

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

ANO 11 • Nº 16

ISSN 2358-0038

1º SEMESTRE • 2024



HOMENAGEM AO DESEMBARGADOR LUIZ ANTONIO MOREIRA VIDIGAL

Coordenação: Flávia F. J. Menezes - Diretora Cultural da AMATRA-2

Italo Menezes de Castro - Diretor Cultural Adjunto

Colaboração: Diego Reis Massi - Presidente da AMATRA-2

Ficha catalográfica:

Revista Jurídica da Escola da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região/ Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2. Região). – Ano 11, nº 16 (1º sem. 2024) – São Paulo, 2024.

. v. : 26cm

. Semestral ISSN: 2358-0038

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

. CDU 34:331(05)

Caros associados e associadas,

Com muita alegria, a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região lança a 16ª (décima sexta) edição de sua Revista Jurídica, apresentando um novo visual, mais moderno, que realça a beleza do maior fórum trabalhista do país, o Fórum Ruy Barbosa, que conta, atualmente, com mais de 450 mil processos em andamento.

Destaca-se ainda a merecida homenagem ao nosso querido magistrado Luiz Antônio Moreira Vidigal, com trajetória brilhante no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, iniciando como servidor, passando a Juiz do Trabalho e, depois, Desembargador do Trabalho, ainda com passagens marcantes na Corregedoria e na Presidência de nosso Regional. Também é membro da Comissão Disciplinar e de Prerrogativas da AMATRA-2, engrandecendo-a com toda a sua experiência e conhecimento.

Com a edição desta nova Revista, cumpre-se o relevante papel institucional de estimular a busca do aperfeiçoamento e atualização jurídica. Os excelentes artigos abordam com profundidade temas atuais e relevantes, que em muito contribuirão para uma melhor prestação jurisdicional.

Desejamos a todos uma boa leitura.

Abraços,

Diego Reís Massi

**Presidente da AMATRA-2
Biênio 2024-2026**



AMATRA-2

Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da Segunda
Região

Conselho Editorial

Renata Orsi Bulgueroni,, Juíza do
TRT-2

Lívia Soares Machado, Juíza do
TRT-2

Coordenação

**Flávia Ferreira Jacó de
Menezes,** Diretora Cultural da
AMATRA-2.

**Ítalo Menezes de Castro
Adalberto Martins,** Diretor
Cultural Adjunto da AMATRA-2.

AMATRA-2

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

EXPEDIENTE

Diretoria Executiva

Presidente

Diego Reis Massi

Vice-presidente

Erotilde Ribeiro dos Santos

Minharro

Secretário Geral

André Eduardo Dorster Araújo

Secretário Geral Adjunto

Fábio Ribeiro da Rocha

Diretora Financeira

Cristina Ottoni Valero

Diretora Cultural

Flávia Ferreira Jacó de

Menezes

Diretor Cultural Ajunto

Ítalo Menezes de Castro

Diretora Social

Rebeca Sabioni Stopatto

Diretora Social Adjunta

Andrea Corrêa de Paula Rizzoto

Diretor de Benefícios

Jorge Batalha Leite

Diretor de Benefícios Adjunto

Jobel Amorim das Virgens Filho

Diretora de Direitos Humanos

Daiana Monteiro Santos

Diretora de Direitos Humanos Adjunta

Tâmara Luiza Vieira Rasia

Diretor de Esportes

Marcos Antônio Idalino

Cassimiro Filho

Diretor de Esportes Adjunto

Márcio Fernandes Teixeira

Diretor de Aposentados

Adalberto Martins

Diretora de Aposentados Adjunta

Maria Aparecida Norce Furtado

Diretoria de Igualdade de Gênero

Karoline Sousa Alves Dias

Thaís Verrastro de Almeida

Leila Aparecida Chevtchuk de

Oliveira

Comissão Disciplinar e de Prerrogativas

Titulares

Renato Sabino Carvalho Filho

(diretor)

Luiz Antônio Moreira Vidigal

Frederico Monacci Cerutti

Suplentes

Rogério Moreno de Oliveira

Willian Alessandro Rocha

Samantha Fonseca Steil Santos e Mello

Conselho Fiscal

Titulares

Decio Sebastião Daidona Libia da Graça Pires

Cristiane Braga de Barros

Brígida Della Rocca Costa

Suplentes

Talita Luci Mendes Falcão

Marcos Vinicius Coutinho

Coordenadoria de Comunicação Interna

Aline Bastos Meireles Mandarin

Martha Campos Accurso

Comissão Simetria E Isonomia

Titulares

Laís Cerqueira Tavares

Paulo Kim Barbosa

frederico11

Nelson Cardoso dos Santos

Marcelo Pereira das Neves

Bruno Coutinho Peixoto

Comissão de Aposentados

Jucirema Maria Godinho Gonçalves

Mércia Tomazinho

Ana Maria Contrucci Brito Silva

SUMÁRIO

Caros associados e associadas,	2
UMA HISTÓRIA UMA VIDA DEDICADA À JUSTIÇA: Trajetória do Desembargador Luiz Antonio Moreira Vidigal	6
Erotilde Ribeiro dos Santos Minharr	
HOMENAGEM AO DESEMBARGADOR LUIZ ANTONIO MOREIRA VIDIGAL	8
Jorge Batalha Leite	
PRINCIPAIS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA SOBRE OS CRÉDITOS TRABALHISTAS E COMPETÊNCIA PARA DIRECIONAMENTO DAS EXECUÇÕES CONTRA TERCEIROS	9
Anna Carolina Marques Gontijo	
A TARIFAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E O PRECEDENTE FIXADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	17
Fábio Ribeiro da Rocha	
André Eduardo Dorster Araújo	
AUDIÊNCIAS JUDICIAIS NÃO SÃO ESPETÁCULOS: limites do uso de registros audiovisuais no ambiente jurisdicional	32
Jorge Batalha Leite	
DISPENSA COLETIVA: novo direcionamento em face da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	37
Mauro Schiavi	
A APOSENTADORIA COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DO CADASTRO DO PORTUÁRIO AVULSO	46
Samantha Fonseca Steil Santos e Mello	
Marcelo Francisco Nogueira	
ASSÉDIO SEXUAL CONTRA ADOLESCENTE APRENDIZ: A VIOLÊNCIA DE GÊNERO COMO CARACTERIZADORA DE UMA DAS PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL. UM ESTUDO DE CASO.	56
Yara Campos Souto	
A GEOLOCALIZAÇÃO COMO PANACEIA PARA A ELUCIDAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS FACTUAIS NO PROCESSO DO TRABALHO. LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DA LEI N. 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET)	64
Walter Rosati Vegas Junior	

OS EFEITOS DA PANDEMIA DA COVID-19 SOBRE A SAÚDE MENTAL DOS TRABALHADORES: CONSEQUÊNCIAS DAS MUDANÇAS NA FORMA DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL EM PERÍODO DE ISOLAMENTO SOCIAL	76
Helcio Luiz Adorno Júnior	
Romeu Toshiyuki Kajita	
O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO	85
Flávia Ferreira Jacó de Menezes	
O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA	90
Ítalo Menezes de Castro	
EXPANSIVIDADE E COERCITIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	104
Fernanda Itri Pelligrini	
PARCEIRIZAÇÃO JURISDICIONAL COMO MODALIDADE DO PROCESSO ESTRUTURAL	110
Elisa Augusta de Souza Tavares	
Enoque Ribeiro dos Santos	
APONTAMENTOS SOBRE A NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.....	122
Rui Anaquim Pinto	
Gabriel Lopes Coutinho Filho	

UMA HISTÓRIA UMA VIDA DEDICADA À JUSTIÇA: A Trajetória do Desembargador Luiz Antonio Moreira Vidigal



O Desembargador Luiz Antonio Moreira Vidigal é uma figura ímpar no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, com uma carreira que se estendeu por exatas cinco décadas de dedicação ininterrupta ao serviço público e à justiça trabalhista. Sua jornada profissional teve início no Banco Nacional S/A, onde trabalhou de agosto de 1973 a março de 1974. Ainda jovem, foi aprovado em concurso público para o cargo de Oficial de Administração deste Regional, sinalizando o início de uma trajetória marcada pela excelência e comprometimento.

Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 1981, o Dr. Vidigal não demorou a demonstrar seu talento e vocação para a magistratura. Aprovado em concurso público para Juiz do Trabalho Substituto em junho de 1986, foi promovido a Juiz Titular em março de 1989, pelo critério de antiguidade. Atuou em diversas localidades, incluindo Santos, Cubatão e São Paulo, mas foi em Cotia que dedicou a maior parte de sua carreira, de 1990 a abril de 1999, exercendo a função com maestria e dedicação exemplar.

Sua competência o levou a atuar como Juiz Convocado no Tribunal a partir de 1995, contribuindo com diversas turmas até sua promoção a Desembargador, também pelo critério de antiguidade, em junho de 2002. Sua presença no Tribunal foi marcada por eleições frequentes como Membro do Órgão Especial, além de sua participação em nove Comissões Examinadoras de Concursos para Ingresso na Magistratura do Trabalho da 2ª Região.

No biênio 2018/2020, assumiu a Corregedoria Regional, desempenhando suas funções com notável competência e equilíbrio, num período particularmente difícil, marcado pelo afastamento social imposto pela pandemia da COVID-19. Suas qualidades de ponderação, empatia e respeito às pessoas e instituições são reconhecidas por todos que tiveram o privilégio de trabalhar ao seu lado, sem contar a generosidade com a qual lidava com seus colegas de trabalho.

Na legislatura seguinte, no período de 2020/2022, assumiu a Presidência do TRT-2 em plena pandemia. Capitaneou tanto o funcionamento do regional com o trabalho à distância quanto a reabertura dos trabalhos presenciais, sempre com todos os cuidados necessários para não expor a riscos servidores, juízes, trabalhadores terceirizados, estagiários, advogados e jurisdicionados.

Em março de 2024, após 50 anos de dedicação ao Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, o Desembargador Luiz Antonio Moreira Vidigal se aposentou, deixando um legado indelével de serviço público exemplar. Sua trajetória serve como inspiração para todos os que atuam no campo jurídico, mostrando que a integridade e o trabalho árduo são os pilares de uma carreira notável.

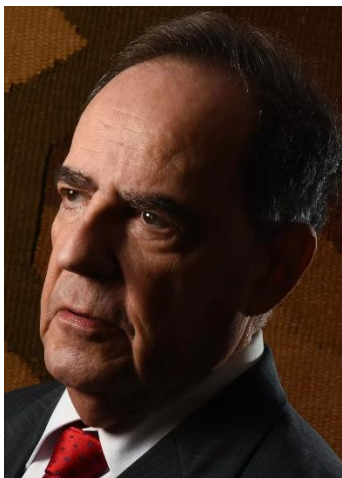
A carreira do Desembargador Luiz Antonio Moreira Vidigal é um testemunho de dedicação e serviço público. Seus 50 anos no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região refletem uma vida inteira de compromisso com a justiça e com o bem-estar da sociedade. Seu legado continuará a inspirar futuras gerações de magistrados, advogados e servidores. das associações de magistradas e das últimas décadas, ao menos, tem revelado a importância do papel político de sua atuação no aperfeiçoamento do Poder Judiciário Brasileiro e sua magistratura. Sem a atuação política dessas entidades não teríamos obtido sucesso nas lutas pela extinção da representação classista, pela democratização das cúpulas dos tribunais, com a ampliação do quadro de elegíveis para a direção dos tribunais e a eleição de metade dos membros do órgão especial, e, ainda, a ampliação da competência da Justiça do

Trabalho. Também foi fundamental a atuação associativa para o fim do nepotismo e a recente adoção de critérios objetivos nos processos de promoção.

Erotílda Ribeiro dos Santos Minharro

**Vice-Presidente da Amatra-2
(biênio 2024-2026)**

HOMENAGEM AO DESEMBARGADOR LUIZ ANTONIO MOREIRA VIDIGAL



Discorrer sobre figuras que admiramos representa um desafio.

É com grande estima e respeito que compartilho a notável trajetória de Luiz Antonio Moreira Vidigal, conhecido por todos como “Dr. Vidigal”.

Figura emblemática cuja história é digna de registro perene.

Dr. Vidigal dedicou cerca de meio século ao Poder Judiciário Trabalhista. Foram 49 anos vertidos na entrega da prestação jurisdicional.

Iniciou sua carreira em abril de 1974 como servidor do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, atuando até junho de 1986. Ascendeu em concurso público ao posto de Juiz do Trabalho Substituto em 13 de junho de 1986, cargo que ocupou até março de 1989, quando foi promovido a Juiz do Trabalho Presidente de Junta de Conciliação e Julgamento.

Ao longo de sua carreira, Dr. Vidigal presidiu várias Juntas (atuais Varas do Trabalho) em Santos, Cubatão, Cotia e São Paulo, além de exercer funções em substituição no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região a partir de 1995, participando ativamente nas 2ª, 4ª, 7ª e 10ª Turmas. Em 2002, foi promovido a Juiz

Togado (Desembargador do Trabalho) atuando na 7ª Turma.

Em nítido reconhecimento, Dr. Vidigal foi eleito por seus pares como Corregedor para o biênio 2018/2020, e posteriormente como o 37º Presidente da maior Corte Trabalhista do Brasil, de 2020 a 2022. Enfrentou possivelmente o período mais desafiador da história – a pandemia de Covid-19. E mesmo diante das notórias dificuldades, o TRT da 2ª Região durante suas gestões manteve e elevou seu protagonismo.

Foi ainda eleito representante da Região Sudeste para o CSJT (Conselho Superior da Justiça do Trabalho) para o biênio 2021/2023.

Aposentou-se em 2024 com o sentimento de dever mais do que cumprido.

Dentro dessa trajetória tive, em outubro de 2009 após ser aprovado no concurso público de Analista Judiciário, a honra e privilégio de passar a integrar a equipe de servidores que o auxiliava.

Dr. Vidigal, pessoa de trato sério e metódico, enfatizava sempre a importância de uma análise cuidadosa dos processos, que naquela época ainda eram físicos, alertando para o fato de que ali “não estavam apenas papéis”, mas muitas vidas.

Através de milhares de minutas feitas e revisadas sob sua supervisão, minha admiração por ele só cresceu. Independente do cansaço, sempre assegurava que cada processo fosse lido e corrigido, repetidas vezes se necessário, até alcançar um nível de excelência.

Não é à toa que do seu gabinete diversos servidores obtiveram êxito no difícil concurso para a Magistratura Trabalhista. Dr. Vidigal plantou não somente para si, mas para milhares de pessoas que tiveram as suas histórias tocadas pela sua atuação, bem como pelo exemplo.

Quaisquer palavras em sua homenagem não refletiriam a pertinente importância.

Jorge Batalha Leite

**Diretor de benefícios da Amatra-2
(biênio 2024-2026)**

PRINCIPAIS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA SOBRE OS CRÉDITOS TRABALHISTAS E COMPETÊNCIA PARA DIRECIONAMENTO DAS EXECUÇÕES CONTRA TERCEIROS

Anna Carolina Marques Gontijo¹

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discutir os efeitos materiais e processuais sobre os créditos trabalhistas quando da concessão da recuperação judicial, bem como da declaração da falência a empresas que tenham processos tramitando na Justiça do Trabalho.

Também serão abordados aspectos ligados à competência para instauração e julgamento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica (IDPJ) em processos que figurem no polo passivo da demanda empresas em recuperação judicial ou falidas, especialmente sob o espectro da Súmula 480 do STJ e as alterações trazidas pela Lei 14.112/2020.

1. EFEITOS DO DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E/OU DECLARAÇÃO DA FALÊNCIA NAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS: SUSPENSÃO DAS EXECUÇÕES E NOVAÇÃO DO CRÉDITO NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Nos termos do art. 6º, II da Lei 11.101/2005, a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial, suspende o curso das execuções contra o devedor sujeito ao regime da referida Lei.

Ao contrário do que ocorre com a falência, na recuperação judicial não há concurso de credores, nem juízo universal e, consequentemente, não há que se falar em via atrativa do juízo, tendo em vista que na recuperação judicial não há arrecadação de patrimônio para rateio entre credores, pois nem todos estão sujeitos ao plano de recuperação judicial.

Todavia, tanto na recuperação judicial quanto na falência, as ações trabalhistas ilíquidas terão o curso normal, até que se apure o crédito do autor, sem que se pratique qualquer ato de constrição durante o período de suspensão.

Importante destacar que as execuções na recuperação judicial são suspensas desde o deferimento do processamento da recuperação judicial, pelo período de 180 dias, prorrogável por igual período, uma única vez (art. 6º, III, §4º da Lei 11.101/2005).

No que diz respeito à falência, a lei é mais restritiva ainda, tendo em vista a indivisibilidade do juízo da falência e de sua via atrativa.

Vale dizer que na falência, todo o patrimônio do falido, assim como todos os créditos, estão sujeitos ao juízo universal, a quem competirá toda e qualquer expropriação de bens para garantir o rateio entre os credores, de acordo com a natureza de seu crédito.

Cabe ao juízo da falência arrecadar os bens, bem como suspender o andamento das execuções individuais, a fim de garantir que o pagamento dos credores ocorra conforme a natureza e ordem legal de pagamento.

Assim, o juízo da falência é o único competente para fazer pagamentos e todo o patrimônio constrito no juízo de origem deve ser destinado a ele, sem possibilidade de continuidade no âmbito individual, sob pena de atingir os direitos da massa falida.

Consequentemente, todas as execuções que possam atingir os bens da falida ou coobrigados devem ser suspensas, a fim de que todos os credores possam receber no procedimento concursal, no juízo universal, cessando-se, portanto, a competência de Justiça do Trabalho com relação ao crédito concursal.

Já com relação à recuperação judicial, um de seus principais efeitos, além da suspensão das execuções, é a novação do crédito, inclusive do crédito trabalhista (art. 59 da Lei 11.101/2005).

Neste sentido, Marcelo Barbosa Sacramone, segundo o qual a concessão da recuperação judicial:

Provoca a novação de todos os créditos submetidos à recuperação judicial, conforme determinação expressa da Lei. O crédito existente anterior ao pedido de recuperação judicial é extinto pela aprovação do plano. Em seu lugar, passam a vigorar as novas condições estabelecidas no plano de recuperação judicial a cada um dos créditos².

Destaca-se que a extinção do crédito anterior ocorre mesmo que não tenha sido habilitado na recuperação judicial, desde que existente previamente à distribuição do pedido de recuperação judicial. Caso contrário, sua não submissão implicaria

¹Pós Graduada em Direito de Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Membro da Comissão Nacional de Efetividade da Execução Trabalhista do CSJT, representando a região Sudeste. Membro da comissão destinada ao acompanhamento e à supervisão da implantação do projeto para adequado tratamento dos processos judiciais arquivados definitivamente com contas judiciais ativas – Projeto Garimpo. E-mail: anna.gontijo@trt2.jus.br

² SACRAMONE, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 317.

em favorecimento ao credor em detrimento dos outros e em prejuízo do coletivo.

Importante salientar que, mesmo com a novação, poderá o credor direcionar sua execução contra terceiros coobrigados, não abrangidos pela recuperação judicial. No entanto, caso haja satisfação do crédito pelo terceiro, ele se sub-rogará nos direitos do credor, que poderá pretender receber seu crédito na recuperação judicial, assumindo as mesmas condições e natureza do crédito sub-rogado.

Vale dizer que, mesmo que o credor trabalhista opte por prosseguir com sua execução contra terceiro coobrigado na justiça do trabalho após a concessão da recuperação judicial, ele só poderá executar e receber os valores aprovados pela assembleia de credores, aplicando-se ao crédito as condições e deságios do plano. Assim, a execução não será pelo valor originário e integral de seu crédito trabalhista, mas sim pelo valor constante do plano de pagamento da recuperação judicial.

Isso ocorre porque, conforme já mencionado, a concessão da recuperação judicial implica em novação do crédito, extinção do crédito anterior e garante ao terceiro coobrigado, que eventualmente tenha satisfeito o crédito trabalhista, que se sub-rogue com as mesmas garantias do devedor trabalhista, mas mantendo-se as condições do plano deferido.

Decorrem daí duas importantes conclusões: concedida a recuperação judicial o crédito trabalhista será novado nos termos e condições aprovados pela assembleia e ainda haverá a imediata extinção do crédito trabalhista originário.

Com relação à extinção das obrigações pela novação do crédito, o jurista Marcelo Barbosa Sacramone destaca que:

A concessão da recuperação judicial provoca a extinção das ações e execuções contra o devedor, que estavam suspensas por ocasião da decisão de processamento da recuperação judicial. Com sua extinção, eventuais penhoras realizadas deverão ser liberadas em favor da devedora executada³.

E continua:

Não há razão para que as execuções sejam mantidas como suspensas. Caso as obrigações previstas no plano de recuperação judicial sejam descumpridas durante o período de dois anos de fiscalização judicial, a falência seria decretada, de modo que as execuções individuais também não poderiam prosseguir.

Caso as obrigações sejam descumpridas depois de dois anos, haveria um novo título executivo a ser exigido, o decorrente do plano de recuperação judicial, o que exigiria um novo processo de execução, baseado no novo título ou o pedido de falência, mas não a continuidade de um processo cujo título executivo não mais existe⁴.

Sendo assim, não há razão para que os processos, com certidão emitida para habilitação do crédito em recuperação judicial permaneçam sobrestados nas unidades judiciárias, como previsto no art. 126 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, que assim dispõe:

Art. 126. Não havendo mais atos executórios a serem praticados pelo juízo trabalhista, o processo será suspenso mediante a utilização do movimento de suspensão/sobrestamento respectivo até o encerramento da recuperação judicial ou da falência que ela eventualmente tenha sido convalidada (art. 156 e seguintes da Lei nº 11.101/2005)⁵.

Defende-se que os referidos processos, em razão da novação, devem ser extintos definitivamente, tendo em vista a impossibilidade de prosseguimento na execução de seu crédito na Justiça do Trabalho, já que a novação de seu crédito gerou um novo título executivo.

Observe, ainda, que a norma da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho determina que o feito fique sobrestado até o encerramento da recuperação ou da falência, o que não guarda nenhum efeito prático para o processo.

Da recuperação judicial podem decorrer os seguintes cenários: a empresa cumpre o plano de recuperação e consegue se soerguer. Neste caso, o credor terá recebido seu crédito, conforme previsto no plano de pagamento. Ou, não conseguindo cumprir o plano de pagamento, a recuperação será convalidada em falência e todos os créditos obrigatoriamente se sujeitarão ao juízo universal.

De uma forma ou de outra, o credor trabalhista não poderá pleitear na Justiça do Trabalho a execução de seu crédito contra a empresa em recuperação judicial ou falida.

Neste sentido:

DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. APROVAÇÃO DO PLANO NOVAÇÃO. EXECUÇÕES INDIVIDUAIS AJUIZADAS

³ SACRAMONE, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 319.

⁴ SACRAMONE, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência*, p. 319.

⁵ Provimento nº 4/Gcgjt, de 26 de Setembro de 2023. Atualiza a Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho.

CONTRA A RECUPERANDA. EXTINÇÃO.

1. A novação resultante da concessão da recuperação judicial após aprovado o plano em assembleia é *sui generis*, e **as execuções individuais ajuizadas contra a própria devedora devem ser extintas, e não apenas suspensas.**

2. Isso porque, caso haja inadimplemento da obrigação assumida por ocasião da aprovação do plano, abrem-se três possibilidades: (a) se o inadimplemento ocorrer durante os 2 (dois) anos a que se refere o caput do art. 61 da Lei n. 11.101/2005, o juiz deve convolar a recuperação em falência; (b) se o descumprimento ocorrer depois de escoado o prazo de 2 (dois) anos, qualquer credor poderá pedir a execução específica assumida no plano de recuperação; ou (c) requerer a falência com base no art. 94 da Lei.

3. Com efeito, **não há possibilidade de a execução individual de crédito constante no plano de recuperação - antes suspensa - prosseguir no juízo comum, mesmo que haja inadimplemento posterior, porquanto, nessa hipótese, se executa a obrigação específica constante no novo título judicial ou a falência é decretada, caso em que o credor, igualmente, deverá habilitar seu crédito no juízo universal.**

4. Recurso especial provido (STJ, Recurso Especial 1272967-DF, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 02/06/2015) (grifos nossos).

Assim, com todo respeito ao entendimento da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, tem-se que a solução jurídica mais adequada na recuperação judicial é a extinção da execução a contar da aprovação do plano de pagamento e na falência a partir da habilitação do crédito, nos termos do art. 924, III do CPC (novação do crédito na recuperação judicial) ou pela via atrativa do Juízo universal na falência, que retira da competência da justiça do trabalho a persecução de qualquer crédito contra empresas em processo falimentar.

Neste sentido a lição de Marcelo Barbosa Sacramone:

Por universalidade, entende-se que o juízo falimentar será o único competente à arrecadação de todos os bens e à suspensão das execuções individuais (art.6º) para assegurar que os credores se submetam ao procedimento falimentar e sejam classificados e satisfeitos conforme a natureza de suas obrigações. O Juiz Universal

será o único competente para apreciar todas as questões materiais para liquidar os bens da Massa e o único competente para realizar o pagamento da coletividade de credores, o que torna possível a satisfação conforme a ordem legal de preferência de pagamento entre as classes e a garantia de que os credores serão tratados de forma idêntica aos demais de suas classes, o princípio da *par conditio creditorum*.

Em virtude da universalidade, decretada a falência, mesmo que haja penhora anterior realizada no juízo que tramita a execução individual, a execução não poderá prosseguir. Os ativos da massa falida não poderão ser atingidos por decisão proferida por juízo diverso do Juízo Universal, único absolutamente competente para a realização dos atos de liquidação⁶.

Conclui-se, portanto, que a manutenção dos processos ativos em fluxo de sobrestamento, mesmo após a concessão da recuperação judicial ou da declaração da falência do devedor, além de ter nenhum interesse útil para o processo, depõe contra o princípio da eficiência. O credor não poderá em nenhum momento se valer da Justiça do Trabalho para receber o seu crédito contra a empresa recuperanda ou falida.

2. PERSECUÇÃO DO CRÉDITO CONTRA TERCEIROS COOBRIGADOS NÃO ABRANGIDOS PELA RECUPERAÇÃO JUDICIAL OU PELA FALÊNCIA

Nunca se olvidou da competência da Justiça do Trabalho para prosseguir na execução trabalhista contra terceiros coobrigados (na recuperação judicial ou na falência) ou ainda contra a empresa em recuperação judicial, em relação aos créditos não sujeitos à recuperação.

Não obstante, a jurisprudência firmou posicionamento no sentido de que compete ao juiz da recuperação judicial apreciar medidas de constrição que possam recair sobre bens do devedor, ainda que se trate de crédito não sujeito ao plano de recuperação judicial, a fim de garantir que o plano não seja comprometido por execuções não sujeitas a ele.

Assim, os atos de constrição contra os bens da empresa recuperanda não podem ser determinados pelo juízo da execução, mas tão somente pelo juízo da recuperação judicial, em observância ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei 11.101/2005).

No entanto, a Lei 14.112/2020 trouxe nova redação para o art. 6º, § 7º-A e § 7º-B e atribuiu ao juízo da recuperação judicial a competência exclusiva para determinar a suspensão de atos de constrição

⁶ SACRAMONE, *Comentários à Lei de Recuperação*

de Empresas e Falência, p. 390.

que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial, cabendo ao juízo da recuperação eventualmente determinar a substituição dos referidos bens, caso vislumbre prejuízo ao plano de pagamento e à continuidade da empresa.

A alteração da Lei 11.110/2005 não restringiu a competência da justiça do trabalho para medidas constritivas que visem garantir créditos não sujeitos à recuperação judicial, tendo em vista que a restrição de competência imposta pelo art. 6º, § 7º-A e § 7º-B diz respeito aos credores proprietários e fiscais, senão vejamos:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL EM RECLAMAÇÃO TRABALHISTA. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL: ADOÇÃO DE ATOS CONSTRITIVOS DE BENS DE CAPITAL DA RECUPERANDA, SEM ALIENAÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL: SUBSTITUIÇÃO DO OBJETO DA CONSTRIÇÃO OU DA FORMA SATISFATIVA. DEVER DE COOPERAÇÃO (CPC, ART. 67). CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONHECIDO.

1. À luz da Lei 11.101/2005, art. 6º, § 7º-B, do CPC, arts. 67 a 69, e da jurisprudência desta Corte (CC 181.190/AC, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE), compete: 1.1) ao Juízo da Execução Fiscal, determinar os atos de constrição judicial sobre bens e direitos de sociedade empresária em recuperação judicial, sem proceder à alienação ou levantamento de quantia penhorada, comunicando aquela medida ao juízo da recuperação, como dever de cooperação; e 1.2) ao Juízo da Recuperação Judicial, tomando ciência daquela constrição, exercer juízo de controle e deliberar sobre a substituição do ato construtivo que recaia sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento do procedimento de soerguimento, podendo formular proposta alternativa de satisfação do crédito, em procedimento de cooperação recíproca.

2. A caracterização do conflito de competência depende da inobservância do dever de recíproca cooperação (CPC, arts. 67 a 69), com a divergência ou oposição entre os Juízos acerca do objeto da constrição ou sobre a forma de satisfação do crédito tributário. 3. Na espécie, está caracterizada a ocorrência de conflito de competência, porquanto o Juízo da Recuperação Judicial, ao deixar de substituir o bem constrito ou de

propor forma alternativa de satisfação da execução fiscal, opta por requerer o levantamento da penhora, sem cogitar de medida substitutiva, desbordando dos contornos legais de sua competência.

