável, como um bando de cegos incuráveis: participamos, ao contrário de um drama, em que os personagens buscam o seu itinerário, lutando contra barreiras de todo gênero e com a chance duma vitória final contra o 'destino' (na medida em que temos a possibilidade de transformar a cegueira em miopia e a procurar os óculos mais aperfeiçoados para ver o caminho).*

*(Roberto Lyra Filho, O que é Direito?, 6ª ed., São Paulo, Brasiliense, 1986, p.26)*

**SUMÁRIO:** 01. Introdução. 02. Globalização – aspectos conceituais. 03. Fundamentos do Direito do Trabalho. 04. Globalização e Flexibilização do Direito do Trabalho. 05. Os novos Desafios do Direito do Trabalho em uma sociedade globalizada. 06. Considerações Finais. 07. Bibliografia citada e consultada.

## 1. INTRODUÇÃO

Uma nova sociedade mundial parece eclodir a cada momento.

De fato, a interação entre indivíduos e povos, decorrente do enorme desenvolvimento das comunicações, em que se assiste, ao vivo e a cores, atentados terroristas em qualquer parte da Terra, permite-nos a formação de uma consciência universal, anos-luz à frente da visão de nossos antepassados.

Por outro lado, as dúvidas sobre a estabilidade da nova ordem econômica mundial, incertezas estas que se estendem para muito além da radicalização de protestos organizados, precisam ser encaradas sob o prisma da coabitação da pobreza crônica e da riqueza inestimável que vislumbramos nas nossas janelas (ou aparelhos de TV).

É nesta perspectiva de profunda hesitação que desenvolvemos este trabalho, com o fito não de apresentar respostas prontas e acabadas, mas sim para, aumentando a nossa perplexidade, perguntar: pode o Direito do Trabalho sobreviver em uma sociedade globalizada?

## 2. GLOBALIZAÇÃO – ASPECTOS CONCEITUAIS

A grande indústria criou o mercado mundial. As velhas indústrias nacionais foram aniquiladas e continuam a sê-lo dia a dia. Elas são suplantadas por novas, cujos produtos se consomem simultaneamente tanto no próprio país como em todos os continentes. Em lugar das velhas necessidades, atendidas pelos produtos do próprio país, surgem necessidades novas, que exigem, para a sua satisfação, produtos dos países mais longínquos e de climas diversos. Dissolvem-se todas, as relações sociais antigas e cristalizadas, todas as relações que as substituem envelhecem antes de se consolidarem. Tudo o que era sólido e estável se desmancha no ar.

Estas palavras poderiam ter sido escritas por qualquer analista político deste século XXI. Todavia, o foram por Karl Marx, no Manifesto Comunista, escrito em 1848, quase como uma profecia do que hoje presenciamos.

Os mais exaltados tendem a ver o fenômeno da globalização como algo profundamente execrável, que deve ser intensamente combatido. Neste sentido, veja-se a seguinte afirmação:

“Globalização é um nome com o qual se procura dar nova roupagem a velhos processos estruturais da expansão do Capitalismo em escala mundial. Esse fato se acha bem analisado, sobretudo após a dissecação feita pelo economista alemão Rudolf Hilferding, em sua obra “O capital financeiro”, demonstrando a necessidade que tem o sistema capitalista de se expandir e ocupar cada vez mais largos espaços geográficos e econômicos, dentro do processo por ele denominado de “Imperialismo”.<sup>1</sup>

(\*) Professor Titular de Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador - UNIFACS. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Juiz do Trabalho da Quinta Região.

1. Gadelha, Regina Maria A. Fonseca, “Globalização e Crise Estrutural” in “Globalização, Metropolização e Políticas Neoliberais”, São Paulo, EDUC, 1997, p. 51.

Todavia, *Globalização, globalismo ou globalidade* é, em verdade, um “processo provocado pelo alto desenvolvimento tecnológico, determinante de crescente interinfluência das economias nacionais e intensa integração dos mercados mundiais de produção e consumo”<sup>2</sup>.