4. Conflito de competência conhecido, para declarar a competência do Juízo da Execução Fiscal (STJ, CC 187.255-GO, rel. Ministro Raul Araújo, j. 14.12.2022).

Mesmo após o deferimento do processamento da recuperação judicial ou da sua concessão, não há óbice para que a execução trabalhista prossiga contra empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico ou outros coobrigados que não estejam abrangidas pelo plano de recuperação, ainda durante o período de suspensão das execuções (*stay period*).

Nestes casos, a jurisprudência pacificada nos tribunais superiores, inclusive no STJ, é no sentido de que a competência para processar e julgar o direcionamento da execução contra terceiros não abrangidos pela recuperação judicial é da justiça do trabalho, conforme entendimento consolidado pela Súmula 480 do STJ:

O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa⁷.

No mesmo sentido, a jurisprudência:

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO DE CRÉDITO TRABALHISTA. INCLUSÃO DE COOBIGADOS NO POLO PASSIVO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. COMPETÊNCIA INDISTINTA DA JUSTIÇA COMUM E DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE INVASÃO DE ATRIBUIÇÕES JUDICIAIS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Nos termos da iterativa jurisprudência desta Corte, a Justiça do Trabalho tem competência para decidir acerca da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade em recuperação judicial, bem como para, em consequência, incluir coobrigado no polo passivo da execução, pois tal mister não é atribuído com exclusividade a um determinado Juízo ou ramo da Justiça.

2. Nesses casos, de redirecionamento da execução para coobrigados, a jurisprudência desta egrégia Corte firmou o entendimento de não reconhecer a existência de conflito de competência, porquanto não há dois juízes decidindo acerca do destino do mesmo

⁷ Súmula 480 do STJ.

patrimônio.

3. Incidência da Súmula 480 desta Corte: "O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa."

4. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt no CC 188933-SP, rel. Ministro Raul Araújo, j. 15/02/2023).

3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA FALÊNCIA

Até 2020, não havia previsão expressa de desconconsideração da personalidade jurídica na Lei 11.101/2005, sendo que parte da doutrina sustentava, inclusive, a impossibilidade de aplicação no instituto na falência, já que a Lei 11.101/2005 possui regramento próprio para responsabilização de seus sócios (art. 81 e 82).

A Lei 14.112/2020 inseriu na Lei 11.101/2005 o art. 82-A, que assim dispõe:

Art. 82-A. É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconconsideração da personalidade jurídica. Parágrafo único. A desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)⁸.

Inicialmente, vale destacar que a desconconsideração da personalidade jurídica não se aplica às empresas em recuperação judicial, pelo juízo da recuperação, por se tratar de procedimento de jurisdição voluntária.

Na recuperação judicial não há coação do devedor para pagamento de suas dívidas, mas sim fiscalização do cumprimento do plano de pagamento proposto por ele e aprovado pelos credores.

Por esta razão, a previsão de desconconsideração da personalidade jurídica foi inserida no capítulo V da lei 11.101/2005, que trata da falência, já que é incompatível com o processo de recuperação judicial.

Ressalta-se que a incompatibilidade destacada aplica-se à recuperação judicial e não ao processo de execução trabalhista, em que figure como executada uma empresa em recuperação judicial e se pretenda alcançar os bens dos sócios não abrangidos pela recuperação, através do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, conforme já exposto acima.

Quando da alteração legislativa, em uma interpretação apressada e literal, questionou-se se o novo art. 82-A da Lei 11.101/2005 limitou a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica apenas ao juízo da falência, retirando-se do Juiz do Trabalho a competência para alcançar os bens do sócio da empresa falida não incluídos no processo falimentar, por meio do IDPJ.

A decretação da falência da pessoa jurídica, via de regra, não atinge de imediato o patrimônio dos sócios da sociedade, inexistindo violação ao juízo atrativo no prosseguimento da execução trabalhista contra sócios não atingidos pela decretação da falência.

Desta forma, assim como na recuperação judicial, não há óbice para o prosseguimento da execução trabalhista contra coobrigados não atingidos pela falência que, eventualmente, caso venham satisfazer o crédito, se sub-rogam no direito do credor trabalhista, assim como na recuperação judicial.

Não raro, a falência é de apenas uma das empresas do grupo econômico, possibilitando-se assim a execução do crédito com relação aos demais integrantes do grupo e até mesmo contra seus sócios, em caso de desconconsideração da personalidade jurídica.

Neste sentido, a jurisprudência dominante do STJ:

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO TRABALHISTA PROMOVIDA CONTRA ASSOCIAÇÃO SUBMETIDA A PROCESSO DE FALÊNCIA. ATOS CONSTRITIVOS, DETERMINADOS PELO JUÍZO DO TRABALHO, INCIDENTES SOBRE O PATRIMÔNIO DE EMPRESA QUE, CONQUANTO PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO DA EXECUTADA, NÃO INTEGRA O PROCESSO FALIMENTAR. ALEGAÇÃO DE QUE ESTARIA ESTABELECIDO CONFLITO POSITIVO ENTRE A JUSTIÇA TRABALHISTA E A ESTADUAL, COMPETINDO AO JUÍZO DA FALÊNCIA DECIDIR SOBRE AS MEDIDAS CONSTRITIVAS. ALEGAÇÃO NÃO ACOLHIDA. SÚMULA 480/STJ. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte

⁸ Art. 82-A da Lei 11.101/2005. **Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005.** Regula a recuperação judicial,

a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Superior, "o redirecionamento da execução trabalhista para atingir outras sociedades pertencentes ao mesmo grupo econômico da recuperanda afasta a configuração de conflito positivo de competência, especialmente quando os atos constitutivos determinados pelo Juízo laboral não se estendem ao patrimônio da sociedade em recuperação judicial." (AgInt nos EDcl no CC n. 171.626/PE, Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, julgado em 2/3/2021, DJe 9/3/2021). 2. A constrição de bens não submetidos ao processo de recuperação judicial não enseja o conflito de competência, por não se submeter ao crivo do Juízo da recuperação, incidindo, assim, o óbice da Súmula 480 do STJ. 3. Agravo interno desprovido (STJ, CC n. 183927-Rj, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, j. 08/03/2023).

No entanto, recentemente, o STJ decidiu no Conflito de Competência nº 201420-RS que:

O Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que a Justiça Trabalhista é competente para aplicar a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica e, eventualmente, determinar medidas constitutivas que afetem os bens de sócio da sociedade empresária falida quando seu acervo patrimonial não está sujeito ao processo falimentar, nos termos da Súmula nº 480 do STJ, aplicado por analogia: O juízo da recuperação judicial não é competente para decidir sobre a constrição de bens não abrangidos pelo plano de recuperação da empresa.

No entanto, as recentes alterações trazidas pela Lei 14.112/20 à Lei nº 11.101/05 no art. 82-A determinou que a competência para decretação da desconconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilização de terceiros passou a ser exclusiva do juízo falimentar:

Art. 82-A. É vedada a extensão da falência ou de seus efeitos, no todo ou em parte, aos sócios de responsabilidade limitada, aos controladores e aos administradores da sociedade falida, admitida, contudo, a desconconsideração da personalidade jurídica. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

Parágrafo único. A desconconsideração da personalidade jurídica da sociedade falida, para fins de responsabilização de terceiros, grupo, sócio ou administrador por obrigação desta, somente pode ser decretada pelo juízo falimentar com a observância do art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002

(Código Civil) e dos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), não aplicada a suspensão de que trata o § 3º do art. 134 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020).

Desse modo, passou para a competência exclusiva do juízo universal a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica da falida.

Desse modo, verificada a existência de decisões de Juízos distintos sobre o mesmo patrimônio, é de se reconhecer a caracterização do conflito, com prevalência da competência do juízo falimentar.

Em suma, a competência para decretação da desconconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilização de terceiros é exclusiva do juízo falimentar, nos termos do art. 82-A da Lei nº 11.101/2005 (STJ, CC n. 201420-RS, rel. Ministro Moura Ribeiro, j. 22/02/2024) (grifos nossos).

Com todo respeito que a decisão merece, não nos parece ser a melhor interpretação a se conferir ao art. 82-A da Lei 11.101/2005.

A competência da Justiça do Trabalho foi definida constitucionalmente pelo art. 114 da CR/88 e não poderia ser reduzida por uma Lei Ordinária. O sócio não abrangido pela falência não sofre os efeitos da via atrativa do juízo universal e, portanto, não pode ser excluída a competência da Justiça do Trabalho para persecução de seus bens, por meio do IDPJ.

O que se pretendeu com a alteração legislativa foi consolidar entendimento jurisprudencial já consagrado no STJ, no sentido de ser cabível o IDPJ nas ações falimentares, mesmo sem previsão expressa no texto da Lei 11.101/2005. A Lei 14.112/2020 apenas positivou o que já vinha sendo aplicado pela jurisprudência dos tribunais superiores.

De nenhuma forma, o art. 82-A da Lei 11.101/2005 poderia alterar a competência constitucional atribuída à justiça do trabalho para executar os créditos decorrentes de suas decisões, contra devedores não sujeitos ao juízo universal da falência.

Salvo melhor juízo, a interpretação que deve ser atribuída ao dispositivo legal em comento é no sentido que é possível a desconconsideração da personalidade jurídica da empresa falida, sendo que deverá o juízo da falência observar os requisitos do art. 50 do CC (abuso da personalidade jurídica, com desvio de finalidade ou confusão patrimonial) para a desconconsideração, não bastando o mero inadimplemento das obrigações pelo devedor.

Conclui-se, portanto, que não há que se falar em exclusão da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar os incidentes de

desconsideração da personalidade jurídica em processos de sua competência, mesmo em se tratando de empresa falida, ressaltando-se que a jurisprudência majoritária do STJ ainda é neste sentido, mesmo após a inserção do art. 82-A na Lei 11.101/2005 pela Lei 14.112/2020.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. AUSÊNCIA DE CONSTRUÇÃO DO PATRIMÔNIO DA MASSA FALIDA. INCIDENTES EM JUSTIÇA ESPECIALIZADA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO. LEI DE FALÊNCIAS. CONFLITO NÃO CONHECIDO. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Não se configura conflito de competência quando inexistem decisões concretas que tratem do mesmo ativo ou que atinjam diretamente bem elencado no plano de recuperação judicial.

2. A mera decisão de desconstituição da personalidade jurídica pela Justiça trabalhista, por si só, não enseja o reconhecimento de usurpação da competência do juízo falimentar, porque não atinge direta e concretamente os bens da massa falida. Ao contrário, é medida secundária que se limita a estender a responsabilidade trabalhista aos sócios e/ou outras empresas do grupo.

3. A Lei de Falências não retira de outros juízos a possibilidade de instauração de incidentes de desconsideração da personalidade jurídica ou de reconhecimento da existência de grupo econômico.

4. Após as alterações promovidas pela Lei n. 14.112/2020, em especial quanto ao princípio da cooperação, inexistente conflito de competência quando da constrição de bens pela Justiça especializada, cabendo ao juízo da recuperação exercer o controle sobre o ato construtivo do outro juízo que diga respeito a bens da massa e, para tanto, valer-se, se necessário, da cooperação judicial prevista no art. 69 do CPC (CC n. 181.190/AC, Segunda Seção).

5. Agravo interno desprovido (STJ, CC n. 190942-GO, rel. João Otávio de Noronha, j. 30/05/2023).

4. LIMITE TEMPORAL PARA REQUERER O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO

Tema subjacente ao que foi até aqui expresso, pouco explorado pela doutrina e jurisprudência, diz

respeito à indagação se haveria algum limite temporal para o credor requerer o redirecionamento da execução contra os coobrigados, a exemplo de sucessores, sócios ou empresas do mesmo grupo econômico.

Tal questionamento se mostra relevante na medida em que ao não fixar marco final para o redirecionamento pode-se chancelar à dupla garantia ou *bis in idem*, pois é possível que a mesma dívida seja a um só tempo cobrada da empresa no processo de recuperação judicial ou de falência, bem assim dos coobrigados no processo trabalhista.

Não nos parece que essa hipótese seja salutar ao sistema processual, tampouco conte com respaldo da lei. Isto porque, todos os créditos concursais habilitados estão sujeitos aos efeitos da recuperação judicial, dentre os quais destaca-se a novação a partir do momento em que o plano de pagamento é homologado.

Nestes casos, significa dizer que o crédito original é extinto e substituído por aquele habilitado no processo onde tramita a recuperação judicial. Assim, afigura-se que este seja o termo final para o interessado redirecionar a execução, haja vista que após a homologação e consequente substituição da obrigação, sequer existirá título executivo a ser executado no processo original.

Por outro lado, no caso de falência, onde não há plano de pagamento, senão arrecadação de bens e divisão entre os credores, o marco final para o redirecionamento da execução coincide com o momento em que o credor requer a habilitação do seu crédito no processo correspondente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na recuperação judicial, a desconsideração da personalidade jurídica não se aplica, pois é um procedimento de jurisdição voluntária.

O IDPJ foi inserido pela Lei 14.112/2020 no capítulo V da Lei 11.101/2005, que trata da falência, sendo incompatível com o processo de recuperação judicial.

Contudo, na execução trabalhista contra empresas em recuperação judicial ou falência, é possível aplicar a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar os bens dos sócios não abrangidos.

A competência da Justiça do Trabalho para executar créditos contra empresas em recuperação judicial ou falência persiste para direcionar a execução contra terceiros coobrigados não incluídos no plano de recuperação ou no processo falimentar.

O STJ consolidou o entendimento de que a Justiça do Trabalho é competente para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica e determinar medidas constritivas que afetem os bens dos sócios não abrangidos pela falência.

Após a homologação do plano de recuperação judicial, cessa a competência da Justiça

do Trabalho em relação à empresa recuperanda, extinguindo-se o processo trabalhista, exceto se a execução já tiver sido redirecionada contra um corresponsável.

Após a **habilitação do crédito** no processo de falência, cessa a competência da Justiça do Trabalho em relação à empresa falida, extinguindo-se o processo trabalhista, exceto se a execução já tiver sido redirecionada contra um corresponsável.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Brasília, 2005. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1272967-DF.** Relator Ministro Luis Felipe Salomão. J.: 02 jun. 2015. Brasília, 2015.

BRASIL. Presidência da República. **Lei n. 14.112 de 24 de dezembro de 2020.** Altera as Leis n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília, 2020. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14112.htm.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho. **Provimento nº 4/Gcgjt, de 26 de Setembro de 2023.** Atualiza a Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Brasília, 2023a. Disponível em:

https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/221460/2023_prov0004_cgjt.pdf?sequence=1&isAllowed=yBRASIL. Superior Tribunal de Justiça.

AgInt no CC 188933-SP. Relator Ministro Raul Araújo. J.: 15 fev. 2023. Brasília, 2023b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 183927-RJ.** Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. J.: 08 mar. 2023. Brasília, 2023c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 190942-GO.** Relator João Otávio de Noronha. J.: 30 maio 2023. Brasília, 2023d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 201420-RS.** Relator Ministro Moura Ribeiro. Publicação: 22 fev. 2024. Brasília, 2024.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. **Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência.** 4. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

SARTORI, Fernando Luiz Tegge; CASTANHA, Priscilla Folgosi. **A execução do crédito trabalhista sujeito aos efeitos da recuperação judicial** - estudo sobre a legislação e jurisprudência e suas consequências para o processo Recuperacional. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/366546/a-execucao-do-credito-trabalhista-aos-efeitos-da-recuperacao-judicial>.

A TARIFICAÇÃO DO DANO EXTRAPATRIMONIAL E O PRECEDENTE FIXADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Fábio Ribeiro da Rocha⁹
André Eduardo Dorster Araújo¹⁰

1 – INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.467/2017 não é superior às demais e deve ser inserida no sistema jurídico processual e material trabalhista vigente observando-se as regras e princípios, bem como compatibilidade e constitucionalidade do sistema processual e material como um todo.

Sendo assim, tendo em vista a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o ordenamento jurídico brasileiro deve ser interpretado sistematicamente. O exegeta deve, ao interpretar as normas e, principalmente, a Constituição Federal, levar em consideração primordialmente a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.

A Constituição Federal de 1988 assegura, como direito fundamental, o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral, material ou à imagem e prossegue destacando a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem de todas as pessoas, sem qualquer distinção, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou material decorrente de sua violação. Confira-se:

Artigo 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:

(...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua

violação.

Portanto, necessária se faz uma investigação acerca da constitucionalidade dos ditames da Lei n. 13.467/17 à luz da ordem constitucional, notadamente no que tange a tarifação das indenizações por danos extrapatrimoniais, plasmada no art. 223-G, § 1º, da CLT, o que se justifica diante da aparente incompatibilidade da tarifação com o valor social do trabalho, fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, IV).

A hipótese, é de que há inconstitucionalidade da previsão do art. 223-G, § 1º, da CLT, sendo o objetivo geral da pesquisa comprovar esta hipótese. Para cumprir este propósito realizar-se-á ampla revisão bibliográfica e jurisprudencial dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal. O método de investigação será o hipotético-dedutivo.

2 - DANO EXTRAPATRIMONIAL

2.1 - Conceito. Espécies. Titularidade. Responsabilidade. Panorama da Lei n. 13.467/2017.

É clara a evolução sócio-jurídica com o reconhecimento (inclusive em seara constitucional) da compensação pecuniária pelo dano extrapatrimonial sofrido. Irrazoaável e, hoje, cada vez mais distante, o entendimento de que o dano extrapatrimonial seria insuscetível de qualquer forma de compensação, porque inestimável pecuniariamente.

A despeito de não existir preço para a dor, o ataque a bens, materiais ou imateriais, impõe rechaço, de maneira que, em regra, o malferimento à esfera moral de cada pessoa exige atuação contrária que, na esfera civil ou trabalhista, pode se dar mediante condenação pecuniária, que, mesmo não permitindo a restituição ao *status quo ante*, dentro do que é possível, colima compensar o dano causado,

⁹ Juiz do Trabalho Titular do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP. Mestre em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Doutor em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela USP. Presidente da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região – AMATRA-2 – biênio 2016/2018. Conselheiro da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região – EJUD2 – biênio 2018/2020. Autor de livros, artigos periódicos e capítulos de livros.

¹⁰ Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Diretor Cultural da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA – biênio 2023/2025. Diretor de Cidadania e Direitos Humanos da ANAMATRA no biênio 2021/2023. Autor de livros, artigos, periódicos e capítulos de livros.

quando menos abrandar seus efeitos.

Entretanto, não é qualquer conduta que pode ensejar dano moral, sob pena de se banalizar o instituto, estimulando a busca do enriquecimento fácil. Há que se analisar o caso concreto, e considerar com base no conjunto probatório se houve ou não a transposição da linha divisória entre o que pode ser razoavelmente aceito para os padrões da sociedade contemporânea, e aquilo que excede esse marco.

Dessa forma, há que se distinguir o dano moral daquele aborrecimento advindo de situações adversas do cotidiano. Considera-se dano moral a dor subjetiva, dor interior que fugindo à normalidade do dia-a-dia do homem médio venha a lhe causar lesão e ruptura em seu equilíbrio emocional interferindo intensamente em seu bem estar.

Sendo assim, **dano** é a lesão, ofensa, destruição ou subtração a um interesse jurídico tutelado, patrimonial ou não, causado por ação ou omissão do sujeito infrator, sendo passível de materialização econômica. O dano é o objeto da responsabilidade civil, pois, sem dano, não há falar em responsabilidade do agente causador de um ato ilícito ou não. Regra geral, o dano é indenizável, mas para tanto é necessário que se demonstre a diminuição patrimonial ou moral a um bem juridicamente protegido, desde que haja um liame (nexo de causalidade) entre o prejuízo decorrente e o respectivo ato ou omissão do agente e que tenha efetivamente ocorrido.

O **dano material** consiste na lesão a bens físicos, concretos, suscetíveis de aferição econômica, suportada pelo ofendido, devendo sua indenização ser a mais ampla possível para recompor o patrimônio perdido ou desfalcado. Tem-se a perda, deterioração ou diminuição do patrimônio.

A reparação do dano material deve corresponder à extensão do dano causado, abrangendo os danos emergentes e os lucros cessantes. A ideia central da indenização por danos emergentes está estruturada no propósito de recomposição do patrimônio do ofendido ao mesmo patamar existente antes do infortúnio. Já a reparação do lucro cessante, por sua vez, repousa numa probabilidade e certeza de que o ganho futuro seria auferido não fosse o dano injustamente causado à vítima.

O **dano moral**, espécie do gênero extrapatrimonial, é a lesão de interesses não patrimoniais, como a honra, a liberdade, a intimidade e a imagem, provocada à pessoa natural ou jurídica, pelo ato lesivo.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Maria Helena Diniz:¹¹:

O dano moral vem a ser lesão de interesse não patrimonial de pessoa física ou jurídica,

provocada pelo fato lesivo.

O dano moral pode ser dividido em puros (diretos) ou reflexos (indiretos). Os puros esgotam-se em apenas um aspecto, atingindo aos chamados atributos da pessoa, como a honra, a intimidade, a liberdade etc. Os reflexos são efeitos da lesão ao patrimônio, ou seja, consequência de um dano material.

Ainda, de acordo com o âmbito da sua extensão, o dano moral pode ser subjetivo ou objetivo. O primeiro limita-se à esfera íntima da vítima, isto é, ao conjunto de sentimentos e de valores morais e éticos do próprio ofendido. O segundo se projeta no círculo do relacionamento familiar ou social, afetando a estima e a reputação moral, social ou profissional da vítima.

Assim, concluímos que dano moral é aquele que se qualifica em razão da esfera da subjetividade ou plano valorativo da pessoa na sociedade, havendo, necessariamente, que atingir o foro íntimo da pessoa humana ou o da própria valoração pessoal no meio em que vive, atua ou que possa de alguma forma repercutir.

O dano moral decorrente do sinistro laboral independe de prova, uma vez que o sofrimento, a dor (física e psíquica), a humilhação, a vergonha, uma grande decepção, a frustração de expectativas, dentre outros, decorrem da própria natureza humana, sendo, deste modo, presumido, até porque não é possível demonstrá-lo por meio de documentos ou outros meios de prova. O que deve ser comprovado é o dano injusto causado ao obreiro em face do incidente sofrido.

Esclarecemos que o amplo território do dano extrapatrimonial, as sutilezas do seu conteúdo e a progressividade de sua abrangência dificultam a formulação de um conceito que possa englobar todas as hipóteses que o caracterizam.

Postas estas premissas, cabe avaliar as inovações trazidas pela Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, que instituiu um Título na CLT com a finalidade de servir como principal marco regulatório no tema da reparação dos danos extrapatrimoniais vinculados às relações de trabalho. Confira-se:

Artigo 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Artigo 223-B. 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.

Artigo 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**

Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 7, pág. 67.

autoestima, a sexualidade, à saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Artigo 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Artigo 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou omissão.

Artigo 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º. Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2º. A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Em primeiro lugar, não deve prevalecer a interpretação literal do **artigo 223-A da CLT** que explicita a aplicação à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos do aludido título, ou seja, somente os dispositivos inseridos na CLT no título Dano Extrapatrimonial.

A esfera moral das pessoas humanas é conteúdo do valor da dignidade humana e, como tal, não pode sofrer restrição à reparação ampla e integral quando violada, sendo dever do Estado a respectiva tutela na ocorrência de ilicitudes causadoras de danos extrapatrimoniais nas relações laborais.

Dessa forma, deve prevalecer a interpretação sistemática, sob a melhor luz da Constituição Federal e, subsidiariamente complementada pelo direito comum, sob pena de resultar em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral.

Ainda, a própria Lei n. 13.467/2017 previu no § 1º do artigo 8º da CLT que o direito comum será fonte subsidiária do Direito do Trabalho, cumprindo esclarecer que tal previsão, inserida dentro das normas introdutórias da Consolidação, se aplica indistintamente ao conjunto normativo por ela representado.

Com efeitos, Rafael Edson Pugliese Ribeiro

esclarece¹²:

O artigo 223-A lança mão do advérbio "*apenas*" para limitar a aplicação de normas jurídicas à reparação dos danos extrapatrimoniais: "*aplicam-se (...) apenas os dispositivos deste Título*". A primeira observação daí resultante é quanto à inútil tentativa do legislador em interditar a vigência de outras normas jurídicas, a começar pela própria Constituição Federal que regula a proteção aos direitos imateriais e assegura a indenização no alcance da violação ao direito (CF, artigo 5º, X). A própria noção de dano se situa fora dos artigos 223-A a 223-G, sendo necessária a incursão aos artigos 186 e 187 do Código Civil, como também a incursão do artigo 927 do Código Civil para se definir o sujeito ativo da obrigação de indenizar. Mesmo que o advérbio "*apenas*" esteja posto para limitar o simples ato de reparar o dano, e não exatamente para limitar o universo dos direitos extrapatrimoniais, a incompatibilidade se mantém, porque nenhum dos princípios estatuidos na Constituição Federal poderá ser interditado pelo legislador ordinário, a exemplo da proteção por não discriminação de qualquer espécie (CF, artigo 3º, IV; artigo 5º, *caput*; artigo 7º, XXXI).

Logo, deve prevalecer a interpretação sistemática do ordenamento jurídico, levando-se em consideração não apenas a Constituição Federal, mas também o direito comum, atinente à reparação por danos extrapatrimoniais na relação laboral.

No que tange ao **artigo 223-B da CLT**, este explicita apenas um rol exemplificativo de espécies de danos de natureza extrapatrimonial, pois somente relaciona em sua redação os danos morais e existenciais, não excluindo a aplicação de outras normas jurídicas em vigor para abranger os danos estéticos, danos coletivos, danos pela perda de uma chance, entre outros.

O dano moral pode atingir um bem individualmente considerado ou de natureza coletiva, nesse último caso, os chamados direitos metaindividuais.

José Affonso Dallegrave Neto¹³ conceitua **dano moral coletivo** nos seguintes termos:

O dano moral coletivo é aquele que decorre da ofensa do patrimônio imaterial de uma coletividade, ou seja, exsurge da ocorrência de um

¹² RIBEIRO, Rafael Edson Pugliese. **Reforma Trabalhista Comentada**. Curitiba: Juruá, 2018, pág. 101.

¹³ DALLEGRAVE NETO, José Affonso.

Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2014, pág. 188.

fato grave capaz de lesar o direito de personalidade de um grupo, classe ou comunidade de pessoas e, por conseguinte, de toda a sociedade em potencial.

O dano pode ser coletivo, pois pode atingir interesses difusos, de pessoas indeterminadas, ligadas apenas por circunstâncias de fato, ou coletivos, de grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (CDC, artigo 81, I e II).

É importante destacar que a Constituição da República contempla o dano moral de forma ampla, abrangendo, assim, os danos individuais, às pessoas naturais e jurídicas, e coletivos.

Desse modo, acertou o legislador ordinário ao reconhecer expressamente no **artigo 223-B da CLT** a titularidade das pessoas jurídicas aos interesses extrapatrimoniais, questão já pacífica na jurisprudência e consubstanciada na Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Súmula 227 do STJ – A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

Com efeito, é possível a pessoa jurídica, incluindo os entes despersonalizados como condomínio, sociedade de fato entre outros, sofrer dano moral somente se houver lesão à honra objetiva (difamação), consoante o artigo 52 do Código Civil que prevê, *in verbis*:

Artigo 52 do Código Civil – Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.

A pessoa jurídica, criação de ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando, por isso, desprovida de honra subjetiva e imune à injúria.

Ressalta-se que pessoas jurídicas não lograrão êxito em pretensões reparatórias por danos existenciais, por se tratar de modalidade lesiva intimamente relacionada à intrínseca vivência humana e suas múltiplas projeções relacionais.

O dano existencial, espécie de dano de natureza extrapatrimonial, decorre da conduta patronal 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 impedem de executar, de prosseguir ou mesmo de recomençar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal.

Abrange todo acontecimento que incide negativamente sobre o complexo de afazeres da

pessoa, sendo suscetível de repercutir-se, de maneira consistente, temporária ou permanente sobre sua existência, afetando relações familiares, sociais, culturais e afetivas.

Júlio César Bebbber destaca¹⁴:

Por dano existencial compreende-se toda lesão que compromete a liberdade de escolha e frustra o projeto de vida que a pessoa elaborou para sua realização como ser humano. Diz-se existencial exatamente porque o impacto gerado pelo dano provoca um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital. O fato injusto que frustra esse destino (impede sua plena realização) e obriga a pessoa a resignar-se com o seu futuro é chamado de dano existencial.

A jornada de trabalho excessiva configura um abuso do poder diretivo do empregador, e logicamente restringe o empregado a fruir da forma como lhe aprouver seu tempo livre, o que gera consequências à higiene e saúde do trabalhador, devendo tais consequências serem devidamente comprovadas nos autos.

A submissão à jornada de trabalho 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. Este é o sentido da limitação de horas de trabalho ter *status* constitucional.

Note-se, contudo, que o C. TST entende necessária a prova efetiva do prejuízo ao projeto de vida do trabalhador, não bastando mera comprovação do excesso de jornada:

AGRAVO EM RECURSO DE EMBARGOS EM AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014. JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE - DANO EXISTENCIAL - NÃO COMPROVAÇÃO. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que o cumprimento de jornada extenuante pela prestação de horas extras habituais, por si só, não resulta em dano existencial, sendo imprescindível a demonstração inequívoca do prejuízo, que, no caso, não ocorre *in re ipsa*. Precedentes da SBDI-1/TST e de Turmas. Nesse contexto, não prospera a alegação de divergência jurisprudencial, eis que o único aresto colacionado nas razões de embargos é inservível para a demonstração do dissenso,

¹⁴ BEBBBER, Júlio César. **Danos extrapatrimoniais – estético, biológico e existencial: breves**

considerações. São Paulo: Revista LTr, 2009, vol. 73, pág. 28.

porquanto se encontra superado pela atual, iterativa e notória jurisprudência da SBDI-1 do TST, nos termos da norma insculpida no § 2º do art. 894 da CLT. Agravo desprovido. (Ag-E-Ag-ARR-310-74.2014.5.04.0811, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 03/12/2021).

O dano estético, espécie de dano de natureza extrapatrimonial, que deve ser indenizado separadamente. O abalo psicológico decorrente do dano estético não se confunde com o sofrimento psicológico ocasionado pelo dano físico, e todas as repercussões de ordem social e moral do acidente.

Destacamos os ensinamentos da jurista Maria Helena Diniz sobre o tema¹⁵:

Dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto uma anormalidade na vítima, expondo o ofendido ao ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre sua capacidade laboral.

O que se visa proteger não é a beleza, mas a normalidade do aspecto de uma pessoa, a fim de que esta não se veja como alguém diferente ou inferior aos outros. O dano estético impede o ser humano, em muitas situações, do normal convívio social, da prática de lazer e de atividades profissionais.

O Código Civil de 2002 não é explícito quanto ao aleijão e a deformidade, contudo, não se pode negar que contemple o dano estético diante da redação do artigo 949, *in verbis*:

No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

Em linhas objetivas, o dano estético representa a lesão que compromete a harmonia física da vítima, que poderá gerar ou não repercussões patrimoniais.

Maria Helena Diniz¹⁶ apresenta conceito esclarecedor acerca da indenização atinente ao dano estético, *in verbis*:

Dano estético quase sempre resulta num

prejuízo moral ao lesado, não só pelas dores físicas que vier a sofrer, mas também pelo fato de se sentir atingido na integridade ou na estética de seu corpo, tendo, por isso, direito, como logo mais veremos, a uma reparação, ainda que tal dano não acarrete nenhum menoscabo ao seu patrimônio. Não há um critério aritmético para estimar a diminuição estética.

Não há dúvida da possibilidade de cumulação das indenizações por danos material, moral e estético decorrentes de acidente laboral. Porém, em relação a estas duas últimas, será necessário que derivem de fundamentos inconfundíveis. Confira-se, a respeito, o teor da Súmula 387 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Súmula 387 do STJ – É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral.

Sendo assim, as indenizações por danos materiais, morais e estéticos podem ser cumuladas, se inconfundíveis suas causas e passíveis de apuração em separado, resultantes do mesmo fato.

O **artigo 223-B da CLT**, inserido pela Lei n. 13.467/2017, não exclui a reparação de danos sofridos por terceiros, qual seja, **dano moral em ricochete**, espécie de dano extrapatrimonial.

O dano moral em ricochete é o que atinge a pessoa de forma reflexa, como no caso de morte de uma pessoa querida, da família ou não. Essa categoria de dano moral reflexo é gerada a partir de acontecimentos envolvendo determinadas pessoas que possuem vinculação afetiva mais estreita com a vítima direta.

Acerca do tema, Flávio Tartuce¹⁷ esclarece que quanto à pessoa atingida, o dano moral pode ser assim classificado:

a) Dano moral direto - é aquele que atinge a própria pessoa, a sua honra subjetiva (autoestima) ou objetiva (repercussão social da honra).

b) Dano moral indireto ou dano moral em ricochete- é aquele que atinge a pessoa de forma reflexa, como nos casos de morte de uma pessoa da família ou de perda de um objeto de estima (coisa com valor afetivo). Nos casos de lesão a outra pessoa, terão legitimidade para promover a ação indenizatória os lesados indiretos. Podem ser citados os casos de lesão aos direitos da personalidade do morto, como consta do art. 12, parágrafo único, do CC.

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 7, pág. 73.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**

Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009, vol. 7, pág. 74.

¹⁷ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 5ª edição. São Paulo: Método, 2010, vol. 1, pág. 399-400.

O insigne Caio Mário da Silva Pereira¹⁸ aponta que:

Falecendo ou ficando gravemente ferida uma pessoa, o dano pode atingir outra pessoa que o morto ou ferido socorria ou alimentava; ou em caso do dano moral, aquela que pela vítima cultivava afeição, e que sofreu os seus sofrimentos.

A leitura do **artigo 223-B da CLT**, cotejado com a previsão constitucional do artigo 5º, XXX, que assegura o direito à herança, e ao contrário do que uma interpretação literal do dispositivo pode sugerir, deve alcançar as pessoas naturais que sejam sucessoras dos trabalhadores ofendidos, portanto, viúvos, filhos, entre outros. O evento morte e o seu impacto para os direitos de personalidade dos herdeiros e sucessores está incluindo dentre aqueles que podem ensejar a reparação.

Destacamos o artigo 943 do Código Civil, *in verbis*:

Artigo 943 do Código Civil – O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança.

Nesse sentido, esclarecedora é a lição de Rafael Edson Pugliese Ribeiro¹⁹:

Também aqui a intervenção do legislador não está apta a neutralizar a vigência de outros textos legais, como o artigo 943 do Código Civil que assegura a transmissão do direito de ação aos herdeiros. O artigo 5º, XXX, da Constituição Federal, assegura o direito à herança, e a lei ordinária (CC, artigo 943) assegurou aos herdeiros o direito de ação deixado pelo “de cujus”. Para não se afirmar a absoluta inconstitucionalidade desse artigo 223-B, deve-se considerar que o legislador não ousou expressar contra o texto constitucional. Para quem entender que o adjetivo “exclusivas” compreende essa exclusão, a inconstitucionalidade será inevitável.

Igualmente, são os comentários de Manoel Carlos Toledo Filho:²⁰

Se o objetivo aqui foi eliminar ou proibir o denominado dano extrapatrimonial reflexo ou indireto, mais conhecido como “dano por

ricochete”, ou seja, a postulação de reparação pecuniária por dano extrapatrimonial pelos parentes ou sucessores do ofendido, a tentativa naufraga pela sua própria canhestrice: a uma, porque o sofrimento do titular, quando virtualmente transformável em pecúnia, é dizer, em patrimônio monetariamente quantificável, naturalmente se transfere ou se transporta aos herdeiros ou sucessores habilitados perante a Lei Civil. Logo, diante da eventual ausência ou impossibilidade do titular primigênio, a titularidade exclusiva do direito passaria automaticamente ao seu substituto legal. A não ser assim, teríamos então de concluir, mesmo estando já em curso ação judicial com esse desiderato, a morte do demandante acarretaria sua perda de objeto, ou até mesmo a extinção do direito material almejado (no caso de trânsito em julgado da condenação), com evidente enriquecimento sem causa do ofensor, ou, em outras palavras, vulneração do direito constitucional de propriedade dos demandantes ou habilitados.

A Emenda Constitucional n. 45/2014 alterou o artigo 114 da Constituição Federal ampliando significativamente a competência material desta Justiça Especializada, incluiu textualmente as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (CF/88, artigo 114, VI).

Ainda que pudesse ainda pairar alguma dúvida sobre o tema diante da disposição constitucional expressa, o Supremo Tribunal Federal publicou Súmula Vinculante sobre o tema. Confira-se:

Súmula Vinculante 22 do STF - A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional no 45/04.

No mesmo sentido, a Súmula n. 392 do Colendo TST, com a atual redação dada pela Resolução 200/2015, destaca a competência da Justiça do Trabalho para demanda de indenização por

¹⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pág. 330.

¹⁹ RIBEIRO, Rafael Edson Pugliese. **Reforma Trabalhista Comentada**. Curitiba: Juruá, 2018, pág.

102.

²⁰ TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Comentários à Lei da Reforma Trabalhista**. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2018, pág. 77.

dano moral e material, ainda que proposta pelo dependente ou sucessos do trabalhador falecido:

DANO MORAL E MATERIAL. RELAÇÃO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 27.10.2015). Nos termos do art. 114, inc. VI, da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas, ainda que propostas pelos dependentes ou sucessores do trabalhador falecido.

Destaca-se que a Justiça do Trabalho é competente inclusive quando a ação é ajuizada por sucessores ou dependentes do falecido. Sebastião Geraldo de Oliveira discorre²¹:

Se ocorrer a morte imediata, não há falar em transmissão do direito de acionar o causador do dano moral, porque a vítima não sobreviveu ao acidente de modo a experimentar pessoalmente todas as agruras oriundas do infortúnio. Na hipótese, os familiares, dependentes ou os que se sentiram de algum modo lesados poderão intentar ação jure próprio, com o propósito de obter a reparação do dano moral. Não agirão na condição de sucessores da vítima, mas como autores, em nome próprio, buscando a indenização cabível. O espólio, em tal circunstância, não tem legitimidade para postular a indenização do dano moral porque o eventual direito é dos indiretamente lesados (dano em ricochete) e não necessariamente dos herdeiros.

Há um consenso doutrinário e jurisprudencial de que o núcleo familiar básico, formado por aqueles que tenham residido sob o mesmo teto, convivendo diariamente com a vítima, são partes legítimas para postular a indenização por dano moral. Na maioria das vezes, as ações têm sido ajuizadas pelo cônjuge sobrevivente, isoladamente ou em conjunto com os filhos da vítima.

O artigo 12 do Código Civil consagra os direitos do morto, prevendo o seu parágrafo único a legitimidade de ascendentes, descendentes, cônjuge e colaterais até quarto grau pleitearem indenização no caso de danos à personalidade de pessoa falecida. São os denominados lesados indiretos, que sofrem muitas vezes um dano reflexo, indireto, comumente

denominado dano em ricochete. Não se trata de legitimação concorrente, sendo certo que o parentesco mais próximo deve excluir o mais remoto, de acordo com as regras de direito sucessório.

Convém observar que doutrina e jurisprudência parecem convergir na existência de presunção *juris tantum* de dano em favor dos herdeiros do morto, que compunham seu núcleo familiar, o que não impede a propositura da ação por terceiros, mas, nesse caso, deve haver prova mais robusta da existência do dano.

No caso de um acidente de trabalho, vindo a vítima direta a falecer por conta desse evento ou de uma doença ocupacional, são legitimados, como autores, para pleitear o pagamento da indenização pelos danos sofridos em razão da morte do ente querido aquelas pessoas que com ela conviviam mediante estreito vínculo de afetividade, amor e grande amizade, podendo ser herdeiros ou não.

Por todo o exposto, entende-se que nesse ponto o **artigo 223-B da CLT** está distante da Constituição Federal e as vítimas que suportaram os danos reflexos ou em ricochete são também titulares do direito à reparação dos danos extrapatrimoniais pelas elas sofridos. São lesões distintas, sofridas por pessoas diversas que devem receber reparações separadas, mesmo que provenientes do mesmo fato gerador. E a competência para o julgamento, conforme entendimento pacífico da Corte Suprema, é da Justiça do Trabalho.

O **dano pré-contratual**, espécie de dano de natureza patrimonial, é aquele pelo qual um ou ambos os contraentes obrigam-se a celebrar determinado contrato no momento em que lhes convier. Gera uma obrigação de fazer um contrato definitivo, contendo a possibilidade de arrependimento e indenização das perdas e danos.

Podem ocorrer ajustes preliminares entre os futuros sujeitos de um contrato de trabalho, as quais levam a um pré-contrato (verbal ou documental), mas, no momento da consumação da contratação, um dos contratantes não cumpre com a sua palavra. Isso pode gerar uma série de transtornos pecuniários para a outra parte. Por exemplo: um trabalhador, que muda de cidade, com os seus familiares, deixando um emprego, confiando no ajuste preliminar de que teria uma colocação na nova localidade.

O pré-contrato de trabalho nasce a partir do momento em que o trabalhador é aprovado na seleção e, por qualquer meio, recebe a confirmação da sua escolha.

Quanto ao **artigo 223-C da CLT**, tem-se que é de natureza exemplificativa a enumeração dos direitos personalíssimos dos trabalhadores ali constante. Tal compreensão se dá em razão da plenitude da tutela jurídica à dignidade da pessoa humana, tais como a liberdade de pensamento e

²¹ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por**

acidente do trabalho ou doença ocupacional. São Paulo: LTr, 2009, pág. 227.

religiosa, de expressão artística, o acesso à justiça, a discriminação por idade, a vida, entre outros. O próprio artigo 954 do Código Civil considera ofensa à liberdade pessoal o cárcere privado ou a denúncia falsa e de má-fé, circunstâncias essas compatíveis com situações de violações aos direitos no âmbito das relações de trabalho.

Da mesma forma, também possui natureza exemplificativa o rol de bens jurídicos tutelados do **artigo 223-D da CLT** inerentes à pessoa jurídica.

O **artigo 223-E da CLT** trata da questão da responsabilidade pela reparação do dano extrapatrimonial. Entende-se que a redação do referido dispositivo não foi taxativa no sentido de exclusão de responsabilidade e deve ser interpretada em conjunto com as normas insertas na Constituição Federal e no Código Civil.

O Código Civil estabeleceu no artigo 932, III, sem deixar margem à dúvida, que o empregador responde pelos atos de seus empregados, serviços ou prepostos, desde que estejam no exercício do trabalho que lhes competir ou em razão dele, perfeitamente aplicável na esfera trabalhista pelo próprio § 1º do artigo 8º da CLT.

Dessa forma, permanecem em pleno vigor todas as disposições legais regentes do tema, especialmente aquelas alusivas à responsabilidade civil do empregador por fato de terceiro. E mais, não restou afastada a solidariedade dos coautores da ofensa extrapatrimonial, conforme bem assentado no artigo 942, parágrafo único, do Código Civil.

Ainda, a própria CLT aponta no artigo 157 que cabe ao empregador cumprir as normas de segurança e naturalmente responde quando tais normas são observadas.

Nesse sentido, esclarecedora é a lição de Rafael Edson Pugliese Ribeiro²²:

O empregador pode até ser responsável pela reparação do dano causado por seu empregado a terceiro (CC, artigo 932, III), independentemente de sua culpa (CC, artigo 933), mas fica como o direito de se ver ressarcido pelo agente causador do dano (CC, artigo 934). É precisamente essa ideia jurídica que assoma no artigo 223-E da CLT, que deve ser entendido sob duas vertentes: a) não derroga o artigo 932, III, e artigo 933, do Código Civil; b) não se aplica, conquanto o afirme, somente ao dano extrapatrimonial.

Para não pairar questionamentos, o artigo 933 estabelece que o empregador responde pelos atos dos seus empregados ainda que não haja culpa de sua parte. Com efeito, não prevalece mais a presunção de culpa da Súmula 341 do STF, mas a

responsabilidade automática do empregador.

Cabe ressaltar que o dano ambiental independe, para sua caracterização, do elemento anímico da conduta do agente (dolo ou culpa). Não importa se o ato causador do dano é lícito ou ilícito, porque a responsabilidade é objetiva (CF, artigo 225, § 3º e Lei n.º 6.938/81, artigo 14, § 1º).

Esclarece-se que, em razão da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, o **artigo 223-E da CLT** não afastou para a tutela de interesses dos trabalhadores brasileiros a teoria da responsabilidade civil baseada no risco, conforme se depreende do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, artigo 225, § 3º, da Constituição Federal e artigo 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, uma vez que o artigo 7º da Carta Magna permite a outorga de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

Cabe mencionar neste passo que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela aplicação da teoria da responsabilidade objetiva nas indenizações por acidente de trabalho previsto no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, consoante apreciação do RE n. 828.040.

Por fim, estabeleceu o **artigo 223-F da CLT** que a reparação por dano extrapatrimonial pode ser pleiteada cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. Confira-se, a respeito, o teor da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça:

Súmula 37 do STJ - São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.

2.2 - Dano extrapatrimonial. Tabela. Artigo 223-G. Supremo Tribunal Federal.

A Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, introduziu na CLT a polêmica questão do tabelamento (tarifação) da indenização por danos extrapatrimoniais trabalhista.

Os parâmetros instituídos na lei para o valor da indenização criaram faixas e tetos máximos de acordo com a gravidade da ofensa. Vejam o teor do novo dispositivo.

Artigo 223-G da CLT. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

I – a natureza do bem jurídico tutelado;

II – a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III – a possibilidade de superação física ou da humilhação;

IV – os reflexos pessoais e sociais da ação

22 RIBEIRO, Rafael Edson Pugliese. **Reforma Trabalhista Comentada**. Curitiba: Juruá, 2018, pág.

ou omissão;

V – a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

VI – as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;

VII – o grau de dolo ou culpa;

VIII – a ocorrência de retratação espontânea;

IX – o esforço efetivo para minimizar a ofensa;

X – o perdão, tácito ou expresso;

XI – a situação social e econômica das partes envolvidas;

XII – o grau de publicidade da ofensa;

§ 1º. Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º. Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º - Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

O Governo Federal editou Medida Provisória n. 808 de 14.11.2017 com a finalidade de alterar a base de cálculo da indenização para o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social. **No entanto**, o Congresso Nacional ignorou a medida, que veio a decair em 22.04.2018. Com isso, a redação original, indicando o salário contratual como base de cálculo para a indenização por danos extrapatrimoniais, voltou a vigorar.

O legislador ordinário pretendeu que, comprovada a ofensa, o julgador enquadre o ato lesivo em um dos quatro níveis indicados, ofensa leve, média, grave ou gravíssima, conforme seu prudente arbítrio e considerando também as especificidades do caso, mormente os 12 (doze) pontos relacionados no artigo em análise.

Estabeleceu, também, o novo preceito legal que não cabe acumular as indenizações, contrariando

neste particular o princípio da reparação integral. Assim, se a mesma ofensa atingir bens jurídicos extrapatrimoniais distintos da vítima, por exemplo, atingir levemente a imagem, gravemente a sexualidade e de forma média a saúde, só caberá a fixação de uma indenização, pelo que algumas lesões ficarão isentas de reparação.

Rafael Edson Pugliese Ribeiro estabelece que²³:

O legislador cometeu graves atentados no artigo 223-G, §1º, a saber: a) vedar a cumulação de lesões patrimoniais; b) constituir fórmula reparatória com base no salário contratual do ofendido. A fixação de um critério tabelado para as indenizações nem foi o mais grave, embora o STJ e STF já tenham decidido que, pelo menos em relação à Lei de Imprensa, a indenização por dano moral não está sujeita a valores tarifados (STJ, Súmula 281). (...) O nosso sistema normativo encontra parâmetros constitucionais rígidos, como o princípio da reparação de acordo com a extensão do dano, de que é exemplo o inciso X, do artigo 5º. (...) A locução “vedada a cumulação”, presente no § 1º, do artigo 223-G, precisará ser entendida como “vedado o bis in idem”, ou algo assim, para não incidir na coima de inconstitucionalidade, por quebra do princípio de igualdade, sem distinção de qualquer natureza, presente no artigo 5º, caput, da CF.

Com o propósito de apontar algumas diretrizes para o magistrado apreciar o dano extrapatrimonial, o legislador ordinário estabeleceu um rol exemplificativo de 12 (doze) incisos que deverão ser considerados na fixação do valor indenizatório.

Cabe ressaltar que alguns incisos devem ser apreciados com cautela. Não se pode esquecer que o trabalhador subordinado não goza de autonomia e espontaneidade para concordar, sem reservas e com convicção, com a retratação espontânea por parte do lesante, bem como não se pode presumir o perdão tácito ou mesmo expresso somente pela inércia de reação do lesado. A sua situação de dependência e sem garantia de emprego impede que atue em condições de livre manifestação de vontade perante o empregador.

A indenização por dano extrapatrimonial guarda conteúdo de interesse público. O valor fixado deve observar a extensão do dano sofrido, o grau de comprometimento dos envolvidos no evento, os perfis financeiros do ofensor do ilícito e da vítima, além de

²³ RIBEIRO, Rafael Edson Pugliese. **Reforma Trabalhista Comentada**. Curitiba: Juruá, 2018, pág.

aspectos secundários pertinentes a cada caso. Incumbe ao juiz fixá-lo com prudência, bom senso e razoabilidade.

O dano extrapatrimonial é indenizável, não como uma quantificação patrimonial, que é impossível, mas com o objetivo duplo de impor uma sanção ao agressor para que não mais volte a infringir e, também, com o objetivo de provocar na vítima uma sensação de prazer para compensar a dor provocada pelo ato danoso.

A compensação pelo dano à pessoa deve caminhar de forma harmoniosa com os direitos humanos e com os direitos da personalidade, cujo fundamento é o reconhecimento de que a pessoa tem um valor em si mesma e de que, por isso, deve-lhe ser reconhecida uma dignidade. Logo, a dor, a angústia e a tristeza são formas por meio das quais o dano extrapatrimonial se exterioriza.

Sebastião Geraldo de Oliveira discorre²⁴:

Entendemos que também neste ponto a reforma trabalhista fere a Constituição Federal ao estabelecer parâmetros de reparação de danos francamente discriminatórios, porque fixados com valores variáveis de acordo com o padrão salarial da vítima. A Carta Maior já menciona o valor da dignidade no seu preâmbulo e estabelece como objetivos fundamentais da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV). Além disso, a previsão do artigo 5º claramente estabelece que todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção.

Sebastião Geraldo de Oliveira traz um exemplo que pode ocorrer na prática e que bem demonstra a discriminação pelo tratamento diferenciado. Um engenheiro civil, com salário contratual de R\$ 10.000,00, um encarregado, com salário contratual de R\$ 5.000,00 e um pedreiro, com salário contratual de R\$ 2.000,00, no exercício de suas atividades laborativas na construção civil sofrem acidente de trabalho, uma vez que o empregador não observou as diretrizes da NR-18 do Ministério do Trabalho. Todos os trabalhadores ficaram com sequelas físicas semelhantes em razão do mesmo acidente, porém, os valores das indenizações por danos extrapatrimoniais serão diferentes para cada trabalhador, violando o princípio constitucional da isonomia²⁵.

Importante notar que a Constituição Federal

de 1988, desde o seu preâmbulo, enuncia a igualdade como valor supremo do Estado Democrático, igualdade esta que alça patamar de princípio fundamental no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Sintetiza bem o princípio da isonomia o magistério de Alexandre de Moraes²⁶:

De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que encontram-se em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.

A dignidade da pessoa humana não pode ser aferida de acordo com o seu padrão de rendimento. A maior ou menor riqueza da vítima não pode, por si só, orientar o valor da indenização, nem servir de parâmetro para reparar a lesão extrapatrimonial.

Oportuno citar a jurisprudência do Colendo STJ, *in verbis*:

CIVIL. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. A condição social da vítima, de pobre, não pode ser valorizada para reduzir o montante da indenização pelo dano moral; a dor das pessoas humildes não é menor do que aquela sofrida por pessoas abonadas ao serem

²⁴ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr. 2017, ano 81, número 09. pag. 1065.

²⁵ OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **O Dano**

Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr. 2017, ano 81, número 09. pag. 1065.

²⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017, pag. 36.

privadas de um ente querido (STJ – 3ª Turma, RESP. 951.777/DF, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ. 27.08.2007).

Da mesma forma, Maria Helena Diniz nos ensina que²⁷:

Tarifar não seria a solução ideal para encontrar o justo equilíbrio na indenização do dano moral; dever-se-ia, ensina Zavala de Gonzalez, considerar a teoria da regulação normativa do 'quantum' indenizatório, que indicasse critérios objetivos ou bases que levem a uma reparação equitativa, uma vez que não se fixam pisos máximos ou mínimos, deixando-se uma margem de avaliação judicial, que possibilite transpor os reguladores indicativos estabelecidos em lei.

Deve, portanto, haver uma moderação na quantificação do montante indenizatório do dano moral, sem falar na necessidade de previsão legal contendo critérios objetivos a serem seguidos pelo órgão judicante no arbitramento. Na liquidação judicial, o magistrado tem, ante a fluidez e a subjetividade do sofrimento, o dever de apurar, com seu prudente arbítrio, os critérios a serem seguidos e o *quantum debeatur*, tendo por *standard* o homem médio na sociedade ao examinar a gravidade do fato e a dimensão do dano moral ocorrido e ao ponderar os elementos probatórios.

A inclusão na Constituição Federal de 1988 do direito à reparação dos danos morais indicou que as lesões desta natureza devem ser indenizadas em sua plenitude, sem as amarras de tetos limitadores. Segundo prevê o artigo 5º, V, da CF/88, a indenização deverá ser proporcional ao agravo, razão pela qual, não é possível limitar a intensidade da ofensa e o valor da indenização, sob pena de criar em determinados casos uma reparação desproporcional em benefício do agressor.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça fixou o seguinte entendimento:

Súmula 281 do STJ - A indenização por dano moral não está sujeita a tariffação prevista na Lei de Imprensa.

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a incidência do artigo 5º, V e X, da CF/88:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL. OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO. TARIFAÇÃO. LEI 5.250/67 – LEI DE IMPRENSA.

ARTIGO 52. NÃO RECEPÇÃO PELA CF/88. ARTIGO 5º, INCISOS V e X. A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial – CF, artigo 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 as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. Não recepção pela CF/88 do artigo 52 da Lei n. 5.250/67 – Lei da Imprensa (STF, 2ª Turma, RE 396.386, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ. 13.08.2004).

INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEI DE IMPRENSA. DANO MORAL.

Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no artigo 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente (STF, 2ª Turma, RE 447.584/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ. 16.03.2007).

Finalmente, o Supremo Tribunal Federal, em sua composição plenária, firmou posicionamento quanto ao não cabimento do tabelamento do dano moral no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF n. 130-DF. Nesse julgamento, a Corte declarou que a Lei de Imprensa n. 5.250/67, conhecida como Lei de Imprensa, não foi recepcionada pela Constituição Federal. O tema tabelamento ou tariffação do dano moral foi abordado expressamente no julgamento por quase todos os Ministros da Corte.

No seu voto, destacou o Ministro Ricardo Lewandowski:

Não impressiona, data vênica, a objeção de alguns, segundo a qual, se a lei for totalmente retirada do cenário jurídico, o direito de resposta ficaria sem parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tariffação. É que a Constituição, no artigo 5º, V, assegura o direito de resposta proporcional ao agravo, vale dizer, trata-se de um direito que o seu exercício não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**

Judiciário. Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que o artigo 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarificação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do STJ.

Inviabilizada a tarificação nas indenizações por dano extrapatrimonial em razão de limites impostos pela Constituição Federal, confere-se prevalência ao sistema aberto, mediante o qual o julgador está autorizado a fixar o valor da reparação de forma subjetiva, mas sem desprezar critérios objetivos, conforme balizas preestabelecidas.

A dosimetria do quantum indenizatório guarda relação direta com o princípio da restauração justa e proporcional, nos exatos limites da existência e da extensão do dano sofrido e do grau de culpa, sem olvidar a situação econômica de ambas as partes.

Nesse sentido, o disposto no art. 944 do Código Civil:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

Além disso, o dano extrapatrimonial, diferentemente do dano patrimonial, evoca o grau de culpa do autor do ato ilícito como parâmetro para fixação do valor da indenização. Nesse sentir, a atuação dolosa do agente reclama reparação econômica mais severa, ao passo que a imprudência ou negligência clamam por reprimenda mais branda.

Acrescente-se que a capacidade econômica das partes constitui fato relevante para a fixação do quantum indenizatório, na medida em que a reparação não pode levar o ofensor à ruína e, tampouco, autorizar o enriquecimento sem causa da vítima. Logo, afigura-se extremamente importante, sob o foco da realidade substancial das partes, sem desprezar os fins sociais do Direito e as nuances do bem comum, considerar a perspectiva econômica como critério a ser observado na determinação da indenização por dano extrapatrimonial.

Constata-se, portanto, a delegação de poderes ao magistrado, que permite, em cada caso concreto, liquidar o dano extrapatrimonial. Fugindo de critérios rígidos para a fixação de tal indenização, permitiu-se ao juiz a utilização de critérios pertinentes

ao caso concreto e, com base neles, estabelecer uma justa indenização, razão pela qual, os parâmetros para apreciação do pedido de reparação são meramente exemplificativos, uma vez que os critérios poderão surgir no caso concreto e não previsto pelo legislador.

Nesse sentido, lúcidas as palavras de Cleber Lúcio de Almeida que²⁸:

Deve o juiz, despindo-se de todo e qualquer preconceito, se colocar no lugar do trabalhador acidentado, para que possa perceber a extensão do dano por ele sofrido e fixar reparação com ele compatível. Tomado pela paz, pelo amor, pela bondade, pela fortaleza e pela responsabilidade, o juiz será capaz de vivenciar a experiência do trabalhador vítima de acidente e conceber solução que corresponda aos seus anseios e dignidade e, ao mesmo tempo, à justa medida da responsabilidade do empregador, transformando sua árdua tarefa de julgador no gratificante exercício de sua humanidade. A vida humana é um milagre que deve ser preservado.

O valor das indenizações deverá levar em consideração a extensão do dano, que somente se poderá definir por critério de proporção e de razoabilidade no caso concreto, devidamente considerado e fundamentado. Razoabilidade, frise-se, entendida sob a perspectiva de equidade e equivalência, tal como leciona Humberto Ávila²⁹:

[...] a razoabilidade exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal. Para determinados casos, em virtude de determinadas especificidades, a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de um caso anormal [...] A razoabilidade também exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que dimensiona.