Para que tal o fenômeno fosse realmente compreendido, criou-se este neologismo, que busca expressar “um sentimento comum não apenas de sua existência, como de sua decidida marcha na direção de um futuro envolvido na neblina de transformações de toda ordem que reserva ao homem, como ser social, cujo conteúdo último é muito mais pressentido do que dominado”<sup>3</sup>.

*Octavio Ianni*, em interessantíssimo e profundo trabalho sobre o tema, considera ser a *globalização* “um novo ciclo de expansão do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial. Um processo de amplas proporções, envolvendo nações e nacionalidades, regimes políticos e projetos nacionais, culturas e civilizações”<sup>4</sup>.

Um ponto de suma importância a ser destacado, porém, é que a *globalização* não é um processo primário e sim um *subproduto econômico* da tecnologia, cujo altíssimo nível de progresso provocou o terceiro surto da *Revolução Industrial* iniciada no século XVIII, que se vai impondo, neste final de século XX, com o nome, cada vez mais aceito, de *Revolução Tecnológica*.

A *globalização*, em verdade, configura-se como o *fato econômico* gerado pela *Revolução Tecnológica*, com profundas modificações sociológicas, culturais e políticas.

A *globalização*, porém, não é novidade, nem se limita à ocidentalização. Ao longo de milhares de anos, ela vem se manifestando através de fenômenos culturais, como a disseminação do conhecimento e compreensão (sobretudo, a ciência e tecnologia), mas também por aspectos sociológicos *stricto sensu* (grandes migrações) e econômicos (expansões empresariais transnacionais).

As influências, contudo, se fizeram sentir em diversas direções, pois, por exemplo, perto do final do milênio encerrado, a direção deste movimento

era prioritariamente do Ocidente para o resto do mundo, mas, há bem pouco tempo (pelo menos em escala histórica, os séculos transcorrem tão rapidamente qual grãos de areia na ampulheta), a Europa estava absorvendo a ciência e a tecnologia chinesas e a matemática árabe e a indiana, o que demonstram uma herança mundial de interação, confirmada pela tendências contemporâneas.

Mas o que este fenômeno tem a ver com o Direito do Trabalho?

Revejamos as origens deste ramo especializado para entender a proposta deste trabalho.

### 3. FUNDAMENTOS DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho é um dos ramos da árvore jurídica com maior matiz ideológica e revolucionária.

Esta afirmação pode ser comprovada pela constatação de que seu surgimento se dá com a quebra do tradicional e arraigado princípio civilista da ampla autonomia individual da vontade, numa mudança de paradigma de um Estado liberal para um Estado intervencionista, de busca de bem-estar social.

O Liberalismo, consagrando tal princípio de autonomia da vontade, calcado na ideia de igualdade das partes, era assim visto por Lênin: “O ‘direito igual’ – diz Marx temo-lo aqui, com efeito, mas é ainda o ‘direito burguês’, que, como todo o direito pressupõe a desigualdade. Todo direito é a aplicação de uma medida idêntica a pessoas diferentes, que, de facto, não são idênticas, não são iguais umas às outras; e por isso, o ‘direito igual’ é uma violação da igualdade e uma injustiça”<sup>5</sup>.

A pedra fundamental do Direito do Trabalho é, portanto, o princípio da proteção do economicamente fraco (*hipossuficiente*, na clássica denominação de Cesarino Jr.). *Pinho Pedreira* conceitua-o como o *princípio* “em virtude do qual o Direito do Trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores”<sup>6</sup>.

Assim, é tal princípio o parâmetro visceral orientador do Direito do Trabalho, pois, enquanto

2. Pamplona Filho, Rodolfo, e Pinto, José Augusto Rodrigues, “Repertório de Conceitos Trabalhistas – Vol. I (Direito Individual)”, São Paulo-SP, LTr Editora, 2000, p.299.