O tabelamento idealizado pelo legislador ordinário, portanto, não deve servir como teto para definir reparações, sob pena de afronta ao artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal. Colacionamos jurisprudência esclarecedora sobre o tema:

DANO MORAL. FIXAÇÃO DO QUANTUM. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, V E X, DA CONSTITUIÇÃO

²⁸ ALMEIDA, Cléber Lúcio. **Responsabilidade Civil do Empregador e Acidente de Trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

²⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2016, pág. 196-201

FEDERAL. No caso em exame, a Corte Regional, soberana na análise dos fatos e provas produzidas nos autos, registrou que a condenação por danos morais decorreu do fato de ter o reclamado prestado informações à imprensa, mais precisamente ao Jornal Gazeta Mercantil, o que levou à publicação de matéria jornalística na qual apontava o reclamante, entre outros, como possíveis responsáveis por irregularidades na concessão de empréstimos bancários. Por tais motivos, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, reconheceu que o afastamento do autor se deu -sob acusação infundada-, o que resultou na condenação por dano moral na forma do pedido posto na exordial, momento em que aquela Corte deixou de arbitrar valor certo a título de danos morais, para, acolhendo o pedido da petição inicial, determinar que o valor fosse determinado pela soma dos salários mensais devidos ao reclamante desde a data de sua dispensa até o trânsito em julgado do presente processo. Não obstante se reconhecer que, em tese, o tratamento recebido pelo reclamante poderia dar ensejo à condenação do banco reclamado por danos morais, não se considera razoável a fórmula da fixação do quantum condenatório adotada pelo Tribunal de origem, uma vez que da forma como posta a condenação, a impor o aumento do valor da condenação a cada recurso que a parte maneje, não há negar a ocorrência do manifesto cerceamento de defesa em desfavor do banco reclamado. Embora o reclamado detenha capacidade econômica reconhecidamente avantajada, tenho que a fixação do quantum indenizatório levada a efeito pelo Tribunal *a quo* ultrapassa os limites da razoabilidade e da proporcionalidade e resultaria, caso mantido, em enriquecimento sem causa do reclamante. Assim, levando-se em conta todos os parâmetros citados, bem como utilizando-se da jurisprudência desta Corte, em casos em que deferiu-se indenização por danos morais, fixa-se o quantum indenizatório no valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Recurso de embargos conhecido, no ponto, e provido. (TST-E-ED-RR-792330-81.2001.5.02.5555, Ac. SBDI-1, Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, in DEJT 20.8.2010).

DANOS MORAIS - FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. A fixação do valor para a indenização por danos moral é questão subjetiva, devendo ser analisados os aspectos da ofensa feita, dos danos causados e a condição econômica do empregador. Assim, cabe ao Juízo avaliar a razoabilidade

e a proporcionalidade, levando em consideração a gravidade do dano e as condições do devedor, visando evitar o enriquecimento sem causa do empregado ou a ruína do empregador (TRT – 2ª Região, RO 1001374-26.2016.5.02.0088, Rel. Des. Mercia Tomazinho, DJ 10.04.2018).

Além disso, cumpre destacar que o legislador ordinário somente admitiu a reincidência se for entre as mesmas partes, o que praticamente jamais acontecerá, pois dificilmente o empregador perseguirá com o mesmo empregado após tê-lo causado um dano extrapatrimonial. Em outras palavras, é como se o legislador dissesse que o juiz não pode levar em consideração a repetição dos mesmos fatos na mesma fábrica, porém com vítimas diferentes. Em tal contexto, somente o maior rigor nas reincidências, ainda que com relação a outro empregado, poderia abrir uma perspectiva de adequação comportamental do empregador.

Ressalta-se que a Lei n. 13.467/2017 não alterou a Lei da Ação Civil Pública – Lei n. 7.347/85, inclusive os dispositivos que regem as ações de reponsabilidade por danos morais e patrimoniais de natureza coletiva.

Diante do que foi exposto, conclui-se que o artigo 223-G, § 1º, da CLT, ao estabelecer tabelamento de indenização por danos extrapatrimoniais de acordo com o grau de ofensa e o salário contratual do ofendido, padece de vício incontornável da inconstitucionalidade, uma vez que nossa Carta Magna assegura a ampla reparação dos danos extrapatrimoniais, nos termos do artigo 5º, incisos V e X, afastando-se, assim, qualquer tarifação legislativa, desprezando a capacidade de pagamento, a necessidade de se afirmar efeito pedagógico à medida e impeditiva à extensão e à gravidade do dano.

Por tais circunstâncias, a Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA, juntamente com a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs ações diretas de inconstitucionalidade, todas com medida cautelar, dos artigos 223-A e 223-G, §§ 1º e 2º, da CLT, na redação alterada pela medida Provisória 808/2017 e na redação dada pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista).

A ANAMATRA sustentou que a lei não poderia limitar a atuação do poder judiciário na fixação do valor da indenização por dano moral, sob pena de restringir o próprio exercício da jurisdição, conforme precedente do STF na ADPF 130 que, por maioria, entendeu pela inconstitucionalidade da limitação dos valores de indenização estabelecidos na Lei de Imprensa.

O Conselho Federal da OAB, na mesma linha de entendimento das demais postulantes, assevera que o restabelecimento da redação do art. 223-G,

após a caducidade da MP 808/2017, implicou grave prejuízo aos trabalhadores, porquanto o valor da indenização passou a ser balizado pelo salário contratual do trabalhador e não pelo teto salarial do Regime Geral de Previdência Social, não mais excetuando dessa regra a reparação por morte.

A AGU, no entanto, manifestou-se contrária ao objeto da ADI. Sustentando que dentro das extensas margens estabelecidas no texto legal, a Justiça Trabalhista tem autonomia para definir a natureza da ofensa, classificando-a como leve, média, grave ou gravíssima, assim como para estabelecer o valor adequado à reparação do dano e aduz que o parâmetro estabelecido pelo inciso IV do § 1º do art. 233-G da CLT não corresponde, propriamente, ao limite máximo do valor da reparação, uma vez que pode ser ultrapassado em situações específicas, como na hipótese de reincidência, em que a quantia pode ser estipulada pelo dobro.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, conheceu as ADIs 6.050, 6.069 e 6.082 e julgou parcialmente procedentes os pedidos para conferir interpretação conforme a Constituição, de modo a estabelecer que:

1) As redações conferidas aos arts. 223-A e 223-B, da CLT, não excluem o direito à reparação por dano moral indireto ou dano em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil;

2) Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial previstos no art. 223-G, caput e § 1º da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fundamentação da decisão judicial.

Dessa forma, é constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade. Tudo nos termos do voto do Relator (Ministro Gilmar Mendes), vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber (Presidente), que julgavam procedente o pedido das ações.

3 - CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz dos fundamentos supra, especialmente considerando que a Lei n. 13.467/2017 não é superior às demais e deve ser inserida no sistema jurídico processual e material trabalhista vigente observando-se as regras e princípios, bem como compatibilidade e constitucionalidade do sistema processual e material como um todo, pode-se extrair algumas conclusões:

- Não deve prevalecer a interpretação literal do **artigo 223-A da CLT** que explicita a aplicação à reparação de danos de natureza extrapatrimonial

decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos do aludido título, ou seja, somente os dispositivos inseridos na CLT no título Dano Extrapatrimonial. Deve prevalecer a interpretação sistemática, sob a melhor luz da Constituição Federal e, subsidiariamente complementada pelo direito comum, sob pena de resultar em tratamento discriminatório injusto às pessoas inseridas na relação laboral.

- O **artigo 223-B da CLT** explicita apenas um rol exemplificativo de espécies de danos de natureza extrapatrimonial, pois somente relaciona em sua redação os danos morais e existenciais, não excluindo a aplicação de outras normas jurídicas em vigor para abranger os danos estéticos, danos coletivos, danos pela perda de uma chance, entre outros.

- É de natureza exemplificativa a enumeração dos direitos personalíssimos dos trabalhadores constante no **artigo 223-C da CLT**, considerando a plenitude da tutela jurídica à dignidade da pessoa humana, tais como a liberdade de pensamento e religiosa, de expressão artística, o acesso à justiça, a discriminação por idade, a vida, entre outros.

- Da mesma forma, também possui natureza exemplificativa o rol de bens jurídicos tutelados do **artigo 223-D da CLT** inerentes à pessoa jurídica.

- Em razão da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, o **artigo 223-E da CLT** não afastou para a tutela de interesses dos trabalhadores brasileiros a teoria da responsabilidade civil baseada no risco, conforme se depreende do artigo 927, parágrafo único, do Código Civil, artigo 225, § 3º, da Constituição Federal e artigo 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981, uma vez que o artigo 7º da Carta Magna permite a outorga de outros direitos que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores.

- Estabeleceu o **artigo 223-F da CLT** que a reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pleiteada cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo

- O **Supremo Tribunal Federal** decidiu que é constitucional o tabelamento disposto na CLT, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade. Tudo nos termos do voto do Relator (Ministro Gilmar Mendes), vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber (Presidente), que julgavam procedente o pedido das ações.

4 – BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Cleber Lúcio. **Responsabilidade Civil do Empregador e Acidente de Trabalho**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2008.

BRANDÃO, Cláudio. **Acidente de Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador**. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2015.

BEBBER, Júlio César. **Danos Extrapatrimoniais – estético, biológico e existencial: Breves Considerações**. São Paulo: Revista LTr, 2009, volume 73.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho**. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais**. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. 2ª edição. São Paulo: LTr, 2018.

DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; FELICIANO, Guilherme Guimarães; SILVA, José Antônio Ribeiro; TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. **Comentários à Lei da Reforma Trabalhista**. 2ª edição., São Paulo: LTr, 2018.

Diniz, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, vol.7.

FERREIRA, Farley Roberto Rodrigues de Carvalho. **A Incapacidade Laborativa Temporária Causada por Doença e seus Efeitos no Contrato de**

Trabalho. São Paulo: Fontenele, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 5ª edição. São Paulo, Saraiva, 2014.

MELO, Raimundo Simão. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador**. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33ª Ed. São Paulo: Atlas, 2017

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2009.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **O Dano Extrapatrimonial Trabalhista após a Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017, ano 81, número 09.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade Civil**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RIBEIRO, Rafael Edson Pugliese. **Reforma Trabalhista Comentada**. Curitiba: Juruá, 2018.

ROCHA, Fábio Ribeiro. **Efetividade do Direito Fundamental ao Meio Ambiente de Trabalho Seguro e Adequado**. São Paulo: LTr, 2016.

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos Fundamentais nas Relações de Trabalho**. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2012.

SILVA, Homero Batista Mateus. **CLT Comentada**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. 5ª edição. São Paulo: Método, 2010.

AUDIÊNCIAS JUDICIAIS NÃO SÃO ESPETÁCULOS: Limites do uso de registros audiovisuais no ambiente jurisdicional

Jorge Batalha Leite³⁰

Na era digital, a pergunta **“Posso gravar e publicar isso?”** tornou-se uma questão complexa e frequentemente debatida. No contexto jurídico, essa pergunta ganha um contorno especial, trazendo uma discussão sobre a ética profissional, limites, direitos e deveres das partes e, sobretudo, dos advogados, e proteção à privacidade dos envolvidos. Este artigo explora em específico a possibilidade de um advogado gravar **e publicar** o vídeo e/ou áudio de uma audiência.

O advogado, no desempenho de suas funções, é responsável por proteger os interesses de seu cliente. É função indispensável à administração da Justiça. Para isso, pode, e deve, recorrer a todas as ferramentas e recursos legais disponíveis. Em certos casos, a gravação de uma audiência pode ser uma ferramenta útil, servindo para documentar os procedimentos, garantir a precisão dos fatos apresentados, e proteger a todos contra possíveis má conduta ou equívocos.

O Código de Processo Civil (CPC) elucida, nos §§ 5º e 6º do artigo 367, a possibilidade de a audiência ser gravada, tanto em imagem quanto em áudio, por meio digital ou analógico, **desde que garantido o acesso ágil para as partes e para os órgãos julgadores**, sempre em conformidade com a legislação pertinente, sendo que o §6º, por sua vez, estabelece que a gravação mencionada pode ser executada diretamente por qualquer uma das partes, sem a necessidade de um aval judicial.

Ocorre que, aparentemente alguns visualizaram uma porta aberta para a possibilidade de transformar a audiência, um ato solene, em um estúdio de filmagens e transmissão para próprio divertimento ou interesse de uma “plateia” de seguidores.

Surge a narrativa de que um advogado, para além de ter a prerrogativa de gravar a audiência – cuja possibilidade de gravação não é ilimitada como alguns imaginam –, pode também transmitir o “evento” ao vivo por meio de plataformas de mídia social, como Instagram ou TikTok.

Esta circunstância, marcada por um grau notável de absurdo, acarreta a necessidade de explicitar o que antes era implicitamente compreendido como evidente – bom senso, de fato, é um conceito aberto. Agora, se faz necessário não apenas explanar, mas também ilustrar claramente esse contexto.

Vamos começar com uma questão básica de princípios. O princípio do contraditório e ampla

defesa, previsto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, garante que as partes tenham ciência de todos os atos processuais. No entanto, um processo judicial não é um seriado ou um reality show – sua finalidade não é de forma alguma entreter. A transmissão de uma audiência no Instagram, TikTok, ou equivalente, é patente violação deste princípio, uma vez que o público em geral não tem o porquê de assistir a tais procedimentos. Lembre-se que o acesso aos Fóruns é controlado, e o acesso de terceiros em audiência virtual é mediante prévio cadastro e identificação.

Lives em plataformas são abertas ao público em geral, o que significa que qualquer pessoa pode assistir, independentemente de sua relevância ou necessidade. Ademais, em um ambiente judicial formal, o Juiz ou o moderador tem controle sobre o processo e pode intervir se as regras forem violadas. Em uma plataforma de mídia social esse controle é limitado, o que pode levar a interações prejudiciais e ferir a integridade do processo.

Além disso, há o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, segundo o artigo 1º, inciso III, da Constituição. O processo judicial pode ser um momento de grande *stress* e ansiedade para os envolvidos. Ao transformá-lo em entretenimento para o público das redes sociais, há, “pasmem”, desrespeito a mais um princípio.

Então, temos o princípio da publicidade, previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição. Embora ele garanta a transparência dos atos processuais, é fundamental entender que a sua intenção não é transformar a Justiça em um espetáculo público, mas sim garantir o controle dos atos do Poder Judiciário.

Também é importante citar que, segundo o Código de Ética e Disciplina da OAB, o advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia. Como a *live* de audiências atenderia a este requisito é um mistério.

O processo é instrumento de realização da Justiça e não palco de exibição pessoal. A ostentação pública de uma audiência em *lives* vai diretamente contra esta concepção de processo.

Avancemos mais.

Questão proeminente a ser considerada é que **a gravação de audiências não é universalmente permitida**. É indiscutível que audiências submetidas a segredo de justiça não podem ser objeto de

³⁰ Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 02ª Região deste 2018, tendo atuado previamente como Magistrado na 15ª Região desde 2016 e como Assessor de Desembargador do Trabalho de 2009 até o seu ingresso na Magistratura.

gravação e posterior divulgação, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso LX, da Constituição Federal e art. 11 do CPC, que impõe restrições mais severas para tais casos.

E mesmo em situações em que a audiência não se enquadra na categoria de segredo de justiça, ou seja, quando é classificada como "pública", a possibilidade de gravação pelo advogado não é irrestrita. Somente é permitida a gravação dos atos instrutórios.

Para exemplificar, é notório que todo processo trabalhista possui um esforço conciliatório, sendo este o momento em que os litigantes oferecem suas observações, análises de riscos, avaliações sobre a probabilidade de sucesso, expressões breves de suas frustrações, estimativas de compensações e introspecções.

De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), a conciliação trabalhista pode ser realizada a qualquer momento antes da proclamação da sentença, conforme disposto no artigo 764. No entanto, a legislação obriga que a proposta de conciliação seja realizada em dois momentos específicos: logo após a abertura da fase de instrução e julgamento, como estabelecido no artigo 846, e após a apresentação das razões finais por ambas as partes, de acordo com o artigo 850. Toda audiência trabalhista tem, portanto, momentos destinados à busca da conciliação.

Esta etapa, conforme estipulado pelo artigo 166 do CPC, não permite registros audiovisuais, ante o princípio da confidencialidade inerente a esta fase processual.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, **da confidencialidade**, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1º **A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.**

Não é inviável imaginar que o patrono sustente que essa limitação seria apenas pertinente a audiências de conciliação "puras", tais como as dos CEJUSCS. O "inafastável" artigo 367 do CPC, segundo figurativa alegação, não contemplaria a hipótese de qualquer restrição.

Uma vez mais, encontramos-nos diante de equívoco.

O artigo 367 está inserido no Capítulo que discorre sobre a audiência de instrução e julgamento. Segundo o ordenamento jurídico estabelecido pelo CPC, as audiências de conciliação possuem um capítulo específico e distinto das de instrução. São fases diferenciadas, rememorando

que uma mesma "audiência" pode ter mais de uma fase (inicial, conciliatória, instrutória, encerramento e julgamento).

Para aquele que ainda assim faça ressalva ao narrado por este articulista, vejamos o que o próprio Tribunal de Ética da OAB já decidiu.

REUNIÃO OU AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO - GRAVAÇÃO OSTENSIVA E AUTORIZADA - POSSIBILIDADE ÉTICA - GRAVAÇÃO OCULTA OU NÃO AUTORIZADA - VEDAÇÃO ÉTICA - (...).

Não é eticamente vedado ao advogado, em audiências de instrução e julgamento, proceder à respectiva gravação. Do ponto de vista ético, o ato da gravação há que ser ostensivo, sob pena de violação da lealdade com que deve ser pautada as relações processuais e as relações entre advogados. Em se tratando de ato destinado à conciliação, não se justifica eticamente a gravação, que tem o condão inibir eventuais negociações ou causar constrangimento a quaisquer das partes, que atuarão com reservas excessivas a fim de evitar que sua conduta seja interpretada como admissão de fatos ou renúncia a direitos. A gravação inibe declarações, opiniões, promessas, reconhecimentos de fatos, dentre outros atos típicos das tratativas. Não é por outra razão que, salvo disposição expressa das partes em sentido contrário, o conteúdo do que se afirmar, em procedimento de mediação, não pode sequer ser utilizado em processo arbitral ou judicial (art. 30 da lei 13.140/2015). Os objetivos buscados com a mediação, conciliação, judiciais ou extrajudiciais, ou mesmo em reuniões informais para esse fim entre advogados, com ou sem as partes, são contrários a que se faça gravações, sob pena de transformar o ato em busca de provas ou investigação de fatos, salvo disposição expressa das partes em sentido contrário. Precedentes: Proc. E-3.854/2010 e Proc. E-3.986/2011. Proc. E-4.987/2018 - v.u., em 26/04/2018, do parecer e ementa do Julgador Dr. FÁBIO DE SOUZA RAMACCIOTTI, tendo aderido ao voto vencedor o relator Dr. SYLAS KOK RIBEIRO, Rev. Dra. RENATA MANGUEIRA DE SOUZA - Presidente Dr. PEDRO PAULO WENDEL GASPARINI.

Para evitar quaisquer dúvidas se esquematiza as balizas fixadas no próprio Tribunal de Ética da classe para que o advogado grave regularmente uma audiência:

1. Permissibilidade: Não é eticamente vedado ao advogado proceder à gravação em audiências de instrução e julgamento.

2. Condicionante: **A gravação deve ser ostensiva**. Evita-se a violação da lealdade que deve nortear as relações processuais e as relações entre advogados.

3. Conciliação: Em se tratando de atos destinados à conciliação, a gravação não é justificável. Inibe eventuais negociações ou causa constrangimento às partes. As partes podem agir com reservas excessivas para evitar que sua conduta seja interpretada como admissão de fatos ou renúncia a direitos.

Em síntese, enquanto a gravação em audiências de instrução e julgamento não é proibida, deve ser feita de maneira ostensiva para manter a lealdade entre as partes e, **disponibilizada a todos os integrantes** – ou seja, há um ônus para que lhe seja franqueado gravar. Não se desconsidera ainda que uma grande parte das audiências instrutória já são gravadas na íntegra diretamente pelo Juízo, e disponibilizada a todos, o que torna o ato unilateral de gravação inútil. De todo o modo, em contextos de conciliação, a gravação, além de considerada inapropriada, é ilegal.

Após abordar as questões relacionadas à gravação de audiências por parte de um advogado, é pertinente prosseguir para o debate das normas positivadas que demonstram a impossibilidade de sua transmissão em tempo real, ou seja, na forma de uma "live".

Sem muito esforço já há a limitação inerente que diz respeito à necessidade de proteger a integridade da imagem dos indivíduos envolvidos.

Com o intuito de prevenir qualquer "raciocínio" de que somente a "imagem" do "TikToker" esteja sendo divulgada, é importante frisar que o direito à imagem engloba também a proteção ao direito de transmissão sonora, assegurando assim a proteção da voz de cada indivíduo.

A voz humana é parte integrante da imagem da pessoa, estando, portanto, protegida por direitos fundamentais – honra, vida privada e intimidade (art. 5º, X, da CF). A transmissão de uma audiência judicial em uma *live* sem o conhecimento, e a permissão expressa das partes envolvidas (incluindo juiz, partes litigantes e testemunhas) é violação do direito à imagem.

Isso ocorre porque, durante uma audiência, informações privadas e sensíveis são discutidas, e a transmissão não autorizada de tais informações pode implicar inclusive em risco da segurança pessoal dos envolvidos.

Os advogados, em particular, têm um dever profissional de manter a confidencialidade das informações relacionadas aos seus casos e clientes. Assim, um advogado que faz uma *live* transmitindo uma audiência de forma não autorizada, em potencial, macula seus próprios deveres profissionais.

A possibilidade de efetuar gravações não

se correlaciona, de maneira alguma, à sua respectiva disseminação.

Há uma enormidade de artigos legais que tornam o óbvio ainda mais evidente.

1. Artigo 210, parágrafo único, CPP:

Determina que se garanta a incomunicabilidade das testemunhas. Isso significa que as partes e as testemunhas não devem se comunicar entre si para garantir que suas declarações sejam independentes e não influenciadas;

2. Artigos 385, § 2º e 456, *caput*, do CPC:

ambos determinam a oitiva separada e preservada a incomunicabilidade;

3. Artigo 824 da CLT:

dispõe sobre a incomunicabilidade das testemunhas no âmbito do processo trabalho;

4. Artigo 7, II, V, da Resolução 354 do Conselho Nacional de Justiça: determina a incomunicabilidade no âmbito de audiências telepresenciais e que a presença de terceiro ocorre mediante cadastro prévio.

5. Artigos 1º, 2º, II e 28 e ss do Código de Ética e Disciplina da OAB:

Estes artigos se referem à conduta dos advogados. Os artigos 1º e 2º, inciso II, preveem o respeito aos demais profissionais e às autoridades, estabelecendo a observância de preceitos de dignidade, honestidade, decoro e discrição. Os artigos 28 e seguintes trazem uma série de regras para fins de publicidade, sendo que deve se abster de divulgação de lista de cliente e demandas, evitando a mercantilização da profissão;

6. Artigos 1º, 2º, 5º incisos I e X e ss da Lei Geral de Proteção de Dados: referem-se às limitações de uso de tratamento de dados pessoais.

Há notícia de casos de causídicos transmitindo audiências – sem sequer cuidar de comunicar aos presentes. Poder-se-ia imaginar que a transmissão foi concebida com o intuito de democratizar o acesso à informação. Não se crê ser o caso. Há, em verdade, o proveito individual do "TikToker".

Nesses palcos digitais, cada "curtida" e "compartilhamento" equivale a um selo de aprovação e influência. Há vantagens comerciais incontestáveis – diretas e indiretas. Adicionalmente, a remuneração (monetização) é proporcional ao número de visualizações e interações. Em outras palavras, quanto mais olhares atraídos e dedos pressionando botões, maior é a recompensa monetária.

Desse modo, a inevitável conclusão é que, sob a lente de exame, a transmissão ao vivo possui um caráter marcadamente comercial.

Não bastasse todo o problema ético, **caso haja a quebra da incomunicabilidade, as provas obtidas por meio dos depoimentos de testemunhas são passíveis de ter a nulidade declarada**. Imagine-se a testemunha assistindo a *live* na sala de espera aguardando a audiência e

escutando absolutamente tudo o que a testemunha anterior narrou.

E, por fim, não é possível esquecer que ao Juiz é concedido o poder de polícia da audiência. A legislação é muito clara:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...)

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

Art. 360. O juiz exerce o poder de polícia, incumbindo-lhe:

I - manter a ordem e o decoro na audiência;

II - ordenar que se retirem da sala de audiência os que se comportarem inconvenientemente;

III - requisitar, quando necessário, força policial;

IV - tratar com urbanidade as partes, os advogados, os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e qualquer pessoa que participe do processo;

V - registrar em ata, com exatidão, todos os requerimentos apresentados em audiência.

No âmbito do processo penal a legislação ainda foi mais direta. O art. 792 deste diploma assegura ao Juiz, inclusive por iniciativa própria que, caso a divulgação da audiência, sessão ou procedimento judicial possa provocar escândalo, grave inconveniente ou ameaça à ordem pública, decidir que a ação ocorra em sessão privada, restringindo o número de indivíduos permitidos a assistir.

Ora, se no processo penal que o bem em jogo é a própria liberdade, com muita mais razão é viável a aplicação do artigo referido no âmbito do processo civil e trabalhista. Oportuno rememorar que a "*analogia constitui meio de integração do direito*" (STF, Rcl nº 23.045-ED-AgR/SP, Tribunal Pleno, rel. min. Edson Fachin, DJe de 11/3/2020).

Na realização do ato judicial, é incumbência do Magistrado decidir se uma determinada conduta deve ser deferida ou indeferida, enquanto ao patrono são garantidos dois caminhos legais. O primeiro é concordar com a decisão e não requerer nada adicional. O segundo é discordar e manifestar os competentes protestos com o intuito de apresentar um recurso conforme os preceitos da legislação.

É curioso notar a certa frequência de que confrontados com simples decisões de condução, em momentos de exaltação se imagina, costumam proferir a expressão "ferir prerrogativas", sem, no entanto, mencionar exatamente qual prerrogativa está sendo violada. Além disso, há não raro a menção de "abuso de autoridade", "arbitrariedade" ou a promessa de apresentar queixas à Corregedoria, as quais apenas revelam uma falta de

preparo evidente, uma vez que tais argumentos não possuem embasamento jurídico algum para o ato que está ocorrendo.

Ao revés, tumultuar a audiência pode gerar a aplicação de multas ao patrocinado nos termos, e.g., do art. 793-B consolidado.

O tema em apreço alcançou tamanha problemática que precisou ser judicializado. Sobre o tema transcrevo a didática decisão proferida pelo MM. Juiz nos autos 8053930-36.2024.8.05.0001:

"(...)

Não se olvida da possibilidade e, por consectário, direito garantido ao advogado, in casu demandado, de promover a gravação até mesmo em imagem (ou áudio), das audiências de instrução e julgamento das quais participa, à luz dos §§ 5º e 6º do art. 367, do CPC, inclusive independentemente de autorização judicial, por meio digital ou analógico.

O STF já teve a oportunidade, inclusive, em mais de uma ocasião, de ressaltar que a gravação de audiências por parte dos advogados, ou mesmo partes, delas participantes, constitui ato legítimo, mormente para fins de comprovar eventuais equívocos na transcrição das respectivas atas/termos, posto que decorrente de texto constitucional que resguarda a ampla defesa (art. 5º, LV, CF/88), do que se afere que a gravação tem uma finalidade eminentemente técnica, servindo de arquivo ao advogado que dela poderá se valer para corrigir erros, conforme já retro destacado, ou mesmo denunciar abusos de autoridade, não se concebendo, todavia, a prática de divulgação do quanto ocorrido em audiência, sobretudo de forma simultânea ao seu pleno desenvolvimento, através de redes sociais, fora dos autos, sob pena de exposição indevida, vez que não autorizada, dos demais envolvidos no ato, sejam magistrados, ora autores substituídos pela respectiva associação, sejam partes, advogados ex adversos ou demais presentes. Malgrado se trata de ato público, ou seja, acessível ao público em geral, assim como todos os demais atos processuais de feitos que não tramitem sob sigilo legitimado por alguma particularidade, a audiência envolve pessoas e profissionais que não devem ter suas imagens ou mesmo falas, através de áudios, expostos em redes sociais ou qualquer outro meio sem a devida autorização, pelo que a previsão legal que autoriza a gravação não pode confundir-se com autorização para transmissão e divulgação.

Aliás, como muito bem destacado no bojo da exordial, a transmissão em tempo real pelo advogado demandado através de suas redes

sociais, seja qual for a finalidade, além da potencialidade lesiva àqueles que participam do ato e não aquiesceram à dita transmissão ao vivo, contempla o inequívoco condão de prejudicar todo o protocolo da assentada, mais precisamente, a sequência de pessoas a serem ouvidas ou inquiridas prejudicando, assim, o sigilo que se deve resguardar entre os depoimentos pessoais das partes, para que aquela que será ouvida depois não deponha já cônica do que fora dito pela parte ex adversa anteriormente ouvida, tampouco as testemunhas não saibam o quanto já afirmado por aquelas que depuseram anteriormente, prejudicando todo o ato e a prova ali produzida.

Por fim, destaco que a pretensão emergencial deduzida não pode ser acolhida em sua íntegra pelo simples fato de que, como visto, constitui direito do advogado ora demandado, a gravação das audiências, não se concebendo, assim, a imposição judicial de uma obrigação de fazer contrária à um direito garantido em lei.

Assim, resta evidente que a forma de agir do réu, ilustrado pelos vídeos que instruem a exordial, extrapola, aliás, em muito, o quanto autorizado pelos §§ 5º e 6º do art. 367, do CPC, posto que tais dispositivos nem de longe permitem a transmissão da gravação, esta sim, possível, do que se evidencia a probabilidade do direito reclamado pela associação autora substituta processual, ao que se deve aditar o perigo de dano aos seus integrantes, os quais, como visto, vêm tendo suas imagens e pronunciamentos indevidamente expostos, sem prejuízo da exposição e potencial anulabilidade, decorrente de afronta às regras legais que norteiam a realização das audiências, mormente seu procedimento e necessidade de resguardo do conteúdo concreto dos depoimentos e inquirições, das audiências por eles presididas, restando satisfeitos, pois, todos os requisitos exigidos pelo art. 300, do CPC, pelo que DEFIRO EM PARTE A PRETENSÃO LIMINAR para impor ao réu a obrigação de não fazer consistente em abster-se de promover transmissão simultânea das audiências, como ainda de realizar a veiculação de vídeos dos ambientes das salas de audiências trabalhistas, eis que neles há veiculação das vozes e imagens dos juízes substituídos, (...)”

Em suma, chega a um ponto em que a ostentação nas redes sociais se sobrepõe à sobriedade e ao respeito que a prática jurídica requer. Enquanto a Justiça se tornar palco para curtidas e comentários, talvez devamos nos

perguntar se realmente compreendemos o significado de uma sociedade justa e equitativa. Neste cenário de marionetes e titereiros, cabe ao Juiz obstar aquilo que sequer seria conduta esperada de quem atua no cotidiano forense.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>

BRASIL. Decreto nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>.

DISPENSA COLETIVA: novo direcionamento em face da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Mauro Schiavi³¹

1. Da extinção do contrato de trabalho

O contrato de trabalho se inicia por manifestação de vontade tácita ou expressa (artigo 442, da CLT), se desenvolve e termina em razão de vários fatores. Embora idealizado para perdurar no tempo (princípio da continuidade), o contrato de trabalho, em determinado momento, irá se extinguir.

Não há, na doutrina, consenso sobre as nomenclaturas das hipóteses de extinção do contrato de trabalho.

A doutrina costuma denominar o término do contrato de trabalho com as expressões: *terminação*, *extinção* ou *dissolução* do contrato de trabalho. A CLT, a partir do artigo 477 fala utiliza a expressão *rescisão*. Preferimos o termo **extinção** como gênero que engloba todas as espécies de término do contrato de trabalho, tanto as espécies levadas a efeito por iniciativa de uma ou das duas partes, inexecução culposa do contrato de trabalho por uma ou ambas as partes, como as causas que independem da vontade das partes, como caso fortuito ou força maior, e causas naturais, como a morte do empregado e término do contrato de trabalho por prazo determinado.

2. A Constituição de 1988, Convenção 158, da OIT, e o fim da estabilidade

Dispõe o art. 7º, I, da Constituição Federal:

“Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”

Diante do referido dispositivo constitucional, fora fixada proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa nos termos de lei complementar, que jamais fora editada e que preveria indenização compensatória, dentre outros direitos.

Nos termos do art. 10, I do ADCT, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição, I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei 5.107 de 13 de setembro de 1966 (atual art. 18, da Lei 8036/90).

Diante do art. 10, I do ADCT e do art. 18, da Lei 8036/90, enquanto não editada a Lei Complementar a que se refere o inciso I do art. 7º, da CF, a indenização pela dispensa sem justa causa é o valor de 40% dos depósitos de FGTS existentes na conta vinculada do trabalhador à época da rescisão do contrato de trabalho, chamada de multa de 40% sobre o FGTS.

Para parte da doutrina, o art. 7º, I, da Constituição Federal tem eficácia imediata, e assegura garantia de emprego ao trabalhador, podendo a futura Lei Complementar estabelecer parâmetros, mas não restringir esse direito.

Nesse sentido, sustenta José Afonso da Silva³²:

“A Constituição não conferiu uma garantia absoluta do emprego. Os debates na Constituinte, neste tema, foram os mais acirrados, variando de uma postura de livre desfazimento unilateral do contrato de trabalho até uma vedação quase absoluta ao desfazimento. Prevaleceu uma fórmula que não é de todo satisfatória, conforme disposto no art. 7º, I (...)Protege-se a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar. O que é que fica dependendo da lei complementar: a definição da proteção à relação de emprego ou a definição do que seja despedida arbitrária ou sem justa causa? Temos para nós que a garantia do emprego é um direito, por si bastante, nos termos da Constituição, ou seja, a norma do art. 7º, I, é por si só suficiente para gera o direito nela previsto (...)Indenização não é garantia da relação de emprego.”

Em nossa visão, há proteção contra duas modalidades de dispensa, quais sejam:

a) dispensa arbitrária: trata-se de dispensa ilícita praticada pelo empregador, em regra, com abuso de direito (art. 187 do CC) como nas hipóteses de dispensa do empregado detentor de garantia de emprego (gestante, acidentado, etc.), ou por motivo discriminatório (orientação sexual, idade, etc.). Esta modalidade de dispensa, por ser contrária ao direito, autoriza o empregado à reintegração no emprego por lapso de tempo determinado e a receber indenização por dano moral (ou extrapatrimonial);

³¹ Mauro Schiavi é Juiz Titular da Vara do Trabalho de Cajamar/SP (exerce a magistratura do trabalho há 23 anos). Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Professor Universitário. Autor de 25 livros sobre Direito e Processo do Trabalho.

³² Curso de Direito Constitucional Positivo. 43ª ed. São Paulo: Malheiros e Juspodivm, 2020, p. 292-293.

b) dispensa sem justa causa: esta modalidade de extinção do contrato de trabalho, praticada por vontade unilateral do empregador é tida, por grande parte da doutrina, como uma atitude lícita do empregador, também denominada de direito *potestativo* do empregador, ou seja, um ato que depende, para ter validade, da vontade única do empregador.

A doutrina, em geral, tem interpretado as expressões *dispensa arbitrária* ou *sem justa causa* como sinônimas, possibilitando ao empregador pôr fim ao contrato de trabalho de forma unilateral, mediante pagamento de verbas rescisórias: saldo de salário, férias vencidas e/ou proporcionais, 13º salários vencidos e/ou proporcional, aviso prévio, e multa de 40% sobre o FGTS. Além disso, o empregado poderá movimentar os depósitos de FGTS, e caso preenchido o requisito temporal da Lei 7.998/90, terá direito ao seguro-desemprego.

O Brasil chegou a ratificar a Convenção 158 da OIT que trata da proteção contra a dispensa, regulamentando o art. 7º, I, da CF.

Dispõe o art. 4º, da Convenção 158, da OIT:

“Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.”

Diante do referido dispositivo, o empregador somente pode tomar a iniciativa de pôr fim ao contrato de trabalho, se houver uma causa justificada relacionada ao comportamento do empregado ou baseadas nas necessidades de funcionamento da empresa.

A referida Convenção foi aprovada pelo Brasil, pelo Decreto Legislativo 68, de 16 de setembro de 1992. No entanto fora denunciada pelo Estado Brasileiro pelo DECRETO Nº 1.855, de 10 de abril de 1996.

Os juristas apontaram incompatibilidades entre a Convenção 158, e o sistema constitucional brasileiro, destacando-se os seguintes argumentos:

a) A Convenção n. 158 da OIT ingressou no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de Lei Ordinária (posição do Supremo Tribunal Federal na época), enquanto o art. 7º, I, da CF, exige Lei Complementar;

b) A Constituição Brasileira, no art. 7º, I, não assegura a estabilidade como forma de proteção da

relação de emprego, e sim indenização, enquanto a Convenção n. 158 assegura a Estabilidade no Emprego como forma de proteção contra a dispensa.

Nesse sentido, sustenta Amauri Mascaro Nascimento³³:

“O sistema brasileiro não segue a teoria da dispensa causada recomendada pela OIT. Segundo o sistema constitucional brasileiro a proteção contra dispensa arbitrária ou sem justa causa faz-se mediante o pagamento de indenização (ADCT, 10), garantida a estabilidade para casos especiais, como os do dirigente sindical (V, art. 8º, VIII), da gestante e do cipeiro (ADCT, art. 10). Logo, o direito do empregado despedido, nas dispensas individuais, é à indenização, como regra constitucional geral, no caso o acréscimo sobre o FGTS, abolida que foi, pela Constituição de 1988, a estabilidade decenal e generalizado, independentemente de opção, o enquadramento dos empregados no regime do FGTS, substitutivo da estabilidade decenal, salvo para os que antes de 1988 adquiriram o direito. A reintegração cabe apenas para os portadores das estabilidades especiais.”

Na ADC 39, o STF julgou a constitucionalidade da denúncia da Convenção 158 realizada pelo chefe do executivo brasileiro em 1997. Por maioria, o Tribunal considerou inconstitucional a denúncia realizada unilateralmente pelo Presidente da República, sem passagem pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da CF³⁴). No entanto, considerou válidas as denúncias unilaterais realizadas pelo presidente antes da decisão. Importe destacar a ementa da presentes decisão:

“EMENTA Ação declaratória de constitucionalidade. Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Denúncia do Estado brasileiro da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Preliminar. Existência de controvérsia judicial relevante. Mérito. Denúncia de tratado internacional por vontade exclusiva do presidente da República. Necessidade de participação do Congresso Nacional. Estado Democrático de Direito e princípio da legalidade. Tese fixada. Efeitos prospectivos. Procedência da ação. 1. As requerentes apresentaram elementos dos quais é possível extrair a ausência de consenso judicial sobre o tema, a denotar a utilidade de

³³ Curso de Direito do Trabalho. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1224.

³⁴ Art. 49, I, da CF: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre

tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (...).”

se prosseguir com a análise da ação declaratória, cabendo ao Supremo Tribunal Federal pacificar a controvérsia à luz do ordenamento constitucional. A existência de uma ação direta de inconstitucionalidade com o mesmo objeto não impede o conhecimento da ação declaratória de constitucionalidade (Precedentes: ADC nº 5/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, red. do ac. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 5/10/07; ADI nº 1.800/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, red. do ac. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 28/9/07). 2. A questão controvertida consiste na aferição da necessidade de manifestação de vontade do Congresso Nacional para que a denúncia de um tratado internacional produza efeitos no direito doméstico, em face do que dispõe o art. 49, inciso I, da Constituição Federal, questão que é suscitada a partir do pedido de declaração de constitucionalidade do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996. 3. O teor do art. 49, inciso I, e do art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal indica uma necessária conjugação de vontades para a adesão do Estado Brasileiro aos termos de um tratado internacional, ou seja, requer uma convergência das competências do presidente da República, a quem cabe celebrar o acordo, e do Congresso Nacional, que exerce função de controle e fiscalização, autorizando sua ratificação pelo chefe do Poder Executivo (Precedente: ADI nº 1.480/DF-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 18/5/01). 4. Manifestação dos freios e contrapesos que caracterizam o exercício compartilhado do Poder nas democracias contemporâneas, enquanto antítese da autocracia e do totalitarismo, estabelecendo-se procedimentos que conferem legitimidade aos compromissos internacionais assumidos pelo Poder Executivo, para que, com força de lei, eles possam vincular os cidadãos e as autoridades constituídas. 5. Uma vez incorporados ao direito interno, os tratados passam a contar com força de lei ordinária federal, ressalvados os tratados que versam sobre direitos humanos, os quais passam a ter natureza supralegal ou até mesmo constitucional, caso observem o procedimento previsto no art. 5º, § 3º, da CF/88. Como tais, aos tratados se aplicam os mesmos critérios de solução de conflito de normas, como o da cronologia (norma posterior revoga a anterior) e da especialidade (norma especial prevalece sobre a genérica) (Precedentes: ADI nº 1.480/DF-MC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 18/5/01; ARE nº 766.618/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 25/5/17, DJe de 13/11/17). 6. À luz da Constituição de 1988, decorre do próprio

Estado Democrático de Direito e de seu corolário ' o princípio da legalidade ' que a denúncia de um tratado internacional, embora produza efeitos no âmbito externo diante da manifestação de vontade do presidente da República, requer a anuência do Congresso Nacional para que suas normas sejam excluídas do direito positivo interno. 7. Julgar improcedente a presente ação, reconhecendo, por consequência, a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, significaria lançar luz à possibilidade de invalidar todos os atos de denúncia unilateral praticados até o momento em períodos variados da história nacional. Não se pode desconsiderar tratar-se de um costume consolidado pelo tempo e que, não tendo sido formalmente invalidado, vinha sendo adotado de boa-fé e com justa expectativa de legitimidade. 8. Fixação da seguinte tese de julgamento: "a denúncia pelo Presidente da República de tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, para que produza efeitos no ordenamento jurídico interno, não prescinde da sua aprovação pelo Congresso". Aplicação desse entendimento a partir da publicação da ata do julgamento, mantendo-se a eficácia das denúncias realizadas até esse marco temporal. 9. Ação declaratória de constitucionalidade julgada procedente. 10. Apelo ao legislador para que elabore disciplina acerca da denúncia dos tratados internacionais que preveja a chancela do Congresso Nacional como condição para a produção de efeitos na ordem jurídica interna. (STF – ADC 39 – Tribunal Pleno - Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 19/06/2023 - Publicação: 18/08/2023).

Na prática, nada foi alterado, pois não fora decretada a nulidade da denúncia da Convenção 158, da OIT. Portanto, a referida Convenção não está vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

3. Da dispensa individual

Quando do empregador toma a iniciativa de pôr fim ao contrato de trabalho, tal conduta é denominada dispensa imotivada.

A extinção do contrato de trabalho por iniciativa do empregador sempre é traumática para o empregado, pois perderá sua fonte de renda, e não raro ficará sem recursos para sua sobrevivência e de sua família. Por isso, sempre que possível, o contrato deve ser preservado. Não obstante, o Ordenamento Jurídico brasileiro permite a chamada *denúncia vazia* do contrato de trabalho pelo empregador, também chamada de *dispensa*.

Diante do elevado alcance social que envolve a questão, a Constituição Federal protege o contrato de

trabalho contra a dispensa pelo empregador.

Dispõe o art. 7º, I, da CF:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.”

Esta modalidade de extinção do contrato de trabalho, praticada por vontade unilateral do empregador é tida, por grande parte da doutrina, como uma atitude lícita do empregador, também denominada de direito *potestativo* do empregador, ou seja, um ato que depende, para ter validade, da vontade única do empregador.

Os direitos potestativos, segundo a melhor doutrina, se exercitam pela simples vontade de seu titular, e sem o concurso da vontade da pessoa que se sujeitará ao exercício desse direito.

Nesse sentido, defende Maurício Godinho Delgado³⁵:

“Nos moldes prevaletentes no Direito do País, tal declaração de vontade tem natureza potestativa, receptícia e constitutiva, com efeitos imediatos, tão logo recebida pela parte adversa (efeitos ex nunc).”

De outro lado, há, também na doutrina, entendimentos no sentido de que a dispensa sem justa causa, é um ato ilícito do empregador (art. 186 do CC), mas que pode ser levado a efeito desde que pague ao empregado uma indenização tarifada, que ainda não está devidamente regulamentada por Lei Complementar (art. 7º, I, da CF). Atualmente, o valor da indenização está disciplinado no art. 10, I, do ADCT.

4. Da dispensa coletiva

Conforme Néelson Mannrich³⁶:

“Dispensa coletiva é a ruptura diferenciada do contrato de trabalho de natureza objetiva, de iniciativa patronal, decorrente de causas homogêneas que, durante um determinado período de tempo atingem certo número de trabalhadores. É ato de declaração de vontade, de iniciativa patronal, destinado a extinguir o contrato de trabalho, a partir do momento em que seja notificado o empregado. Trata-se,

portanto, de um ato unilateral, constitutivo porque destinado a extinguir uma relação jurídica; receptício quando condiciona sua eficácia ao recebimento, por parte do empregado, da notícia a ruptura contratual”

Continua o mencionado autor³⁷:

“As causas determinantes da ruptura contratual devem ser comuns a todos os empregados dispensados, razão pela qual fala-se em causa homogênea. É plúrima a dispensa de mais de um empregado, por causas diferentes, vinculadas ao comportamento do empregado. Além de homogênea, a dispensa coletiva prende-se a causas de natureza objetiva, desvinculadas do comportamento do empregado. Entre as causas objetivas, vinculadas à empresa e/ou à atividade empresarial, situam-se as de natureza econômica, financeira, tecnológica, estrutural, organizacional e conjuntural. Em síntese, a dispensa coletiva enseja supressão de postos de trabalho por motivo alheio à vontade do empresário. Sua comprovação submete-se, ou não a procedimento prévio específico que depende de previsão legal.”

Parte da doutrina também tem sustentado que na expressão *dispensa arbitrária*, prevista no art. 7º, I, da CF, enquadra-se a dispensa coletiva. No aspecto, também dispõe a Convenção n. 158, da OIT (não ratificada pelo Brasil), e o Direito Comparado.

A dispensa coletiva abrange um grupo ou uma coletividade de empregados em número significativo para a empresa, os quais, em evento único são dispensados e perdem o emprego. Embora o art. 7º, I, da CF traga norma de proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, este dispositivo ainda não foi regulamentado. Não obstante, pensamos que a dispensa coletiva por envolver uma coletividade de trabalhadores, e configurar, acima de tudo um fato social, sem justificativa ou sem a tentativa de alternativas viáveis para manutenção dos empregos, deve ser enquadrada como dispensa arbitrária, fazendo jus os trabalhadores dispensados à reintegração no emprego, ou à indenização específica, além da indenização tarifada. Por isso, necessário se faz que a dispensa coletiva seja antecedida de negociação previa com o Sindicato da Categoria profissional.

Como bem advertiu Renato Rua de Almeida³⁸:

“na dispensa coletiva, o direito subjetivo de

³⁵ Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 1377.

³⁶ Dispensa Coletiva: Da liberdade contratual à Responsabilidade Social. São Paulo: Ltr, 2000, p. 555.

³⁷ Op. Cit. P. 555.

³⁸ ALMEIDA, Renato. Sustentação Oral no RE 999.435. Publicada no site Consultou Jurídico em 31 de maio de 2021.

despedir está limitado pela obrigação prévia de informar aos empregados despedidos e ao respectivo sindicato a motivação da despedida, conforme regra prevista pelo art. 5º, inciso XIV, do texto constitucional, de que é assegurado o acesso à informação. A prerrogativa de ser também informado da motivação da despedida coletiva decorre da legitimidade que lhe é conferida pelo art. 8º, inciso III, do texto constitucional (...) Decorre também da regra do art. 8º, VI, do texto constitucional, a obrigatoriedade da participação do sindicato profissional nas negociações coletivas de trabalho."

No mesmo sentido adverte Nélson Mannrich³⁹:

"O processo de negociação coletiva, em busca de uma solução alternativa para o desemprego, tendente a minorar seus efeitos, aponta para um modelo neocorporativo – onde assumem importância os grupos econômicos e as organizações sindicais, passando a partilhar da própria governabilidade social objetivando garantir um sistema político estável – não para provar a debilidade do Estado ou de suas leis, mas para revigorar a legislação contratada – modificando in pejus, se necessário, as normas legais, visando enfrentar a grave crise do emprego e as dificuldades de colocação do trabalhador em outro emprego."

A jurisprudência trabalhista antes da Reforma Trabalhista de 2017 havia firmado entendimento sobre a necessidade de procedimentalização das dispensas coletivas, com a necessidade de negociação coletiva prévia, a fim de se criarem alternativas para evitar as dispensas ou reduzir seus impactos sociais e econômicos.

No aspecto, destacam-se as seguintes decisões:

DESPEDIDA EM MASSA. NULIDADE. NECESSIDADE DE PROCEDIMENTALIZAÇÃO. Da greve. Legalidade. A greve é maneira legítima de resistência às demissões unilaterais em massa, vocacionadas à exigir o direito de informação da causa do ato demissivo massivo e o direito de negociação coletivo. Aplicável no caso os princípios da solução pacífica das controvérsias, preâmbulo da CF; bem como, art. 5º, inciso XIV, art. 7º, XXVI, art. 8º, III e VI, CF, e Recomendação 163 da OIT, diante das demissões feitas de inopino, sem buscar soluções conjuntas e negociadas com Sindicato. Da despedida em massa. Nulidade. **Necessidade de**

procedimentalização."(TRT/SP Ac. n. SDC - 00002/2009-0, Proc. 20281200800002001, Rel. Ivani Contini Bramante, julgado em 22/12/08).

RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. DISPENSAS TRABALHISTAS COLETIVAS. MATÉRIA DE DIREITO COLETIVO. IMPERATIVA INTERVENIÊNCIA SINDICAL. RESTRIÇÕES JURÍDICAS ÀS DISPENSAS COLETIVAS. ORDEM CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA EXISTENTE DESDE 1988. A sociedade produzida pelo sistema capitalista é, essencialmente, uma sociedade de massas. A lógica de funcionamento do sistema econômico-social induz a concentração e centralização não apenas de riquezas, mas também de comunidades, dinâmicas socioeconômicas e de problemas destas resultantes. A massificação das dinâmicas e dos problemas das pessoas e grupos sociais nas comunidades humanas, hoje, impacta de modo frontal a estrutura e o funcionamento operacional do próprio Direito. Parte significativa dos danos mais relevantes na presente sociedade e das correspondentes pretensões jurídicas têm natureza massiva. O caráter massivo de tais danos e pretensões obriga o Direito a se adequar, deslocando-se da matriz individualista de enfoque, compreensão e enfrentamento dos problemas a que tradicionalmente perfilou-se. A construção de uma matriz jurídica adequada à massividade dos danos e pretensões característicos de uma sociedade contemporânea - sem prejuízo da preservação da matriz individualista, apta a tratar os danos e pretensões de natureza estritamente atomizada - é, talvez, o desafio mais moderno proposto ao universo jurídico, e é sob esse aspecto que a questão aqui proposta será analisada. As dispensas coletivas realizadas de maneira maciça e avassaladora, somente seriam juridicamente possíveis em um campo normativo hiperindividualista, sem qualquer regulamentação social, instigador da existência de mercado hobbesiano na vida econômica, inclusive entre empresas e trabalhadores, tal como, por exemplo, respaldado por Carta Constitucional como a de 1891, já há mais um século superada no país. Na vigência da Constituição de 1988, das convenções internacionais da OIT ratificadas pelo Brasil relativas a direitos humanos e, por consequência, direitos trabalhistas, e em face da leitura atualizada da legislação infraconstitucional do país, é inevitável concluir-se pela presença de um Estado

Democrático de Direito no Brasil, de um regime de império da norma jurídica (e não do poder incontestável privado), de uma sociedade civilizada, de uma cultura de bem-estar social e respeito à dignidade dos seres humanos, tudo repelindo, imperativamente, dispensas massivas de pessoas, abalando empresa, cidade e toda uma importante região. Em consequência, fica fixada, por interpretação da ordem jurídica, a premissa de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores". DISPENSAS COLETIVAS TRABALHISTAS. EFEITOS JURÍDICOS. A ordem constitucional e infraconstitucional democrática brasileira, desde a Constituição de 1988 e diplomas internacionais ratificados (Convenções OIT n. 11, 87, 98, 135, 141 e 151, ilustrativamente), não permite o manejo meramente unilateral e potestativista das dispensas trabalhistas coletivas, por de tratar de ato/fato coletivo, inerente ao Direito Coletivo do Trabalho, e não Direito Individual, exigindo, por consequência, a participação do(s) respectivo(s) sindicato(s) profissional(is) obreiro(s). Regras e princípios constitucionais que determinam o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), a valorização do trabalho e especialmente do emprego (arts. 1º, IV, 6º e 170, VIII, CF), a subordinação da propriedade à sua função socioambiental (arts. 5º, XXIII e 170, III, CF) e a intervenção sindical nas questões coletivas trabalhistas (art. 8º, III e VI, CF), tudo impõe que se reconheça distinção normativa entre as dispensas meramente tópicas e individuais e as dispensas massivas, coletivas, as quais são social, econômica, familiar e comunitariamente impactantes. Nesta linha, seria inválida a dispensa coletiva enquanto não negociada com o sindicato de trabalhadores, espontaneamente ou no plano do processo judicial coletivo. A d. Maioria, contudo, decidiu apenas fixar a premissa, para casos futuros, de que "a negociação coletiva é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores", observados os fundamentos supra. Recurso ordinário a que se dá provimento parcial. TST Processo: ED-RODC - 30900-12.2009.5.15.0000 Data de Julgamento: 10/08/2009, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 04/09/2009.

Dispõe o art. 477-A, da CLT, com a redação dada pela Lei 13467/17, conhecida como a lei da "reforma trabalhista":

"As dispensas imotivadas individuais, plúrimas

ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação."

O referido dispositivo legal trata das dispensas plúrimas e coletivas. A lei não define qual seria o número de trabalhadores dispensados numa mesma ocasião, e pelas mesmas circunstâncias fáticas, para configurar uma dispensa coletiva ou plúrima.

A expressão plúrimo significa vários, ou seja, mais de um. Já a expressão coletivo, se reporta a um grupo ou uma classe de trabalhadores. Podem ser todos os trabalhadores da empresa ou de um determinado setor.

O art. 477-A, da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/17 equiparou as dispensas individuais não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de negociação. As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de negociação coletiva. Trata-se de providência que veio a facilitar as dispensas em massa, sem qualquer ônus adicional ao empregador, e teve por objetivo frear a crescente tendência da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de estabelecer requisitos adicionais para as dispensas de índole coletiva com o objetivo de proteger os empregos. Apesar do texto da lei, considerando-se a grande repercussão social que envolve a questão, as discussões continuam e há argumentos sólidos para considerar a inconstitucionalidade do presente dispositivo.

Acolhendo a redação do art. 477-A, da CLT, destaca-se a seguinte decisão:

DEMISSÃO COLETIVA. ART. 477-A DA CLT. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO SINDICATO OU DE CELEBRAÇÃO DE CONVENÇÃO COLETIVA OU ACORDO COLETIVO. VALIDADE E EFICÁCIA DA NORMA. Seja pela análise das normas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seja pela análise das normas internacionais internalizadas no ordenamento jurídico pátrio, inclusive as Convenções da OIT (11, 98, 135, 141 e 154; 158, denunciada), não há que se falar em inconstitucionalidade ou controle de convencionalidade do art. 477-A da CLT, já que se trata de norma válida e eficaz, que expressamente estabelece que não há necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou de acordo coletivo, para que sejam efetivadas as dispensas plúrimas ou coletivas. Portanto, impedir a realização de demissões coletivas, ao arrepio da lei (art. 477-A da CLT) e do princípio da legalidade (art. 5º, II, da

CRFB/88), com indevida interferência na gestão da empresa, não encontra respaldo no ordenamento jurídico. (TRT da 2ª Região; Processo: 1000602-16.2020.5.02.0511; Data: 23-07-2021; Órgão Julgador: 17ª Turma - Cadeira 2 - 17ª Turma; Relator(a): MARIA DE LOURDES ANTONIO)

De nossa parte, as dispensas plúrimas ou coletivas, por envolverem direitos de índole coletiva e sociais, serão consideradas arbitrárias, podendo ser anuladas pelas Justiça do Trabalho caso: a) não tenham motivação comprovada; b) não tenham sido antecedidas por negociação coletiva.

5. A Dispensa Coletiva e o novo direcionamento dado pelo STF

O Supremo Tribunal Federal, em 08 de junho do 2022, apreciando o RE 999.435, tema 638 de sua repercussão geral, fixou a seguinte tese:

"Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 638 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Nunes Marques e Gilmar Mendes. Por maioria, foi fixada a seguinte tese: "A intervenção sindical prévia é exigência procedimental imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, que não se confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo", vencidos, em parte, os Ministros Ricardo Lewandowski, Edson Fachin e Rosa Weber. Nesta assentada, o Ministro Alexandre de Moraes reajustou seu voto para acompanhar a divergência. O Ministro André Mendonça, sucessor do Ministro Marco Aurélio, não votou no mérito, mas proferiu voto quanto à tese de repercussão geral. Redigirá o acórdão o Ministro Edson Fachin. Impedido o Ministro Luiz Fux (Presidente). Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente). Plenário, 8.6.2022.

O acórdão fora assim ementado:

Ementa: CONSTITUCIONAL. DIREITO DOS TRABALHADORES. DISPENSA EM MASSA. INTERVENÇÃO SINDICAL PRÉVIA. EXIGÊNCIA. ART. 7º, INCISOS I e XXVI, da CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Os direitos sociais fundamentais trabalhistas são corolários primários do modelo político alcinchado de Estado Democrático de Direito. 2. As relações contratuais, em geral, e as relações contratuais trabalhistas, em particular, devem considerar sujeitos e objetos concretos. 3. Diante da previsão constitucional expressa do artigo 7º, I

e XXVI, da CRFB, é inadmissível o rompimento em massa do vínculo de emprego sem a devida atenção à negociação coletiva. 4. Recurso extraordinário não provido, com fixação majoritária, vencidos os Ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski e a Ministra Rosa Weber, da seguinte tese: "A intervenção sindical prévia é exigência procedimental imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, que não se confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical, ou celebração de convenção ou acordo coletivo". (STF RE 999435. Tribunal Pleno. Relator Min. EDSON FACHIN - Doe: 15/09/2022).