3. Pinto, José Augusto Rodrigues, *O Direito do Trabalho e as Questões do Nosso Tempo*, São Paulo, LTr, 1998, p. 19.

4. Ianni, Octavio, *A Era do Globalismo*, 3ª ed., Rio, Civilização, 1997, p. 7.

5. Lênin, V. I., “O Estado e a Revolução” in *Obras Escolhidas*, vol.3, Lisboa, Avante, 1985, p.265.

6. Silva, Luiz de Pinho Pedreira da, *Principiologia do Direito do Trabalho*, 2ª ed., São Paulo, LTr, 1997, p.29.

no direito comum há uma constante preocupação de assegurar a igualdade entre os contratantes, no juslaboralismo a preocupação central é estabelecer um amparo preferencial a uma das partes, o trabalhador, para, mediante esta proteção, alcançar-se uma igualdade substancial entre os atores sociais.

Seu fundamento está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho, que surgiu como uma reação à exploração desenfreada do trabalho humano, tomado como objeto de comércio na perspectiva liberal da oferta e da procura. Vale destacar que o jurista italiano *Cessari* afirma que a razão profunda do espírito protetor do Direito do Trabalho é dupla: a inseparabilidade da prestação de trabalho da pessoa do trabalhador e a normal exclusividade da dedicação do trabalhador à empresa, da qual extrai o único ou principal recurso para sua subsistência<sup>7</sup>.

Da mesma forma, ao contrário da visão assentada sobre outros ramos do Direito, o fator econômico tem profunda relação com os fundamentos do juslaboralismo.

De fato, a necessidade de desigualar juridicamente os menos favorecidos para reequilibrar as relações na sociedade tem como raiz esta própria desigualdade econômica, imposta, de forma ainda mais cruel, com o advento da Revolução Industrial. Sob outro viés, porém, não se pode deixar de reconhecer logicidade a esta aparente autopoiese do sistema, que cede espaços – sob a salutar e justa alegação de valorização da dignidade humana – para a manutenção do próprio ciclo e centro emanador de poder.

#### 4. GLOBALIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

Na área jurídica, provindo o Direito do Trabalho das repercussões inevitáveis da *Revolução Industrial* sobre o *fato econômico* e deste sobre o *fato social*, até chegar ao *fenômeno jurídico*, não poderia estar fora da órbita de influência da globalização sobre sua estrutura edificada, basicamente, em redor de uma das figuras humanas do processo industrial – o trabalhador – atingida pelas inovações tecnológicas.

O modo de influir da *globalização* sobre o Direito do Trabalho se exhibe numa figura nascida dentro dele, até agora conhecida como *flexibilização*, que já o está pressionando no sentido da revisão de seus

*fundamentos*, até então alicerçados em preceitos estruturais (*princípios*) concebidos para a máxima tutela do trabalhador, hoje um valor extremamente aviltado pelo domínio da automação.

Isto porque a *Flexibilização* se caracteriza como um impulso universal de abrandamento do caráter tutelar do hipossuficiente econômico, típico do Direito do Trabalho, realizando-se no sentido de transferir para os próprios interessados em mantê-las a disciplina das relações de trabalho subordinado, nos planos coletivo e individual de interesse dos respectivos sujeitos.

A agressão da *economia globalizada* ao emprego força o Direito do Trabalho a deslocar o eixo de sua estrutura em seus ramos internos mais importantes:

- a) *no Individual*, afrouxando a rígida disciplina tutelar do trabalhador, exercida, por meio da norma estatal, em nome do *princípio nuclear da proteção*, o que importa em passar à responsabilidade dos próprios atores das relações de trabalho a negociação de suas condições;
- b) *no Sindical e Coletivo*, impondo a mudança da postura tradicionalmente reivindicativa das representações sindicais para outra, negociadora dos interesses das categorias, na posição, inclusive, de recipiendário da função normativa estatal.

É possível dizer-se que, desde o fato econômico da *globalização* e por via da *flexibilização normativa estatal* da relação de trabalho subordinado, o Direito do Trabalho está em compasso efetivo de *reflexão*, visando ao *recondicionamento* de suas ideias estruturais.

Assim, o Direito do Trabalho do futuro não estará mais tão preocupado com temas, tão caros na sua gênese, como limitação de jornada e garantia de emprego e salário justo, mas sim com novos problemas oriundos de uma sociedade globalizada, que lhe impõem uma nova face (ou, ao menos, uma nova máscara).