Diante da tese fixada pelo STF, que é de repercussão geral, a qual será aplicada aos casos idênticos e nos quais se discute a mesma tese jurídica, foram fixadas as seguintes premissas:

- a) houve procedimentalização para a dispensa coletiva;
- b) a intervenção sindical prévia é imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores;
- c) a intervenção sindical não confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical ou celebração de convenção ou acordo coletivo;
- d) a falta de acordo ou convenção coletiva não gera nulidade da dispensa;
- e) a dispensa coletiva sem a intervenção prévia da entidade sindical dos trabalhadores coletiva, é abusiva – art. 187, do CC;
- f) a redação do art. 477-A deve ser compatibilizada com o que fora decidido pelo STF.

Não houve menção aos efeitos da falta de intervenção sindical. Por isso, duas correntes interpretativas se mostram pertinentes:

- a) nulidade das dispensas e direito à reintegração dos trabalhadores dispensados;
- c) direito à indenização por parte dos trabalhadores, por ter sido a dispensa abusiva, aplicando-se os artigos 187, 187, 927 e 944 do CC. Não haveria, nesta linha de interpretação, direito à reintegração, pois o art. 7º, I, da CF não assegura estabilidade genérica aos trabalhadores, e sim atribui direito à indenização pela dispensa arbitrária ou sem justa causa. Desse modo, os trabalhadores dispensados, além da indenização tarifada do art. 10, I, do ADCT fariam jus à uma indenização suplementar a ser arbitrada no caso concreto.

De nossa parte, diante do que ficou decidido pelo STF a tendência da jurisprudência será na vertente interpretativa de se deferir uma indenização suplementar a cada trabalhador dispensado caso não haja a intervenção obrigatória do sindicato dos trabalhadores no procedimento da dispensa coletiva.

Nesse sentido defende Renato Rua de

Almeida⁴⁰, com os seguintes argumentos:

“Impõe-se, pois, o exame das consequências jurídicas decorrentes da inexistência da negociação coletiva nas despedidas em massa. Essa medida é complementar à decisão paradigmática do STF com repercussão geral (Tema 638), examinada na segunda parte desta exposição, para que se dê a máxima efetividade ao direito fundamental social e trabalhista da proteção do núcleo essencial da relação de emprego contra a despedida arbitrária coletiva, na conformidade do disposto no artigo 7º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, matéria da primeira parte desta exposição. Com efeito, essa questão ora examinada na terceira parte desta exposição está essencialmente relacionada com a sanção, uma vez que, conforme a doutrina tanto de Hans Kelsen quanto a de Norberto Bobbio, ela, a sanção, é a forma por excelência de coerção necessária para a efetividade sobretudo do direito fundamental social e trabalhista objeto do presente estudo. Portanto, a consequência jurídica perseguida deve estar relacionada com os fundamentos da noção do direito fundamental social e trabalhista em apreço examinados na primeira parte deste trabalho, bem como na *ratio decidendi* da decisão do STF (Tema 638), encontrada na segunda parte. Ora, na primeira parte foi demonstrado que a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária e coletiva reside na afirmação de que o núcleo essencial desse direito, previsto pelo artigo 7º, inciso I, do texto constitucional, tem a imediata efetividade na conformidade do artigo 5º, § 1º, também do texto constitucional, com sua irradiação no Direito Civil, com aplicação nos artigos 187 e 422, vale dizer que a relação contratual privada entre empresa e trabalhadores deve ser presidida pela boa-fé objetiva e seus deveres anexos de informar e negociar. Assim, a despedida coletiva sem a prévia informação pela empresa empregadora da motivação e a tentativa da negociação coletiva com os trabalhadores atingidos e o respectivo sindicato profissional implica a prática de ato ilícito, nos termos do artigo 187 do Código Civil, bem como implica a sanção, que é a obrigação de indenizar nos termos dos artigos 927 e 944, ambos do Código Civil.”

Recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho,

após a decisão do STF pronunciou-se no seguinte sentido:

“RECURSO DE REVISTA. DISPENSA COLETIVA. NECESSIDADE DA INTERVENÇÃO SINDICAL PRÉVIA. DECISÃO DO STF NO RE 999435/SP, COM REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 638). 1.

O Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento do RE 999435/SP (DJe 15/09/2022), em sistema de Repercussão Geral (Tema 638) conferiu interpretação conforme ao art. 477-A da CLT, ao fixar, por maioria, a seguinte tese acerca da dispensa em massa de trabalhadores: A intervenção sindical prévia é exigência procedimental imprescindível para a dispensa em massa de trabalhadores, que não se confunde com autorização prévia por parte da entidade sindical, ou celebração de convenção ou acordo coletivo. 2. Submetida a demanda à apreciação do Poder Judiciário, verifica-se, no caso concreto, que a empresa empregadora, ao efetivar a dispensa massiva, não adotou o procedimento prévio obrigatório de dialogar em boa-fé objetiva com o sindicato dos trabalhadores, conforme o entendimento do Pleno do STF fixado na tese do Tema 638 da tabela de Repercussão Geral reputa-se irregular a atuação empresarial. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento ” (TST - RR-487-33.2018.5.20.0009, 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Bastos Balazeiro, DEJT 19/12/2023).

6. Referências

ALMEIDA, Renato Rua de. Consequências jurídicas decorrentes da inexistência da negociação coletiva nas despedidas em massa. In: <https://andt.org.br/consequencias-juridicas-decorrentes-da-inexistencia-da-negociacao-coletiva-nas-despedidas-em-massa%EF%BF%BC>. Acesso em 19/06/2024.

ALMEIDA, Renato Rua de. Sustentação Oral no RE 999.435. Publicada no site Consultou Jurídico em 31 de maio de 2021.

Silva, José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 43ª ed. São Paulo: Malheiros e Juspodivm, 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18ª ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 1377.

MANNRICH, Néelson. Dispensa Coletiva: Da liberdade

40 Consequências jurídicas decorrentes da inexistência da negociação coletiva nas despedidas em massa. In: <https://andt.org.br/consequencias-juridicas-decorrentes-da-inexistencia-da-negociacao-coletiva-nas-despedidas-em-massa%EF%BF%BC/> - Acesso em 19/06/2024.

contratual à Responsabilidade Social. São Paulo: Ltr, 2000.

A APOSENTADORIA COMO CAUSA DE EXTINÇÃO DO CADASTRO DO PORTUÁRIO AVULSO

Samantha Fonseca Steil Santos e Mello⁴¹

Marcelo Francisco Nogueira⁴²

Introdução

A lei de modernização dos portos, editada em 1993, foi implementada com a intenção de favorecer o aumento de produtividade do sistema portuário que é fator significativo para o desenvolvimento econômico por meio do comércio internacional, cada vez mais relevante em função da globalização dos mercados.

Quando da edição desta lei de modernização dos portos, em 1993, os estudos já indicavam que a produtividade do trabalho no Brasil apresentava expressivo crescimento, como apontaram Amadeo e Villela⁴³ que, ainda, expuseram que no período entre 1990 e 1992 a produtividade-hora cresceu 17%.

Nesse contexto de mudanças, Torres⁴⁴ menciona que a lógica empregada atualmente é a de que quanto maior a movimentação de cargas através do uso de máquinas e menor a quantidade de trabalho humano, mais barato fica o serviço.

Busca-se, então, nessa ótica de gestão baseada em resultados, sucessivos aumentos de produtividade que é conceituada por Mendonça, Freitas e Souza⁴⁵ como:

uma medida da eficácia da mão-de-obra, e seu incremento resulta dos efeitos combinados de um grande número de fatores distintos, mas interdependentes, tais como equipamento

empregado, melhoramentos técnicos, ambiente físico, circulação da matéria-prima, eficácia da direção, utilização eficaz das unidades de produção, utilização adequada de recursos humanos qualificados etc.

E, em complemento, Mendonça, Freitas e Souza ressaltam que o uso da Tecnologia da Informação é relevante para o crescimento econômico e para o aumento da produtividade do trabalhador. Em tal sentido, explicitam que:

De forma geral, a revisão da literatura sugere que os efeitos das TI no crescimento econômico e, mais especificamente, na produtividade do trabalhador se dão de forma inequívoca, mesmo levando em conta amostras completamente distintas e técnicas de estimativa diversas.

Essa situação de busca do aumento da produtividade, então, aplica-se, também, ao setor portuário, como mencionam Uderman, Rocha e Cavalcante⁴⁶ que destacam que isso ocorre, juntamente, com as mudanças institucionais, organizacionais e administrativas. Os autores conciliam os fatores que geram aumento de produtividade, do seguinte modo:

⁴¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (2007). Possui pós graduação lato sensu em Direito material e processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera (2013) e em Direito Portuário e Marítimo na Universidade Santa Cecília (agosto/2023). É Mestra pelo IDP/SP (2020). É docente na UNIP Santos (desde 2023). É docente no Proordem Santos, em cursos de pós graduação (desde 2021). É professora de cursos preparatórios para a Magistratura do trabalho. É Juíza do Trabalho Substituta no TRT/2, atualmente no exercício da titularidade da 4a VT de Cubatão/SP

⁴² Graduado em Administração de Empresas (1991), Ciências Contábeis (1993) e Direito (1999), possui Especialização em Controladoria (UEL/2003) e Mestrado em Ciências Contábeis (FECAP/2006). Doutor Ciências - Área: Administração de Organizações - FEARP/USP (2016). Atua como Perito Judicial Contábil e Administrador Judicial, tendo apresentado mais de 13.000 laudos na condição de perito do juízo. Pesquisador nas áreas de perícia contábil, interface Direito - Contabilidade e passivo trabalhista.

⁴³ AMADEO, Edward J.; VILLELA, André Arruda. **Crescimento da produtividade e geração de empregos na indústria brasileira**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. [51]-69, jun. 1994.

⁴⁴ TORRES, Luis Fernando Ribeiro. Dias, Eduardo Mario (orient). **Estudo analítico e operacional da supervia eletrônica de dados: um modelo de gestão eletrônica para os portos brasileiros**. Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, p. 145. 2007.

⁴⁵ MENDONÇA, M. A. A. de; FREITAS, F. de A.; SOUZA, J. M. de. Tecnologia da informação e produtividade na indústria brasileira. **RAE - Revista de Administração de Empresas**, [S. l.], v. 49, n. 1, p. 74-85, 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rae/article/view/36047>. Acesso em: 20 jun. 2024.

⁴⁶ UDERMAN, Simone; ROCHA, Carlos Henrique; CAVALCANTE, Luiz Ricardo. **Modernização do sistema portuário no Brasil: uma proposta metodológica**. Journal of Transport Literature, Manaus, v. 6, n. 1, p. 221-240, jan./mar. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S2238-10312012000100014>. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-10312012000100014&lng=pt&tlng=pt. Acesso em: 20 jun. 2024

A política de modernização portuária e as metas de elevação da eficiência dos serviços, todavia, não se baseiam apenas em mudanças institucionais, organizacionais e administrativas. Além de mudanças radicais no modelo de regulamentação e administração, transformações técnicas, operacionais e gerenciais assumem um papel de extrema relevância no processo, promovendo incrementos na qualidade dos serviços ofertados e nos níveis de produtividade das operações portuárias realizadas, com rebatimentos positivos sobre os preços cobrados e o patamar de custos de transporte derivado. Assim, programas de qualidade e produtividade, metas de reaparelhamento portuário, sistemas de manutenção de equipamentos e instalações, soluções para problemas físicos e financeiros de dragagem e engenharia de construção, entre outras iniciativas, fazem parte do esforço concentrado em prol da política de modernização.

A busca pela produtividade, mediante abertura dos mercados (pela globalização) e pelo aumento da tecnologia, contudo, gerou efeitos de demissão em massa, fechamento de plantas fabris e mudança no formato das relações laborais.

Neste sentido, Costa⁴⁷, menciona que na busca do aumento da produtividade, “em todos os casos os esforços se concentraram primordialmente na racionalização de custos, com destaque para os custos do trabalho”.

Neste sentido, Fabris⁴⁸ complementa que:

A competitividade cada vez maior por parte das empresas e pressão exercida nos preços dos produtos e serviços, juntamente com o avanço da tecnologia empregada nos processos de produção, levam a uma constante pressão para a redução de custos e, conseqüentemente, a uma redução da necessidade do uso da mão de obra humana.

Retomando a questão legislativa que é objeto deste trabalho, tem-se que, após a edição do primeiro

dispositivo legal com a finalidade de promover a modernização do sistema portuário brasileiro (em 1993), veio o novo marco legal promovido pela chamada nova lei dos portos (Lei 12.815/2013) que aprofundou os ajustes no setor portuário.

Ambas as leis vêm promovendo uma grande reestruturação no cotidiano das práticas portuárias brasileiras, apostando em larga medida na iniciativa privada como forma de solucionar os problemas do setor. E a iniciativa privada, como acima destacado, prioriza o aumento da produtividade dos recursos empregados, com foco em redução de custos e em utilização da tecnologia da informação.

Tais alterações legislativas no setor portuário produziram vários efeitos sobre as relações laborais. Neste sentido, Maciel *et. al*⁴⁹ afirmam que:

“as mudanças ocasionaram a redução dos postos de trabalho, a inclusão e a extinção de funções, a introdução do trabalhador multifuncional, o aumento da jornada e do ritmo de trabalho, assim como o estabelecimento de patamares superiores de produtividade, exigidos pelos compradores dos serviços”

Esse processo de busca contínua do aumento da produtividade, da utilização da tecnologia e da redução de custos culmina pela redução dos postos de trabalho. Isso, evidentemente, não é uma exclusividade da atividade portuária, mas lá, os impactos são mais severos tendo em vista o sistema de alocação de mão de obra alusiva por meio do OGMO – Órgão Gestor de Mão de Obra a quem compete confeccionar a convocação e a escalação dos TPAs – Trabalhadores Portuários Avulsos.

Nos termos da Lei 8630/93 os TPAs são divididos em duas categorias, os cadastrados e os registrados. Quando do início das atividades (após seleção nos exames e a efetivação do treinamento) o TPA será cadastrado no OGMO, observando a disponibilidade de vagas e a ordem cronológica de inscrição.

Botelho⁵⁰ menciona que em um determinado momento – que não se pode precisar quando ocorrerá – o TPA cadastrado passará para a condição de registrado. E isso ocorre em duas situações: (a)

⁴⁷ COSTA, Márcia da Silva. Reestruturação produtiva, sindicatos e a flexibilização das relações de trabalho no Brasil. ERA-eletrônica, v. 2, n. 2, jul-dez/2003. Disponível em www.scielo.br/j/raeel/a/HzwrZWJ6pqdwJbJ4ZdYn4j/?format=pdf&lang=pt. Acesso em 20 jun. 2024.

⁴⁸ FABRIS, Alberto Angelo. **Os impactos do desenvolvimento tecnológico nos empregos formais e seus efeitos sobre a qualificação do trabalhador**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. P. 185. 2019. Disponível em

https://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/9090/Alberto%20Angelo%20Fabris_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 20 jun. 2024

⁴⁹ Maciel, R. H.; Gonçalves, R. C.; Matos, T. G. R.; Fontenelle, M. F.; Santos, J. B. F. **Análise da dinâmica do trabalho portuário: estudo comparativo entre os portos do Mucuripe e do Pecém, no Ceará**. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, v. 40, p. 170-182, 2015.

⁵⁰ BOTELHO, Martinho Martins. **Coletânea de Legislação Brasileira de Direito Marítimo e Portuário: Lei 8.630/93**. São Paulo: Lex Editora S.A., 2008.

quando a demanda de trabalhos aumenta ou (b) quando algum TPA registrado, falece, aposenta ou cancela o seu registro como disposto no artigo 27, §3º da Lei 8.630/93.

Não há distinção remuneratória e nem de jornada de trabalho entre os TPAs cadastrados e os registrados. Contudo, nos termos do artigo 54 da lei 8.630/93 a preferência para a alocação dos trabalhos recai nos registrados, tendo em vista que os cadastrados são considerados como força supletiva.

Por isso, aliás, é que o inciso V do artigo 18 da lei 8.630/93 preconiza que o OGMO deve estabelecer o número de vagas, a forma e a periodicidade para acesso ao registro do trabalhador portuário avulso.

Essa ideia de que o TPA inicia como cadastrado e algum tempo (incerto) depois poderá passar à condição de registrado sinaliza que os TPAs registrados tendem a ter idade média superior à dos TPAs cadastrados e, portanto, menor condição física. Também, em contraponto, devem possuir maiores experiências e capital intelectual.

Estima-se, então, que deve haver TPAs em atividade, na condição de registrados, que estão aposentados por tempo de serviço junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

Nesse sentido, cabe desde logo avaliar se um trabalhador portuário aposentado, com idade superior a 65 anos (regra geral), tem higidez física e mental para permanecer no cadastro de avulsos junto ao OGMO.

É sabido que o cadastro não é extinto em razão da aposentadoria, consoante consignado no art. 40, § 5º, da Lei 12.815/2013, que, repetindo a legislação anterior, dispõe que a inscrição no cadastro e o registro do trabalhador portuário extinguem-se somente por morte ou cancelamento.

As consequências do sistema atual

A diferença de renda total e efetiva entre os cadastrados e os registrados é a primeira consequência do atual sistema de escalação preconizado na Lei 12.815/2013.

Em função do sistema atual de escalação os TPAs não concorrem às oportunidades de trabalho, exatamente, em iguais condições, tendo em vista que os registrados possuem preferência na escalação.

Se for admitida a premissa de que a idade média dos TPAs registrado é maior que a idade média dos TPAs cadastrados poder-se-ia, no mesmo raciocínio, estimar que há vários TPAs registrados que contam com renda adicional proveniente de aposentadoria

por tempo de serviço.

É, nesse ponto, de oportunidade de auferir renda (no presente e no futuro) que a desigualdade se acentua, tendo em vista que o registrado pode ter a renda como TPA e como aposentado e, ao não cancelar o seu registro no OGMO, impede (ou dificulta) que os TPAs cadastrados alcancem a condição de registrado e, com isso, mantem-se as oportunidades menores de escalação, agravando a distorção remuneratória total.

A segunda consequência é a redução na velocidade de renovação do quadro de TPAs, ou seja, a ausência de renovação/"oxigenação" da força de trabalho, culminando com a inocorrência de inovação e ausência de transferência de capital intelectual e, ainda, em muitos casos, com comprometimento físico do próprio trabalhador.

Há projeto de lei sob o n. 1740/22⁵¹, que possibilita que trabalhadores portuários que não receberam indenização por cancelamento de registro no órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário, prevista na Lei 8.630/93, solicitem novamente cadastramento e registro por prazo de um ano.

Observe-se que desde 2013 o regime supra foi revogado, mas ainda assim, ao invés de discutir-se a oxigenação do sistema - especialmente porque a aprendizagem é, basicamente, feita no dia a dia por meio de observações e instruções dos mais experientes, como destacam Guérin et al⁵². - segue-se buscando formas de manter no cadastro quem lá já esteve por décadas.

Quando há renovação paulatina do quadro de TPAs o capital intelectual tem que ser transferido, passando esse conhecimento e experiência dos registrados para os cadastrados e, ao mesmo tempo, pode-se aproveitar as melhores condições físicas dos jovens, a maior familiarização com a tecnologia e, bem assim, trazer novas ideias e processos para as rotinas de trabalho.

E, aqui, cabe questionar que, se a finalidade é o aumento de produtividade, então, o surgimento de novos processos de trabalho mais efetivos, rápidos e seguros deve ser incentivado. Porém, para que isso ocorra, é necessário que ideias sejam apresentadas, testadas e, se o caso, implementadas. A manutenção das mesmas rotinas por décadas contraria esse princípio.

É dizer, se o cadastro atualmente conta com 30 anos, chegará o momento em que não haverá mais quem treinar e aí cabe questionar: como ficarão as

⁵¹ Brasil. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.740/22**, de 22 de junho de 2002. Altera a Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre o cadastramento e o registro do trabalhador portuário no órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário nas condições especificadas. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2330006>. Acesso em: 20 jun. 2024.

⁵² GUÉRIN, F., LAVILLE, A., DANIELLOU, F., DURAFFOURG, J., & KERQUELEN, A. (2004). **Compreender o trabalho para transformá-lo: A prática da ergonomia**. São Paulo, Blucher.

novas gerações de trabalhadores portuários? Nesse sentido, bem observa Soares⁵³ que:

“As alterações na organização do trabalho, sobretudo em face da automação das rotinas, impactaram não apenas na quantidade de vagas disponíveis nos portos, mas também interferiram profundamente no conteúdo do trabalho. Em razão da redução do contingente necessário à operacionalização dos portos e da exigência legal de que os trabalhadores avulsos sejam registrados ou cadastrados, já é possível verificar-se o envelhecimento da população Portuária”.

A terceira consequência da não renovação dos quadros de TPAs está no agravamento dos riscos alusivos à saúde, higiene e segurança dos trabalhadores portuários.

Neste sentido, Soares⁵⁴ destacou que “as condições de trabalho nem sempre são as melhores, estando os trabalhadores muitas vezes submetidos a intempéries e agentes insalubres ou perigosos.

Tais condições de trabalho com TPAS com média de idade mais avançada podem provocar aumento nos números de acidentes de trabalho e de doenças ocupacionais, mormente porque não se pode exigir as mesmas condições físicas para pessoas com duas décadas ou mais de diferença de idade.

E, se houver agravamento destes fatores, a ideia de elevação dos níveis de produtividade, passa a ser refutada.

As normas internacionais e o diálogo com a Constituição

A partir deste ponto, apresentam-se alternativas para a forma atual de contratação dos trabalhadores portuários avulsos, garantindo-se, inclusive, que o trabalho seja dirigido àqueles que não possuem renda, diferentemente do que ocorre atualmente, em que aposentados - é dizer, com renda garantida - sigam ativos nos cadastros, retirando a oportunidade de profissionais sem qualquer fonte de sustento.

E, por outro lado, apresentam-se propostas para que aqueles trabalhadores registrados, em condições físicas adequadas para o trabalho e em condição

técnica de efetuar a transferência de capital intelectual possam ser mantidos no sistema.

No contexto histórico, cabe lembrar que desde 1995 está vigente no Brasil a Convenção n. 137 da OIT⁵⁵, que trata da proteção do trabalhador portuário no que tange ao emprego e renda, em face das alterações tecnológicas no processo de manuseio da carga.

Em seu artigo 2º, esta norma estabelece que “incumbe à política nacional estimular todos os setores interessados para que assegurem aos portuários, na medida do possível, um emprego permanente ou regular”.

E, esse preceito foi recepcionado na legislação nacional. Neste sentido, a temática de proteção em face da automação ao trabalhador em geral está presente, desde 1988, na Constituição, como pontuado por Neto:

“A Constituição de 1988 se preocupou com o tema, inserindo, entre os direitos sociais conferidos aos trabalhadores, a proteção em face da automação (art. 7º, XXVII), remetendo ao legislador ordinário a regulamentação do tema. Entretanto, a proteção se conteve, até o presente momento, à instituição do benefício, tímido ainda, do seguro-desemprego (Dec.- lei 2.284, de 10.03.86), revelando o pouco caso do legislador no trato de tema tão crucial. De passagem, o número máximo de prestações de seguro-desemprego pagas ao trabalhador brasileiro é de 05, enquanto na França as prestações se estendem por 30 meses, com acompanhamento efetivo no processo de recolocação no mercado”.⁵⁶

Ocorre que, inobstante a Convenção 137 ter sido recepcionada pelo sistema legal brasileiro ela não é, efetiva aplicada.

Neste sentido, cabe destacar que consta seu artigo 4º que “os efeitos dos registros serão periodicamente revistos, a fim de fixá-los num nível que corresponda às necessidades do porto”.

Tal situação, porém, não ocorre no país. Assim se dá porque – como já exposto – as mudanças na legislação, o aumento da tecnologia, a implementação do sistema de informações além de outros fatores, contribuíram para a redução dos

⁵³ Soares, Marcele Carine dos Praseres. Trabalhadores portuários e a organização internacional do trabalho: proteção contra a automação e a favor da saúde, higiene e segurança. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [recurso eletrônico]. / Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v. 81, n. 1, p. 222 – 231, agosto, 2019. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/7078932>. Acesso em: 13 jun. 2024.

⁵⁴ Op. Cit.

⁵⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção nº 137 - **Convenção Relativa às Repercussões Sociais dos Novos Métodos de Manutenção nos Portos**. 1975. Disponível em: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312282:NO. Acesso em: 25 jun. 2024.

⁵⁶ NETO, Arnaldo Bastos Santos; VENTILARI, Paulo Sérgio Xavier. **O trabalho portuário e a modernização dos portos**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 139.

postos de trabalho. Porém, isso não implicou em redução proporcional no número de TPAs registrados.

Com efeito, a manutenção do registro se dá do mesmo modo, desde a edição da Lei 8.630/1993. E, na verdade, isso aumenta as probabilidades de escalação dos registrados porque, se eles tem prioridade e se há menos serviços ofertados, “sobra” menos oportunidades para os cadastrados.

Em outras palavras, ao invés de garantir renda e oxigenar o sistema, com o registro e treinamento de avulsos polivalentes – aqueles que possuem aptidão para o desenvolvimento de todas as funções destinadas ao avulso – o cadastro atual mantém imensa quantidade de portuários que já possui renda assegurada, como é o caso dos aposentados.

Mas não é só.

A Convenção n. 152 da OIT⁵⁷, vigente no Brasil desde 1991, trata questões relacionadas à saúde, higiene e segurança dos trabalhadores portuários. As normas presentes no diploma, dentre outros aspectos, versam sobre maquinário, equipamentos de proteção coletiva e individual, vestuário, realização de exames médicos, prevenção de riscos, instalações sanitárias, treinamentos etc.

Anos antes, em 1988, o trabalho humano foi elevado ao alto nível de proteção pela Magna Carta, que priorizou o homem em detrimento dos meios de produção, o que pode ser visto em várias passagens da Constituição, como os artigos 1º, III, 7º, XXII, 170, caput e IV, 200, VIII e 225.

Neste sentido, Queiroz, Vezzà e Maciel⁵⁸ destacam que:

De modo geral o trabalho portuário é condicionado a exigências elevadas de força física, de resistência, agilidade e destreza, bem como de conhecimento, atenção e coragem e interação em equipe. Esses componentes se fazem presentes em vários tipos de fainas de forma mais acentuada ou mais leve, dependendo da carga, do navio, do dia de trabalho e das intempéries. As horas extras e a “dobra” parecem comuns quando há trabalho. O trabalhador, quando possível, engaja-se novamente no trabalho após o término da jornada, apesar de normatização da Lei 8.630, que prevê o descanso de onze horas entre duas jornadas. Uma das características do trabalho, relacionada ao adoecimento, é o volume de trabalho disponível: se há bastante oferta, o

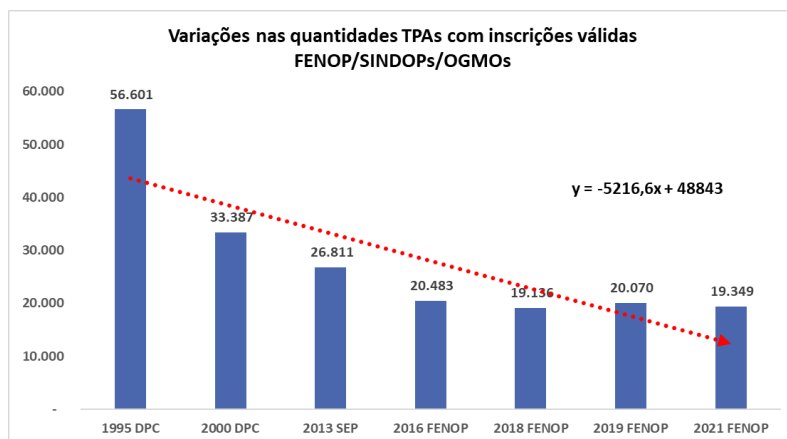
trabalhador pode escolher aquele para o qual está mais preparado, ou que é menos exigente fisicamente, mas, quando a oferta é escassa, ele pode ser obrigado a “pegar o que tem”. A tecnologia de movimentação também interfere nesse processo: o trabalho com contêineres envolve fatores determinantes de adoecimento e esforços totalmente diferentes daqueles do embarque de sacas, por exemplo.

Assim, se o meio ambiente de trabalho e as normas relacionadas à saúde, higiene e segurança dos trabalhadores portuários são de tamanha importância para o ordenamento jurídico, por qual motivo se permite que um trabalhador aposentado (e, portanto, presumidamente, com idade avançada e menor condição física), cuja renda está garantida e possui parte de sua higidez perdida pelo transcurso do tempo, siga ativo nos quadros do OGMO?

A manutenção da regra contida no art. 40, § 5º, da Lei 12.815/2013 viola não só a Constituição, mas as Convenções 137 e 152 da OIT, além, claro, de prejudicar toda a dinâmica de trabalho na atividade portuária no que concerne à perda de produtividade por conta de possíveis acidentes de trabalho e geração de doenças ocupacionais.

A situação do OGMO no país

Segundo dados da Federação Nacional das Operações Portuárias, o cadastro de portuários avulsos contava com 56.601 trabalhadores em 1995, passando a menos da metade em 2021, com 19.349. O gráfico abaixo demonstra a vertiginosa queda no número de trabalhadores avulsos⁵⁹:



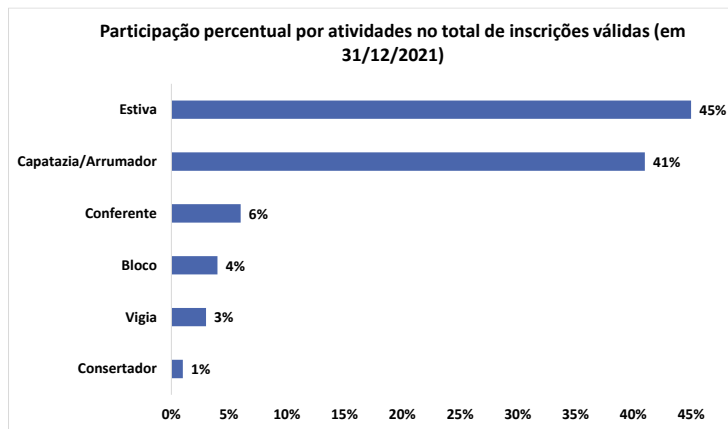
⁵⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção nº 152 - **Convenção Relativa à segurança e higiene dos trabalhadores portuários**. 1979. Disponível em: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312297:NO. Acesso em: 25 jun. 2024.

⁵⁸ QUEIROZ, Maria de Fátima Ferreira; VEZZÀ, Flora

Maria Gomide; MACIEL, Regina Heloisa. As condições do trabalho portuário: uma abordagem da ergonomia, Porto de Santos – Saúde e trabalho em tempos de modernização, São Paulo: Fap-Unifesp, 2015, p. 117.

⁵⁹ Observe-se a linha de tendência, apurada com regressão linear, com comportamento descendente (coeficiente a negativo).

Do total de trabalhadores avulsos, 86% correspondem às categorias de estiva e capatazia:



De acordo com a Lei dos Portos nº 12.815/2013, art. 40, 1º, capatazia é a:

“atividade de movimentação de mercadorias nas instalações dentro do porto, compreendendo o recebimento, conferência, transporte interno, abertura de volumes para a conferência aduaneira, manipulação, arrumação e entrega, bem como o carregamento e descarga de embarcações, quando efetuados por aparelhamento portuário”.

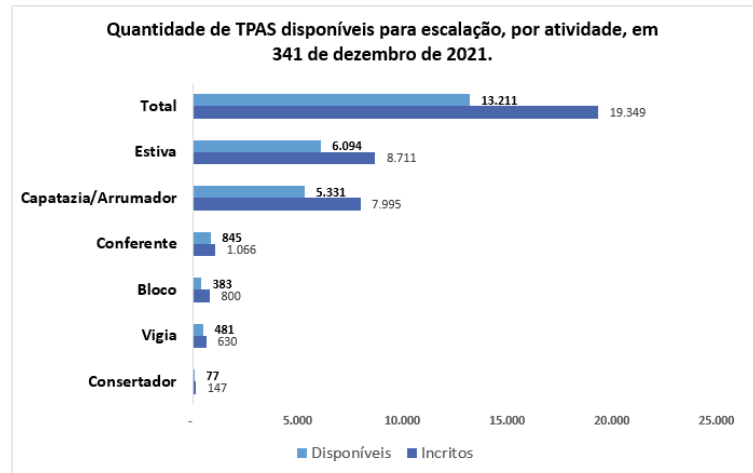
E, de outra parte, estiva é a:

“atividade de movimentação de mercadorias nos conveses ou nos porões das embarcações principais ou auxiliares, incluindo o transbordo, arrumação, peação e despeação, bem como o carregamento e a descarga, quando realizados com equipamentos de bordo”.

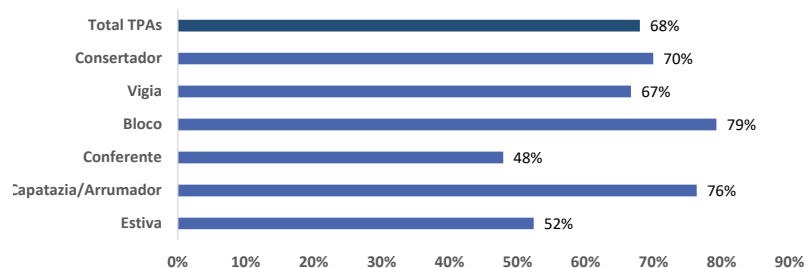
Assim, quase 90% do quantitativo dos trabalhadores portuários avulsos trabalham em atividades que demandam excelente higidez física e mental, dada a natureza do serviço braçal que realizam.

Se forem observadas ambas as atividades acima referidas, tem-se que cerca de 32% dos trabalhadores não estão disponíveis para escalação, como evidenciado nos gráficos apresentados a seguir:

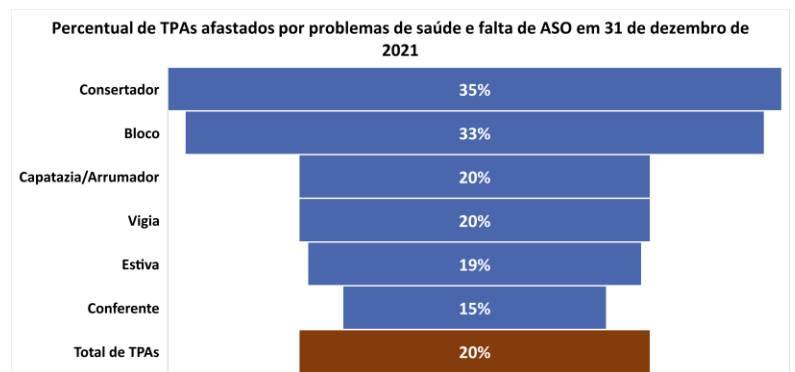
Atividade	Inscritos	Disponíveis
Consertador	147	77
Vigia	630	481
Bloco	800	383
Conferente	1.066	845
Capatazia/Arrumador	7.995	5.331
Estiva	8.711	6.094
Total	19.349	13.211
Indisponibilidade média		32%



Percentual de TPAs disponíveis para escala por atividade em 31 de dezembro de 2021



É certo que do total de afastamentos, 20% são referentes a problemas de saúde, incluso em tal dado a falta de Atestado de Saúde Ocupacional (ASO):



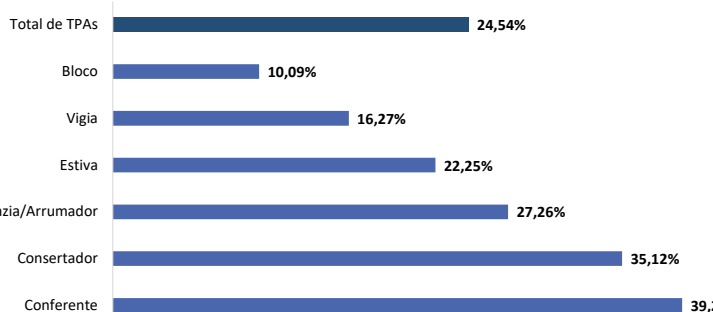
Evidente que a queda de inscritos, somada à indisponibilidade de 30% dos cadastrados tem impactos sociais seríssimos, como a falta de mão de obra qualificada e os riscos relacionados à saúde e segurança do trabalhador.

Mas não é só.

Some-se a isso, em média 26% dos trabalhadores portuários são aposentados. Se forem observados os consertadores e os conferentes, tais

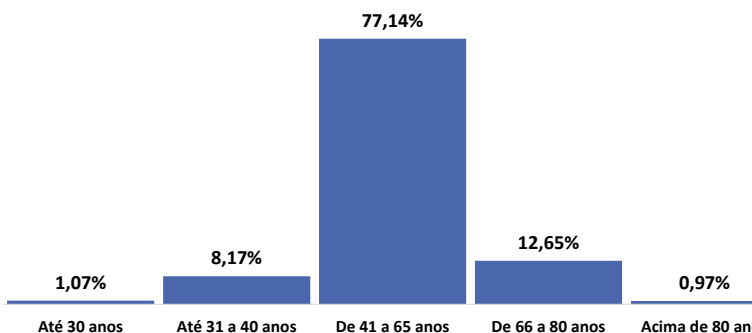
números beiram aos 40% de trabalhadores com renda assegurada, o que ilustra de forma cabal o descumprimento da Convenção 137, uma vez que o cadastro no Brasil, tal qual organizado, não garante renda aos portuários que não a detém, mas ao revés, como evidenciado no gráfico seguinte:

TPAs aposentados (por atividade) em 31 de dezembro de 2021



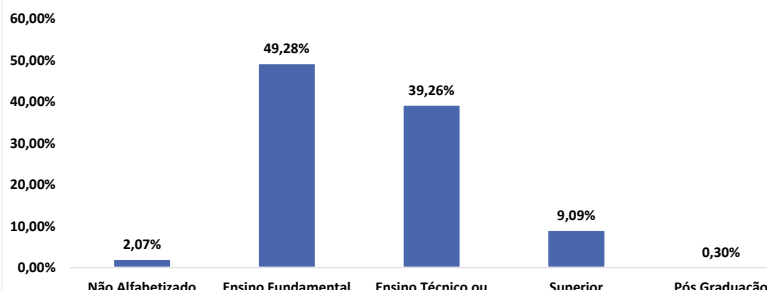
O resultado da política adotada pela Lei dos Portos é o envelhecimento gradual e paulatino da mão de obra, sendo que, atualmente, menos de 10% dos portuários avulsos tem menos de 40 anos, como evidenciado no gráfico seguinte:

Distribuição percentual dos TPAs (todas as atividades) por faixas etárias, em 31 de dezembro de 2021



Ainda, importante observar que cerca de 50% dos trabalhadores portuários avulsos cadastrados junto ao OGMO possuem escolaridade equivalente ao nível fundamental, o que contrasta com o avanço da tecnologia, cujos maquinários mais modernos possuem maior complexidade para o seu manuseio.

Distribuição percentual dos TPAs (todas as atividades) por nível de escolaridade, em 31 de dezembro de 2021



Não por outro motivo o sistema registra queda vertiginosa nos seus números. É dizer, se o operador não conta com mão de obra adequada, inclusive do ponto de vista da qualificação técnica, é preciso buscar em outras fontes, como a contratação de vinculados, fora do sistema, por exemplo.

Importante observar que nesse aspecto, inclusive, há decisões conflitantes no Tribunal Superior do Trabalho, gerando insegurança jurídica, sendo a mais recente, de lavra da SDI, nestes termos:

"EMBARGOS INTERPOSTOS NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014 – TRABALHADOR PORTUÁRIO – CAPATAZIA – CONTRATAÇÃO COM VÍNCULO DE EMPREGO POR TEMPO INDETERMINADO DE TRABALHADORES NÃO CADASTRADOS OU REGISTRADOS NO OGMO – LEI Nº 12.815/2013 – IMPOSSIBILIDADE

1. Em controvérsias que tratam da Lei nº 8.630/1993, a jurisprudência do Eg. TST orienta-se pelo regime de prioridade de contratação de trabalhadores no serviço de capatazia cadastrados no OGMO, sendo possível a contratação de trabalhadores não cadastrados se observada a referida preferência.

2. Para as contratações realizadas a partir da vigência da Lei nº 12.815/2013, seu art. 40, § 2º, confere exclusividade aos trabalhadores portuários avulsos registrados nos casos de contratação para os serviços de capatazia, bloco, estiva, conferência e conserto de carga e vigilância de embarcações, com vínculo empregatício por prazo indeterminado.

3. Nesse caso, a interpretação literal é suficiente para entender que a contratação de trabalhadores portuários deve ser realizada apenas dentre aqueles que possuem registro no OGMO. Vale destacar que na redação legal há a palavra "exclusivamente" para delimitar a contratação apenas aos trabalhadores portuários registrados, incluindo expressamente os serviços de capatazia, de modo que qualquer conclusão pela possibilidade de contratar trabalhadores não

registrados violaria o significado mínimo do texto objeto da interpretação, que é o ponto de partida do intérprete.

4. A interpretação histórica do art. 40, § 2º, da Lei nº 12.815/2013 indica que a contratação exclusiva de trabalhadores portuários registrados está em sintonia com um cenário de modernização e eficiência, porquanto o OGMO tem em sua essência justamente a busca por essas duas qualidades para o setor portuário.

5. A partir de uma interpretação sistemática, a análise do conjunto normativo da Lei nº 12.815/2013 permite concluir que em nenhum momento o legislador estabeleceu diferença entre capatazia e os demais serviços portuários, havendo tratamento unitário para todos eles.

Embargos conhecidos e desprovidos⁶⁰

A situação dos registrados

Não se ignora que o custo de vida no Brasil é alto, mas a quantidade de desempregados atual está na casa dos 8% neste primeiro semestre de 2024⁶¹, com indicação de 8,6 milhões de desempregados além de 3,6 milhões de indivíduos desalentados o que, salvo melhor juízo, é fator suficiente para a garantia de renda mínima para trabalhadores fora do sistema, em detrimento daqueles que já a detém.

Então, posto de forma simplista, poder-se-ia dizer que a proposição de retificação do quanto contido no artigo 40, § 5º, da Lei 12.815/2013 é uma mera tentativa de promover afastamento compulsório de qualquer TPA registrado que receba o benefício da aposentadoria oficial, por tempo de serviço, concedida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS.

Não é disso que se trata, tão somente. A questão proposta remete à ampliação da distribuição do trabalho de modo mais abrangente como forma de propiciar renda à maior quantidade de TPAs possível, diminuindo, com isso, as desigualdades sociais, promovendo a renovação dos quadros de trabalhadores, preservando a saúde dos registrados e, ainda, colaborando para que a almejada produtividade seja elevada.

E, neste contexto, não se nega que os TPAs registrados possam ser fundamentais, em virtude da experiência e do conhecimento adquiridos ao longo de vários e vários anos. Portanto, esse capital intelectual deve ser mantido e bem preservado.

Então, quando o TPA registrado alcançasse a aposentadoria oficial por tempo de serviço ele teria o seu cadastro básico cancelado, abrindo, assim, a

oportunidade para que outro TPA cadastrado passasse à condição de registrado.

Mas, em contrapartida e em reconhecimento aos anos de serviço e à experiência adquirida poderia ser facultado a esse TPA registrado que teve o registro cancelado, passar por algum tipo de revalidação de cadastro – a ser regulamentado – em uma categoria de seniores, mediante avaliações específicas de aspectos técnicos, de modo a verificar a existência deste capital intelectual.

Comprovada a existência do capital intelectual, o que poderia se dar pela apresentação de certificados de conclusão de cursos, declarações de bons serviços, atestados técnicos, avaliações objetivas e entrevistas, por exemplo, o TPA (nesta condição de sênior) poderia permanecer por mais algum período determinado.

Findo tal período, novo desligamento seria feito e, querendo, poderia participar de nova revalidação o mesmo sistema, até que atingisse a idade determinada em legislação para a aposentadoria por idade.

Considerações finais

Considerando-se os termos do artigo 40, § 5º, da Lei 12.815/2013 e as especificidades da função portuária, em especial a forma de treinamento dos trabalhadores e as questões afetas à saúde e segurança do trabalho, bem como o texto das normas internacionais ratificadas, Convenção 137 e 152 da OIT, é urgente rever-se a manutenção do trabalhador portuário avulso aposentado no cadastro.

Isso porque, segundo dados da Federação Nacional das Operações Portuárias, em consolidação dos dados do OGMO, o cadastro atual conta com mão de obra envelhecida e sem qualificação para fazer frente aos avanços tecnológicos.

Mais do que isso.

Se o objetivo é garantir renda mínima para tal categoria de trabalhadores, nada mais justo que aqueles que conseguiram rendimentos provenientes de aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição junto ao INSS deem lugar para os portuários mais jovens, que ainda não possuem respaldo financeiro para sobrevivência.

Simple alteração legal, com a adição de parágrafo 6º ao citado art. 40 da Lei dos Portos permitiria, em larga medida, equalizar a problema atual do cadastro.

Sugere-se, para tanto, a seguinte redação: “É causa de extinção do cadastro a aposentadoria do trabalhador portuário avulso, podendo o OGMO abrir edital para preenchimento da vaga”.

Evidente que tal alteração deveria contar com

⁶⁰ (E-ED-RR-52500-43.2007.5.02.0446, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 31/01/2020).

⁶¹ Disponível em <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php> acesso em 30.06.2024.

regra de transição, trazendo segurança jurídica aos atuais trabalhadores aposentados, mas permitindo, dentro de algum critério temporal, que o cadastro seja oxigenado com mão de obra com maior higidez física e qualificação técnica.

Também, poder-se-ia criar sistema de permanência do TPA registrado que estivesse em condição de transferir capital intelectual, mediante sistema objetivo de avaliação de sua capacitação técnica.

Referências

- AMADEO, Edward J.; VILLELA, André Arruda. **Crescimento da produtividade e geração de empregos na indústria brasileira**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v.1, n.1, p. [51]-69, jun. 1994.
- BOTELHO, Martinho Martins. **Coletânea de Legislação Brasileira de Direito Marítimo e Portuário**. Lei 8.630/93. São Paulo: Lex Editora S.A., 2008.
- BRASIL. **Lei Nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências. (LEI DOS PORTOS). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1993.
- _____. **Lei Nº 12.815, de 5 de junho de 2013**. Dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; altera as Leis nºs 5.025, de 10 de junho de 1966, 10.233, de 5 de junho de 2001, 10.683, de 28 de maio de 2003, 9.719, de 27 de novembro de 1998, e 8.213, de 24 de julho de 1991; revoga as Leis nºs 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e 11.610, de 12 de dezembro de 2007, e dispositivos das Leis nºs 11.314, de 3 de julho de 2006, e 11.518, de 5 de setembro de 2007; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2013.
- _____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.740/22**, de 22 de junho de 2002. Altera a Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre o cadastramento e o registro do trabalhador portuário no órgão de gestão de mão de obra do trabalho portuário nas condições especificadas. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2330006>. Acesso em: 20 jun. 2024.
- COSTA, Márcia da Silva. **Reestruturação produtiva, sindicatos e a flexibilização das relações de trabalho no Brasil**. ERA-eletrônica, v. 2, n. 2, jul-dez/2003. Disponível em www.scielo.br/j/raeel/a/HzwrZWJ6pgdwJbJ4ZdZyn4j/?format=pdf&lang=pt. Acesso em 20 jun. 2024.
- FABRIS, Alberto Angelo. **Os impactos do desenvolvimento tecnológico nos empregos formais e seus efeitos sobre a qualificação do trabalhador**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. P. 185. 2019. Disponível em https://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/9090/Alberto%20Angelo%20Fabris_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 20 jun. 2024.
- GUÉRIN, F., LAVILLE, A., DANIELLOU, F., DURAFFOURG, J., & KERGUELEN, A. (2004). **Compreender o trabalho para transformá-lo: A prática da ergonomia**. São Paulo, Blucher.
- IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desemprego**. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 30 jun. 2024.
- MACIEL, R. H.; GONÇALVES, R. C.; MATOS, T. G. R.; FONTENELLE, M. F.; SANTOS, J. B. F. **Análise da dinâmica do trabalho portuário: estudo comparativo entre os portos do Mucuripe e do Pecém, no Ceará**. Revista Brasileira de Saúde Ocupacional, v. 40, p. 170-182, 2015.
- MENDONÇA, M. A. A. de; FREITAS, F. de A.; SOUZA, J. M. de. Tecnologia da informação e produtividade na indústria brasileira. **RAE - Revista de Administração de Empresas**, [S. l.], v. 49, n. 1, p. 74-85, 2009. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rae/article/view/36047>. Acesso em: 20 jun. 2024.
- NETO, Arnaldo Bastos Santos; VENTILARI, Paulo Sérgio Xavier. **O trabalho portuário e a modernização dos portos**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 139.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção nº 137 - **Convenção Relativa às Repercussões Sociais dos Novos Métodos de Manutenção nos Portos**. 1975. Disponível em: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_I D:312282:NO. Acesso em: 25 jun. 2024.
- _____. Convenção nº 152 - **Convenção Relativa à segurança e higiene dos trabalhadores portuários**. 1979. Disponível em: https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_I D:312297:NO. Acesso em: 25 jun. 2024.
- QUEIROZ, Maria de Fátima Ferreira; VEZZÁ, Flora Maria Gomide; MACIEL, Regina Heloisa. **As condições do trabalho portuário: uma abordagem da ergonomia**, Porto de Santos - Saúde e trabalho em tempos de modernização, São Paulo: Fap-Unifesp, 2015, p. 117.
- Revista Eletrônica do TRT-PR. Curitiba: TRT-9ª Região, V. 12 n. 115. Novembro. 22. Pg. 47
- Soares, Marcelle Carine dos Praseres. Trabalhadores portuários e a organização internacional do trabalho: proteção contra a automação e a favor da saúde, higiene e segurança. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [recurso eletrônico]. / Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, v. 81, n. 1, p. 222 - 231, agosto, 2019. Disponível em: <https://www.trt9.jus.br/porta/arquivos/7078932>.

Acesso em: 13 jun. 2024.

TORRES, Luis Fernando Ribeiro. Dias, Eduardo Mario (orient). **Estudo analítico e operacional da supervia eletrônica de dados: um modelo de gestão eletrônica para os portos brasileiros**. Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, p. 145. 2007.

UDERMAN, Simone; ROCHA, Carlos Henrique;

CAVALCANTE, Luiz Ricardo. **Modernização do sistema portuário no Brasil: uma proposta metodológica**. Journal of Transport Literature, Manaus, v. 6, n. 1, p. 221-240, jan./mar. 2012. DOI: [http://dx.doi.org/10.1590/S2238-](http://dx.doi.org/10.1590/S2238-10312012000100014)

10312012000100014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2238-10312012000100014&lng=pt&tlng=pt.

Acesso em: 20 jun. 2024

ASSÉDIO SEXUAL CONTRA ADOLESCENTE APRENDIZ: A VIOLÊNCIA DE GÊNERO COMO CARACTERIZADORA DE UMA DAS PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL. UM ESTUDO DE CASO.

Yara Campos Souto⁶²

BREVE SÍNTESE DA SENTENÇA OBJETO DO ESTUDO DE CASO

O presente artigo tem como ponto de partida sentença⁶³, prolatada pela Juíza do Trabalho da 17ª Vara do Trabalho de São Paulo, Lorena de Mello Rezende Colnago, fazendo-se necessária breve síntese sobre o caso, em que reconhecida a prática de assédio sexual laboral, por superior hierárquico, contra adolescente aprendiz. Na decisão, o boletim de ocorrência registrado pelo pai da vítima foi aceito como indício suficiente para comprovar o fato. Registrou-se ainda que as Rés não cumpriram com o dever de cuidado, pois não houve apuração da denúncia e a Autora recebeu feedback negativo com base em queixas do próprio assediador. Além disso, o Gerente permaneceu com seu contrato de trabalho ativo. Em consequência, foi declarada a rescisão indireta do contrato de aprendizagem, sendo a empresa e a entidade intermediadora condenadas solidariamente pelo pagamento dos encargos e de indenização por danos morais.

PERSPECTIVA INTERSECCIONAL: GÊNERO E IDADE COMO EIXOS DE SUBORDINAÇÃO

Em setembro de 2021 o Brasil sofreu sua primeira condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo integralmente a temática da violência contra a mulher, no Caso Márcia Barbosa de Souza⁶⁴. Márcia era uma mulher negra, pobre e periférica que foi assassinada por um Deputado Estadual da Paraíba. Toda a investigação e o processo criminal foram marcados por questionamentos e especulações sobre a vida sexual pregressa da vítima, histórico de drogadição, bem como o emprego de estereótipos de gênero. Na condenação, a Corte reconheceu, dentre outros aspectos, que a direção de estereótipos de gênero e preconceitos pessoais dos investigadores influíram em suas conclusões profissionais, colocando em dúvida a credibilidade da vítima. Concluiu ainda que a violência de gênero é um problema estrutural e generalizado no Brasil.

O Caso Márcia Barbosa de Souza foi um dos principais fatos ensejadores da edição, pelo CNJ, do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, sobre cuja aplicação prática no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região debruça-se este livro. Isso porque uma das determinações da Corte consistia na capacitação dos Poderes para a investigação de violências contra a mulher.

Mas não só por isso entendemos pertinente trazê-lo na abertura deste artigo. Embora em uma primeira análise possam parecer muito distintos, o caso de Márcia e o caso da adolescente assediada sexualmente, objeto da sentença em análise, possuem muitos pontos de contato em sua origem. Do ponto de vista de seu desfecho, contudo, estão separados por uma brutal mudança paradigmática institucional, fruto justamente da capacitação dos Poderes determinada pela Corte Interamericana e que, no caso do Poder Judiciário, materializou-se com a edição do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero.

O maior ponto de contato entre os casos relaciona-se com a perspectiva interseccional que os atravessa. Segundo Kimberlé Crenshaw,

A interseccionalidade é uma conceituação do problema que busca capturar as consequências estruturais e dinâmicas da interação entre dois ou mais eixos da subordinação. Ela trata especificamente da forma pela qual o racismo, o patriarcalismo, a opressão de classe e outros sistemas discriminatórios criam desigualdades básicas que estruturam as posições relativas de mulheres, raças, etnias, classes e outras. Além disso, a interseccionalidade trata da forma como ações e políticas específicas geram opressões que fluem ao longo de tais eixos, constituindo aspectos dinâmicos ou ativos do desempoderamento.⁶⁵

Assim, se no Caso Márcia Barbosa de Souza interagiram os eixos de subordinação relativos ao gênero, raça e classe, no caso objeto da sentença, estavam presentes, ao menos, os eixos de

⁶² Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região desde 2019 e integrante da ANAMATRA Mulheres no biênio 2024/2025. Antes disso, foi Analista Judiciário, atuando como Assistente de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (2015 a 2019). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2013).

⁶³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo com número omitido por tramitar em segredo de justiça. 17ª Vara do Trabalho de São Paulo. Juíza do Trabalho Lorena de Mello Rezende Colnago. DEJT 21/01/2022.

⁶⁴ CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Sentença de 7 de setembro de 2021 do caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil. Redigida em San José, Costa Rica. Tradução em português.

⁶⁵ CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas*. [online]. V. 10, n. 1, p. 171-188, 2002.

subordinação relacionados ao gênero e à idade. Passamos então à análise da tenra idade como eixo de subordinação.

A infância e adolescência são especialmente protegidas em nossa sociedade em decorrência do reconhecimento pelo constituinte (art. 227, CF/88) e pela comunidade internacional (Convenção da ONU sobre os direitos da criança⁶⁶ e Convenções 138 e 182⁶⁷/OIT) da condição de vulnerabilidade deste grupo dentro de nossa estrutura social hierárquica.

A Constituição Federal de 1988, superando a Doutrina do Menor em Situação Irregular, instituiu a Doutrina da Proteção Integral, atribuindo ao Estado, à família e a toda a sociedade a responsabilidade pela realização dos direitos fundamentais das crianças (art. 227, CF/88). A condição de pessoa em desenvolvimento, decorrente da imaturidade física e psicológica, justifica a absoluta prioridade na realização de seus direitos fundamentais.

Nesse sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA⁶⁸ revogou o Código de Menores de 1979, reconhecendo crianças e adolescentes como sujeitos de direitos e não apenas objetos de direito.

Nesse contexto insere-se a luta pela erradicação do trabalho infantil e a proteção ao trabalho do adolescente. Trabalho infantil pode ser conceituado como todo aquele realizado por crianças e adolescentes abaixo da idade mínima permitida que, no Brasil, é de dezesseis anos. A partir dos quatorze anos, é admitido o trabalho exclusivamente na condição de aprendiz (art. 7º, XXXIII, CF/88). Certo ainda que, aos menores de dezoito anos, em qualquer circunstância, é vedado o trabalho noturno, em condições insalubres ou perigosas (art. 7º, XXXIII, CF/88), bem como que se enquadre entre as piores formas de trabalho infantil (Convenção 182 da OIT e Lista TIP⁶⁹).

A Convenção sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil da OIT determina que, nas matérias relacionadas ao trabalho infantil, os Estados levem

em consideração a situação de especial vulnerabilidade das meninas (art. 2º, e). Ainda, lista, dentre as piores formas de trabalho infantil, aqueles suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança (art. 3º, d), podendo ser assim considerados aqueles “que expõem a criança a abuso físico, psicológico ou sexual” (art. 3º, a, Recomendação 190 da OIT⁷⁰), definição acolhida também pela Lista TIP.

A Aprendizagem surge, portanto, como exceção ao direito fundamental ao não trabalho assegurado aos menores de dezoito anos. Trata-se de forma especial de relação de emprego em que o empregador se obriga a assegurar formação técnico-profissional ao trabalhador entre 14 e 24 anos.

Apesar das críticas válidas às limitações do instituto enquanto instrumento efetivamente protetivo e emancipador⁷¹, quando devidamente observados seus princípios e legislação de regência, pode ser importante meio de qualificação profissional, proporcionando aprendizado teórico e prático, que culmina em uma inserção qualitativa do jovem no mercado de trabalho, além de contribuir para a composição de sua renda familiar.