#### 5. OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO DO TRABALHO EM UMA SOCIEDADE GLOBALIZADA

Nesta nova sociedade mundial, o espaço destinado ao Direito do Trabalho não mais se restringe a questões de tutela individual de trabalhadores, mas a um sentido mais profundo de proteção, em que o

7. *Cessari, Aldo, Il "favor" Verso il Prestatore di Lavoro Subordinato*, Milão, 1966, p.2.

destinatário final da norma não é mais somente o empregado, mas sim a própria comunidade laboral em um prisma amplo.

Com isso, novos problemas demandam tratamento mais minudente, como, por exemplo, o estabelecimento de uma política social supra-estatal, que permita a efetiva diminuição das desigualdades em regiões em que as fronteiras se tornaram mais tênues.

Com a formação de blocos continentais, a livre circulação de trabalhadores subordinados se torna um problema a ser enfrentado, seja pelo fortalecimento da seguridade social correspondente, seja pela justa imposição da paridade de tratamento e de condições de trabalho entre estrangeiros.

Como nos informa Luisa Galantino,

*Se il principio della parità di trattamento tra uomini e donne è ormai da tempo consolidato in consistente corpus di norme comunitarie, va posto in evidenz che il Trattato di Amsterdam espressamente conferisce al Consiglio il potere di prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate non solo sul sesso, ma anche sulla razza, sull'origine etnica, sulla religione, sulle convinzioni personali, sugli handicap, sull'età o sulle tendenze sessuali (art.13).*

Da mesma forma, a necessidade de harmonização das legislações estatais em termos de direito do trabalho, principalmente em matéria de participação dos trabalhadores na gestão (e lucros) da empresa, é outra medida que se impõe para a reflexão deste novo Direito do Trabalho, com um novo perfil que lhe muda a face.

Neste sentido, afirma *Umberto Romagnoli*:

A verdade é que a senda percorível do Direito do Trabalho, para não se tornar objeto do mais desenfreado *shopping* pode ser traçada sob a única condição de partir da premissa de que a sua crise é destinada a agravar-se na persistente ausência de uma estável acomodação de estruturas federais entre os Estados, as quais, visto que articuladas em âmbitos macroregionais, vejam ter-lhes sido atribuída a legitimação de formular regras comuns de funcionamento do mercado global e a preencher os vazios normativos criados pelo descambar de soberanias dos Estados, subrogando o seu diminuído controle sobre os processos produtivos e sobre os mecanismos financeiros dos quais dependia a capacidade

regulativa dos direitos nacionais do trabalho<sup>8</sup>.

Além disso, o redimensionamento da atuação do Direito do Trabalho é imposto por aquilo que José Janguê Bezerra Diniz chama de “interessantíssimos e macabros fenômenos:

- a) criação dentro dos blocos econômicos de um imenso exército de reserva;
- b) a alta rotatividade da mão-de-obra nos empregos e nas regiões;
- c) o alto número de migrações internas dentro destes blocos;
- d) a existência de um proletariado altamente qualificado (inclusive com nível universitário);
- e) o crescimento do desemprego e subemprego, em virtude de que a automação, e o imenso excedente de trabalho farão com que grande parte da população encontre modos ‘alternativos’ de ganhar a vida”.<sup>9</sup>

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas são algumas rápidas considerações que consideramos conveniente trazer à baila, tendo em vista a enorme perplexidade com que convivemos – enquanto operadores do juslaboralismo – com a nova ordem econômica mundial.

Aliado de nosso raciocínio, lembra José Janguê:

“Estamos no limiar de uma nova era, talvez nem conheçamos seu apogeu, mas traçar perspectivas para o Direito do Trabalho é crer na sua sobrevivência sob a égide de outras modalidades para a época que advirá. Temos a impressão que tais formas serão comprimidas e automáticas em resultado da compreensão do Estado e necessidade de velocidade que a sociedade do futuro exigirá.

‘O mundo é um belo livro, mas pouco útil para quem não o sabe ler’, são palavras de *Carlo Galgani*, um dramaturgo italiano do século XVIII. Perceber o texto da bela tragédia que é a história humana é uma tarefa árdua, conhecer o próximo capítulo um trabalho difícilimo, mas inerente à conduta humana, que

8. Romagnoli, Umberto, “Os Juristas do Trabalho ante a Globalização” in Silva, Diana de Lima e, & Passos, Edésio (organizadores), *Impactos da Globalização – Relações de Trabalho e Sindicalismo na América Latina e Europa*, São Paulo, LTr, 2001, p.30.

9. Diniz, José Janguê Bezerra, *O Direito e a Justiça do Trabalho diante da Globalização*, São Paulo, LTr, 1999, p.205.

sempre quis e vai querer saber para onde lhe conduz a estrada que ele próprio cria, chamada História”<sup>10</sup>.

Encerramos este ensaio, porém, com a convicção de que, se a globalização é a oportunidade que o ser humano – e, conseqüentemente, o trabalhador – tem de assumir uma cidadania global, livre das amarras dos Estados nacionais, entender e disciplinar tal postura é o mais novo desafio do Direito do Trabalho como garantia jurídica mínima da dignidade. Esta é a sua nova face diante da Globalização.

## 7. BIBLIOGRAFIA CITADA E CONSULTADA

- CESSARI, Aldo, *Il “favor” Verso il Prestatore di Lavoro Subordinato*, Milão, 1966.
- DINIZ, José Janguê Bezerra, *O Direito e a Justiça do Trabalho diante da Globalização*, São Paulo, LTr, 1999.
- GADELHA, Regina Maria A. Fonseca, “Globalização e Crise Estrutural” in *Globalização, Metropolização e Políticas Neoliberais*, São Paulo, EDUC, 1997.
- GALANTINO, Luisa, *Diritto Comunitario del Lavoro*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2001.
- IANNI, Octavio, *A Era do Globalismo*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Civilização, 1997.
- JAVILLIER, Jean-Claude, *Droit du travail (Manuel)*, 5ª ed., Paris, LGDJ, 1996.
- LÊNIN, V. I., “O Estado e a Revolução” in *Obras Escolhidas*, vol.3, Lisboa, Avante, 1985.
- NORRIS, Roberto, “Livre Circulação de Empregados em um Contexto de Integração Regionalizada” in *Revista LTr.*, São Paulo, 63-03/327
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo, e Pinto, José Augusto Rodrigues, “Repertório de Conceitos Trabalhistas – Vol. I (Direito Individual)”, São Paulo-SP, LTr Editora, 2000;
- PINTO, José Augusto Rodrigues, “A Globalização e as Relações Capital/Trabalho” in “O Direito do Trabalho e as Questões do Nosso Tempo”, São Paulo, LTr., 1998.
- RODRIGUEZ, Américo Plá, “Princípios de Direito do Trabalho”, 1ª ed. brasileira, 4ª Tiragem, São Paulo, LTr, 1996.
- ROMITA, Arion Sayão, “A Flexibilização e os Princípios do Direito do Trabalho” in “Direito do Trabalho – Temas em Aberto”, São Paulo, LTr., 1988.
- RUPRECHT, Alfredo J., “Os Princípios de Direito do Trabalho”, 1ª ed. brasileira, São Paulo, LTr, 1995.
- SILVA, Diana de Lima e, & Passos, Edésio (organizadores), *Impactos da Globalização – Relações de Trabalho e Sindicalismo na América Latina e Europa*, São Paulo, LTr, 2001.
- SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da, “Principiologia do Direito do Trabalho”, 2ª ed., São Paulo, LTr, 1997.
- SOUZA, Sérgio Alberto de, *Direito, Globalização e Barbárie*, São Paulo, LTr, 1998.
- SÜSSEKIND, Arnaldo, “A Globalização da Economia e o Direito do Trabalho” in *Revista LTr.*, São Paulo, 61-01/40.

10. Diniz, José Janguê Bezerra, *ob. cit.*, p.208.



Produção gráfica e editoração eletrônica:

**Editora Paginae**

Site: [www.editorapaginae.com.br](http://www.editorapaginae.com.br)

E-mail: [editorapaginae@gmail.com.br](mailto:editorapaginae@gmail.com.br)

Tel.: (71)99915-5969

Salvador - Bahia - Brasil