Contudo, infelizmente, este não parece ter sido o caso objeto da sentença em análise, no qual, ao contrário, gênero e idade concorreram para a dupla vulnerabilização e invisibilização da vítima, constituindo um primeiro contato certamente traumático com o mercado de trabalho, passível de ser classificado como uma das piores formas de trabalho infantil.

ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: NOVAS PERSPECTIVAS

O conceito de assédio sexual no ambiente de trabalho vem passando por revisões paulatinas nos últimos anos. Inicialmente, ainda muito atrelado ao tipo penal inscrito no art. 216-A do Código Penal⁷²,

⁶⁶ BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. *Legislação*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁶⁷ BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 10.088 de 5 de novembro de 2019. *Legislação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁶⁸ BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. *Legislação*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁶⁹ BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 6.481 de 12 de junho de 2008. *Legislação*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁷⁰ BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 10.088 de 5 de novembro de 2019. *Legislação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁷¹ Nesse sentido, ver: MAEDA, Patrícia. Crítica ao contrato de aprendizagem como forma de promoção do trabalho decente do adolescente. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*. São Paulo: LTr, ano 13, n. 52, p. 167 a 177; e VERONESE, Josiane Rose Petry. SANTOS, Vívian de Gann dos. A erradicação do trabalho infantil no Brasil e a “pedagogia do trabalho”: implicações ao instituto da aprendizagem profissional. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre, v. 88, n. 3, p. 197-212, jul./set. 2022.

⁷² BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal. *Legislação*. Disponível em:

que pressupõe a superioridade hierárquica do agressor (assédio sexual por chantagem ou *quid pro quo*), vem, aos poucos, assumindo, na seara trabalhista, necessária dimensão ambiental. Ademais, a edição da Convenção 190⁷³ pela OIT vem jogar uma pá de cal nas antigas discussões relativas à necessidade de reiteração da conduta para a configuração do assédio de modo geral e do assédio sexual em particular.

Nesse sentido, entendemos pertinente trazer o conceito inscrito na Resolução nº 351 do CNJ (art. 2º, III), que é revelador desta mudança de perspectiva em relação ao assédio sexual e que, a nós, parece dar conta de acolher a complexidade da conduta e suas dimensões:

Assédio sexual é a conduta de **conotação sexual** praticada **contra a vontade** de alguém, sob **forma verbal, não verbal ou física**, manifestada por **palavras, gestos, contatos físicos ou outros meios**, com o efeito de **perturbar** ou **constranger** a pessoa, **afetar a sua dignidade**, ou de lhe **criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador**. [grifo nosso]⁷⁴

O conceito acima transcrito enfatiza as diversas formas que o assédio sexual pode assumir. Seja aquela mais facilmente reconhecível, em que há a investida física do assediador contra a vítima, sejam aquelas mais sutis, e também mais comuns, relativas a, por exemplo, olhares impertinentes e elogios fora de lugar.

A conceituação adotada pelo CNJ também acolhe a perspectiva ambiental que o assédio sexual pode assumir, tanto por prescindir do fator hierárquico para a sua caracterização, quanto por reconhecer que a sua ocorrência tem por efeito a criação de um ambiente laboral degradante e, portanto, nocivo à saúde obreira.

Some-se a isto a inovação trazida pela Convenção 190 da OIT (art. 1º, 1, a), segundo a qual o assédio sexual resta caracterizado por “ocorrência única ou repetida” e temos uma conceituação de assédio sexual laboral mais apta a alcançar a

complexidade desta conduta, suas diferentes formas de manifestação, bem como os efeitos nefastos para a saúde do trabalhador.

Outro aspecto que não pode nos escapar quando do tratamento da temática é o fato, reconhecido na Convenção 190/OIT e também pelo Protocolo do CNJ para Julgamento com Perspectiva de Gênero⁷⁵, de que o assédio sexual pode ser classificado como uma das formas da violência de gênero. Ou seja, embora o gênero da vítima não seja determinante para a caracterização do assédio sexual, estatisticamente, a prática se dá preponderantemente em relação às mulheres, tendo como efeito, portanto, o aumento das desigualdades, pois reforça as relações de poder no ambiente de trabalho e retira oportunidades das vítimas.

Assim, pode-se dizer que a subordinação característica da relação de emprego soma-se aos demais eixos de “desempoderamento” (para continuarmos com as palavras de Kimberlé Crenshaw), tais como o gênero, a raça, a classe e, no caso em análise, a pouca idade, para atuar, portanto, como mais um fator propulsor do assédio sexual, tornando o ambiente de trabalho um local especialmente ameaçador para mulheres e meninas. Nas palavras de COTTA, entender o assédio sexual como violência de gênero:

“significa posicioná-lo como parte de um conjunto de práticas que se apoiam tanto na assimetria de poder típica das relações de trabalho quanto na posição da mulher nessas relações. Esta assimetria evidentemente não começa nem termina no mundo do trabalho e também é afetada por outras estruturas de poder, como as baseadas em raça e classe. (...) a hierarquia no trabalho é correntemente instrumentalizada para a manutenção de práticas violentas que controlam as mulheres nesses espaços”⁷⁶

O caso em análise é especialmente rico para esta discussão, pois, nele, é possível identificar as diversas formas que o assédio sexual pode assumir,

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 jan. 2023.

⁷³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho de 21 de junho de 2019. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_729459.pdf. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁷⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 351 de 28 de outubro de 2020. *Legislação*. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3557#:~:text=Art._Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico. Acesso em: 10

jan. 2023.

⁷⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 128 de 15 de fevereiro de 2022, Anexo, p. 30 a 34. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 10 jan 2023.

⁷⁶ COTTA, Mayra. Nem bodes espiatórios, nem complacência: em busca da responsabilização efetiva em casos de assédio sexual. In: GOTTI, Alessandra; SOARES, Inês Virginia P.; CUREAU, Sandra (coord.). *Mulheres e Justiça. Os Direitos Fundamentais escritos por elas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021, p. 607 e 608.

bem como o modo como tais espécies interagem entre si e se retroalimentam.

Traçando um paralelo entre a violência doméstica e o assédio sexual laboral, COTTA desenha o ciclo da violência:

“Em um primeiro momento, ocorre um aumento constante e progressivo de piadas e comentários inapropriados, culminando em um segundo momento o qual consiste em uma investida mais agressiva e incisiva. O terceiro e último momento do ciclo é identificado pela demonstração de arrependimento do assediador, que também vem acompanhada de promessas de mudança em seu comportamento. É possível até que ocorram estágios de tranquilidade em meio ao ciclo, fazendo com que a mulher acredite que a situação vai melhorar. Raramente, entretanto, um chefe assediador muda seu comportamento.”⁷⁷

No caso objeto da sentença analisada, ao menos as primeira e segunda fases deste ciclo podem ser identificadas. O chefe assediador, inicialmente, faz elogios às vestimentas, ao batom, e, por fim, à boca da adolescente. Escalonando sua investida, termina por segurar o braço e beijar a força o pescoço da aprendiz. Tais atos, que, por si só, já seriam suficientemente aviltantes da dignidade da vítima, podem ser classificados como assédio sexual em sua modalidade clássica, ou seja, assédio sexual por chantagem.

Contudo, em um segundo ato, inicia-se o que podemos classificar como assédio sexual ambiental em uma dimensão, por vezes ignorada como parte integrante do próprio assédio, relativa às estruturas de poder que passam a atuar a fim de impedir a responsabilização do assediador. Nesse sentido, HELOANI, MARANHÃO e FERREIRA:

“Laura María Chinea identifica que são, pelo menos, três as partes envolvidas no assédio ou na violência do trabalho: o agressor, a vítima e o entorno – pelo que se conclui que não é possível conceber a prática de assédio laboral dissociada do meio ambiente de trabalho em que este ocorre.”⁷⁸

E também COTTA:

“Não só isso como a naturalização de práticas violentas nas relações interpessoais com marcas de gênero se dá por meio da construção artificial de espaços privados, ainda que em ambientes públicos. Dessa forma, um assédio sexual de um superior hierárquico contra uma funcionária é simbolicamente apresentado como um flerte e colocado, portanto, como um tema privado, que não diz respeito a ninguém mais além das duas pessoas envolvidas. Se quisermos de fato enfrentar o assédio sexual precisaremos, tal qual o fizemos com a violência doméstica, romper as barreiras invizibilizantes de determinadas relações e começar a expô-las em toda a sua violência.”⁷⁹

Assim, conforme constata e bem qualifica a Magistrada sentenciante, a adolescente aprendiz, além de assediada sexualmente por seu superior hierárquico, teve sua palavra desconsiderada pela empresa quando da denúncia. Não bastasse, a empresa Reclamada usou as queixas formuladas pelo próprio assediador quanto ao trabalho da vítima para lhe atribuir avaliação negativa em reunião de *feedback* comportamental.

Fica evidenciado, portanto, o ciclo da violência de gênero em sua plenitude. Iniciado por microagressões verbais e comportamentais, consumado pela violação física não consentida, acobertado pelo silenciamento e descredibilização da vítima, culminando na não responsabilização do agressor e na penalização da adolescente assediada, afetando-lhe a autoestima, constituindo estreia traumática no mercado de trabalho e, consequentemente, afetando diretamente sua qualificação e oportunidades de crescimento profissional.

ASSÉDIO SEXUAL: A QUESTÃO DO ÔNUS DA PROVA E ASPECTOS INSTRUTÓRIOS

Historicamente, um dos principais fatores que dificultam a responsabilização de assediadores é a prova do assédio sexual. É de seu próprio *modus operandi* que o assédio se dê em ambiente privado, íntimo, longe dos olhos de terceiros. Por esse motivo, raros são os casos em que será possível a prova direta de sua ocorrência.

Assim, se tradicionalmente as normas que regem a distribuição do ônus da prova (arts. 373 do CPC e 818 da CLT) determinam que quem alega deve

⁷⁷ Ibidem. p. 611.

⁷⁸ HELOANI, José Roberto. MARANHÃO, Ney. FERREIRA, Estevão Fragallo. Assédio e violência no trabalho: contribuições da Convenção nº 190 da OIT para a prevenção de riscos psicossociais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo, v. 88, n. 1, p. 153, jan./mar. 2022.

⁷⁹ COTTA, Mayra. Nem bodes espiatórios, nem complacência: em busca da responsabilização efetiva em casos de assédio sexual. In: GOTTI, Alessandra; SOARES, Inês Virginia P.; CUREAU, Sandra (coord.). *Mulheres e Justiça. Os Direitos Fundamentais escritos por elas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021, p. 606.

provar (teoria estática), a aplicação de tal preceito nos casos de assédio sexual praticamente inviabilizaria, como por muito anos inviabilizou e ainda inviabiliza, a responsabilização daqueles que praticam tal conduta.

É diante desta constatação que o Protocolo do CNJ para Julgamento com Perspectiva de Gênero dispõe que, na atuação judicial com perspectiva de gênero, é recomendável que haja uma readequação da distribuição do ônus probatório (teoria dinâmica), atribuindo-se especial valor ao depoimento pessoal da vítima, admitindo-se ainda a prova indiciária e indireta⁸⁰.

Nesse sentido, pertinente trazer à baila a teoria, de origem italiana, da Constelação de Índícios que muito pode contribuir para a análise de tais casos. Nos dizeres de FELICIANO:

“Por fim, cabe falar da tecnologia que melhor se aplica às hipóteses de assédios morais e sexuais nas relações de trabalho: a das constelações de indícios. Baseia-se na ideia de que um conjunto coerente de fatos laterais tendentes ao fato principal (objeto da prova) satisfaz o respectivo *onus probandi* e permite atribuir à contraparte processual o ônus de provar a inoccorrência do fato principal ou a imprestabilidade dos indícios para a inversão no caso concreto. *[grifo nosso]*”⁸¹

Ou seja, fazendo a vítima alguma prova de elementos de fato que permitam ao juízo conjecturar a existência do assédio sexual, inverte-se o ônus probatório quanto ao fato principal (o assédio), devendo o acusado (ou, na seara trabalhista, o empregador) provar que tal fato não teria ocorrido ou que os fatos laterais não se sustentam.

Precisamente assim agiu a Magistrada prolatora da sentença em análise ao admitir o boletim de ocorrência lavrado pelo pai da adolescente aprendiz como indício suficiente à prova do fato. Considerou ainda que a única testemunha ouvida em juízo, além de ser empregada, e portanto, subordinada, na empresa reclamada, apenas relatou não ter presenciado os fatos narrados o que, como visto, não significa que eles não tenham ocorrido.

Considerou ainda que as falas das prepostas e da testemunha evidenciaram a não observância, pelas Reclamadas, do dever de cuidado que o

ordenamento jurídico impõe em tais casos, sobretudo quando a vítima denunciante é uma adolescente, e, como tal, pessoa em desenvolvimento, em uma relação que guarda desigualdades brutais, quer pela diferença de idade e superioridade hierárquica entre a vítima e o agressor, quer pela inexperiência profissional e pessoal próprias e inerentes de uma adolescente iniciando sua vida profissional.

Ainda no âmbito da instrução probatória em casos de assédio sexual, a forma de sua condução mereceu destaque no Protocolo do CNJ para Julgamento com Perspectiva de Gênero. Assim, ao contrário do que a Corte Interamericana constatou ter ocorrido no Caso Márcia Barbosa de Souza, enfatiza o documento a necessidade de que o Judiciário não seja reprodutor de violências institucionais de gênero, impedindo que a instrução probatória seja meio de re-vitimização. Nesse sentido, dentre outros, alguns cuidados são necessários: a vítima não deve ser ouvida na presença do acusado; deve-se propiciar um ambiente seguro, preferencialmente, com a presença majoritária de mulheres; e não devem ser feitas ou admitidas perguntas que reproduzam estereótipos de gênero, exponham sua vida íntima ou desqualifiquem a sua palavra.

Mais uma vez aqui a Magistrada condutora do processo em análise atuou em consonância com tais recomendações criando um ambiente seguro e sadio para a vítima a quem foi facultado não presenciar os depoimentos de prepostas e testemunha, evitando que ela tivesse que reviver, desnecessariamente, a situação traumática vivenciada.

POSSÍVEIS EFEITOS DO ASSÉDIO SEXUAL NO CONTRATO DE APRENDIZAGEM E REPERCUSSÕES INDENIZATÓRIAS

Uma vez constatada a ocorrência de assédio sexual laboral contra adolescente aprendiz, alguns caminhos são possíveis.

Caso o empregador esteja comprometido com o combate a esta prática, além de mudanças estruturais e preventivas que podem e devem ser adotadas (inclusive independentemente de ocorrências prévias)⁸², o ordenamento jurídico oferece uma série de medidas remediadoras. De um lado, mediante prévia sindicância, com observância do contraditório e da ampla defesa, é cabível a demissão por justa causa do assediador, por incontinência de conduta (art. 482, b, CLT). De outro

⁸⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 128 de 15 de fevereiro de 2022, Anexo, p. 114. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf> Acesso em: 10 jan 2023.

⁸¹ FELICIANO, Guilherme Guimarães. Assédio e inversão do ônus da prova: breves considerações. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo, v. 83, n. 2, p. 158, abr./jun. 2017.

⁸² Nesse sentido: COTTA, Mayra. Nem bodes espiatórios, nem complacência: em busca da responsabilização efetiva em casos de assédio sexual. In: GOTTI, Alessandra; SOARES, Inês Virginia P.; CUREAU, Sandra (coord.). *Mulheres e Justiça. Os Direitos Fundamentais escritos por elas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021, p. 612 a 616.

lado, é preciso fornecer à vítima o devido acolhimento, promovendo as alterações contratuais necessárias a fim de propiciar a recuperação pós-traumática, sempre em diálogo e com escuta ativa para os desejos e necessidades da vítima, bem como o acompanhamento da questão pelos responsáveis legais, em se tratando de menor. O fornecimento de apoio psicológico é também fundamental.

No caso, contudo, tal comprometimento do empregador, infelizmente, não foi verificado pela Magistrada. Ao contrário, constatou-se que o assediador continuou trabalhando na empresa, apenas com mudança de seu local de trabalho. O fornecimento de apoio psicológico à adolescente se deu apenas após o ajuizamento da demanda. Ainda, a aprendiz foi negativamente avaliada pela empresa com base em queixas feitas pelo próprio agressor após o assédio sexual ser relatado à entidade intermediadora do contrato de aprendizagem.

Assim, ajuizada a reclamação trabalhista e constatada a ocorrência do assédio sexual, a Juíza declarou a rescisão indireta do contrato de aprendizagem por culpa de ambas as Reclamadas, condenando-as, de forma solidária, ao pagamento das verbas rescisórias respectivas.

Do ponto de vista da responsabilidade civil por assédio sexual sofrido no ambiente de trabalho, sobretudo quando praticado por outro empregado, prevalece entendimento⁸³ no sentido de que, em tais casos, deve ser aplicada a responsabilidade civil objetiva com fulcro no art. 932, III, do Código Civil, segundo o qual o empregador é objetivamente responsável por atos de seus empregados.

A par da discussão acerca da espécie de responsabilidade civil aplicável ao empregador nos casos de assédio sexual laboral, é certo que, no caso

em apreciação, sob qualquer viés que fosse analisado, restaria configurada, como restou julgado pela Magistrada, a responsabilidade das Reclamadas pelo assédio sexual sofrido, quer por se tratar de ato praticado por empregado da empresa, quer por terem empresa e entidade intermediadora agido culposamente, com violação do dever de cuidado, conforme detidamente analisado anteriormente.

Por fim, de se destacar o acerto da sentenciante na determinação de expedição de ofício ao Ministério Público do Trabalho para apuração dos fatos. Nos dizeres de NETO:

"Todavia, há repercussões quando ocorrido o assédio sexual na empresa que não se encaixam apenas no campo da tutela à intimidade da pessoa.

A circunstância de as mulheres serem as principais atingidas com a conduta sexual irregular no meio ambiente de trabalho, aliada ainda à tendência de não denunciarem o assediante, faz com que o problema do assédio sexual na empresa seja analisado dentro de um contexto de proteção coletiva das trabalhadoras, porque é evidente ser o assédio ofensivo não apenas à empregada atingida, mas também a todas outras que se encontram em atividade na empresa. Por via de consequência, a prática do assédio sexual vulnera interesse transindividual trabalhista, aqui de compostura coletiva (art. 81, II, do CDC), porquanto o meio ambiente do trabalho, em tais ocasiões, se torna conflituoso. Hostil, intimidador, com empregadas irritadiças e, destarte, com rendimento irremediavelmente comprometido."⁸⁴

⁸³ Nesse sentido, os seguintes julgados do Tribunal Superior do Trabalho:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. (...) RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. ASSÉDIO SEXUAL. Na hipótese, ficou registrado não só o comportamento inoportuno do assediador e a exposição da autora perante os colegas, mas até mesmo o oferecimento de supostas vantagens em troca dos pretendidos favores sexuais. Ainda que o Tribunal Regional tenha se equivocado na qualificação da espécie de dano (afirmando tratar-se de assédio moral, mas não sexual), é certo que houve a lesão extrapatrimonial, da qual surge o dever de reparação. Friso, finalmente, que, na espécie, a responsabilidade do empregador é objetiva, já que se trata de ato praticado por outro empregado, nos exatos termos preconizados pelos artigos 932, III, e 933 do Código Civil. Agravo de instrumento a que se nega provimento" (AIRR-144700-88.2006.5.01.0072, 7ª Turma, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandão, DEJT 13/10/2017).

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE - REGÊNCIA

PELA LEI Nº 13.015/2014 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Demonstrada possível violação do art. 932, III, do Código Civil, merece provimento o agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE - REGÊNCIA PELA LEI Nº 13.015/2014 - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ASSÉDIO SEXUAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. Constatado que os atos de assédio sexual foram praticados por empregado da reclamada, incide a responsabilidade objetiva do empregador, com esteio nos artigos 932, III, e 933 do Código Civil. Julgados. Recurso de revista conhecido e provido. III - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA - REGÊNCIA PELA LEI Nº 13.015/2014 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. O deferimento de honorários advocatícios sem que a reclamante esteja assistida pelo sindicato da sua categoria profissional contraria a Súmula 219, I, do TST. Recurso de revista conhecido e provido" (RR-20866-94.2015.5.04.0251, 8ª Turma, Relator Ministro Marcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 05/10/2018).

⁸⁴ NETO, Manoel Jorge e Silva. Constituição e assédio sexual. *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 29, nº 111,

No caso, além de a ocorrência de assédio sexual no ambiente de trabalho, por si só, possuir repercussão coletiva, o caso ainda envolvia interesse de adolescente, sendo, portanto, pertinente a atuação do *parquet trabalhista*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, é possível concluir que, no caso objeto da sentença analisada, o gênero e a tenra idade da adolescente aprendiz, ao lado da hipossuficiência característica da relação de emprego, constituíram eixos de subordinação que atuaram como fatores propulsores da ocorrência do assédio sexual.

Podemos inferir ainda que as condições de trabalho enfrentadas pela adolescente aprendiz, dada a exposição ao abuso sexual, pode ser enquadrada como uma das piores formas de trabalho infantil, conforme Lista TIP e Recomendação 190 da OIT.

Ademais, pudemos observar a evolução do conceito de assédio sexual laboral que passou a prescindir do componente hierárquico, assumindo dimensão ambiental, abrangendo condutas, com conotação sexual, que incluem não apenas o contato físico, mas também palavras e gestos, praticadas uma única vez ou de forma reiterada, e tendo como efeito a degradação do meio ambiente de trabalho.

Do ponto de vista processual, enfatizamos a necessidade de uma distribuição dinâmica do ônus da prova nos casos de assédio sexual, com especial atenção à palavra da vítima e à constelação de indícios, a fim de conferir efetividade às normas de direito antidiscriminatório. Ressaltamos ainda os cuidados a serem observados na condução da instrução probatória a fim de que o Judiciário não seja reprodutor de violências de gênero.

Quanto aos efeitos do assédio sexual no contrato de aprendizagem, destacamos a possibilidade de demissão por justa causa do agressor e o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho. Enfatizamos ainda a necessidade de adoção de medidas preventivas, reparadoras e restaurativas, a fim de amparar a vítima dos pontos de vista psicológico, social e econômico.

Sobretudo, pudemos observar a mudança paradigmática que separa o caso analisado do Caso Márcia Barbosa de Souza, conferindo-lhes desfechos institucionais muito diversos. Embora haja muito a ser feito no combate à desigualdade de gênero, mormente considerando seu desproporcional impacto sobre as meninas, é certo que a capacitação do Poder Judiciário determinada pela Corte Interamericana e materializada no Protocolo do CNJ para Julgamento com Perspectiva de Gênero, já vem gerando profícuos frutos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 351 de 28 de outubro de 2020. *Legislação*. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3557#:~:text=Art.%C3%A1grafo%20%C3%BAnico>. Acesso em: 10 jan. 2023.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 128 de 15 de fevereiro de 2022, Anexo, p. 30 a 34. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 10 jan 2023.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. *Legislação*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 10.088 de 5 de novembro de 2019. *Legislação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 10 jan. 2023.
- BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. *Legislação*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 6.481 de 12 de junho de 2008. *Legislação*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto nº 10.088 de 5 de novembro de 2019. *Legislação*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5. Acesso em: 10 jan. 2023.
- BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal. *Legislação*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 jan. 2023.
- COTTA, Mayra. Nem bodes espiatórios, nem complacência: em busca da responsabilização efetiva em casos de assédio sexual. In: GOTTI, Alessandra; SOARES, Inês Virginia P.; CUREAU, Sandra (coord.). **Mulheres e Justiça. Os Direitos Fundamentais escritos por elas**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2021, p. 607 e 608.
- CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Sentença de 7 de setembro de 2021 do caso Barbosa de Souza e outros vs. Brasil. Redigida em San José, Costa Rica. Tradução em português.
- CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista Estudos Feministas*. [online]. V. 10, n. 1, p. 171-188, 2002.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Assédio e

inversão do ônus da prova: breves considerações. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo, v. 83, n. 2, p. 158, abr./jun. 2017.

HELOANI, José Roberto. MARANHÃO, Ney. FERREIRA, Estevão Fragallo. Assédio e violência no trabalho: contribuições da Convenção nº 190 da OIT para a prevenção de riscos psicossociais. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. São Paulo, v. 88, n. 1, p. 153, jan./mar. 2022.

MAEDA, Patrícia. Crítica ao contrato de aprendizagem como forma de promoção do trabalho decente do adolescente. *Revista Trabalhista: Direito e Processo*. São Paulo: LTr, ano 13, n. 52, p. 167 a 177; e

NETO, Manoel Jorge e Silva. Constituição e assédio sexual. *Revista de Direito do Trabalho*. Ano 29, nº 111, p. 103, jul./set. 2003.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Convenção sobre a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho de 21 de junho de 2019. Disponível em:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_729459.pdf Acesso em: 10 jan. 2023.

VERONESE, Josiane Rose Petry. SANTOS, Vívian de Gann dos. A erradicação do trabalho infantil no Brasil e a “pedagogia do trabalho”: implicações ao instituto da aprendizagem profissional. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Porto Alegre, v. 88, n. 3, p. 197-212, jul./set. 2022.

A GEOLOCALIZAÇÃO COMO PANACEIA PARA A ELUCIDAÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS FACTUAIS NO PROCESSO DO TRABALHO. LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DA LEI N. 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET)

Walter Rosati Vegas Junior⁸⁵

1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo apresenta abordagem crítica sobre a disseminação de específico meio de prova digital no âmbito do processo do trabalho, qual seja, o acesso aos dados de geolocalização de usuários de dispositivos eletrônicos a partir de decisão do juiz do trabalho direcionada ao esclarecimento de variadas controvérsias sobre fatos. Almeja-se apresentar breve panorama normativo quanto ao tema da proteção da privacidade dos dados, avançando para a análise dos limites e possibilidades de acesso de tais informações e de sua utilização como elemento de prova no âmbito do processo do trabalho pátrio. Para os fins aqui pretendidos, será oportuna também a abordagem sobre a iniciativa probatória e o papel esperado do juiz ao longo da instrução probatória. A partir de todas essas premissas pretende-se então apresentar abordagem crítica e possíveis conclusões – ainda que parciais e evidentemente não irrefutáveis – sobre a intrincada questão da disseminação do uso da geolocalização para fins probatórios no processo do trabalho pátrio.

2 – BREVE ANÁLISE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL DA PRIVACIDADE DOS DADOS

Ainda que os direitos fundamentais dos cidadãos à inviolabilidade da intimidade e da vida privada (art. 5º, X, da CRFB/88) e do sigilo das comunicações

telegráficas, de dados e telefônicas (art. 5º, XII, da CRFB/88) já estivessem consagrados desde o advento da Constituição Federal de 1988 – CRFB/88, com estabelecimento de verdadeiros limites à atuação estatal e dos agentes privados dentro de um Estado de Direito, múltiplos avanços tecnológicos próprios da sociedade da informação⁸⁶ trouxeram novas discussões sobre os contornos e parâmetros de tais garantias, especialmente a partir de aspectos não imaginados à época da definição do rol de direitos fundamentais.

Em relação aos limites relacionados à proteção de dados, cumpre esclarecer que na atualidade avulta a preocupação não apenas com a proteção do processo comunicativo entre os indivíduos em sociedade, na forma da interpretação doutrinária⁸⁷ e jurisprudencial⁸⁸ construída e consolidada a partir do enunciado contido no art. 5º, XII, da CRFB/88. A discussão tem avançado para a efetiva proteção de dados pessoais disseminados pelos indivíduos nos múltiplos meios de comunicação social, com possíveis novas conotações relativas ao fenômeno da

⁸⁵ Juíza do Trabalho Substituta no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região desde 2019 e integrante da ANAMATRA Mulheres no biênio 2024/2025. Antes disso, foi Analista Judiciário, atuando como Assistente de Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (2015 a 2019). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2013).

⁸⁶ “Embora a informação, em sua acepção ampla de comunicação de conhecimento, já tenha acarretado inovações tecnológicas e verdadeiros rompimentos em um dado modelo de sociedade ao longo da história, o que se verifica no final do século XX é basicamente que o ciclo entre a aquisição de uma informação e a sua utilização em um dado contexto social intensifica-se a tal ponto de tornar aquela a principal “origem do poder dentro da sociedade” (CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em rede (A era da informação)**: economia, sociedade e cultura; v.1.). Atualizado para 6ª edição. Tradução Roseneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e terra, 1999, p. 69).

⁸⁷ “O objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas a sua comunicação restringida (liberdade de negação). A troca de informações (comunicação) privativa é que não pode ser violada por sujeito estranho à comunicação” (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, a. 1, n. 1, p. 77-90, out./dez. 1992, p. 86).

⁸⁸ “[...] Não há violação do art. 5º, XII, da Constituição que, conforme se acentuou na sentença, não se aplica ao caso, pois não houve “quebra de sigilo das comunicações de dados (interceptação das comunicações), mas sim apreensão de base física na qual se encontravam os dados, mediante prévia e fundamentada decisão judicial”. 4. A proteção a que se refere o art. 5º, XII, da Constituição, é da comunicação ‘de dados’ e não dos ‘dados em si mesmos’, ainda quando armazenados em computador. (cf. voto no MS 21.729, Pleno, 5.10.95, red. Néri da Silveira - RTJ 179/225, 270). V - Prescrição pela pena concretizada: declaração, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do fato quanto ao delito de frustração de direito assegurado por lei trabalhista (C. Penal, arts. 203; 107, IV; 109, VI; 110, § 2º e 114, II; e Súmula 497 do Supremo Tribunal). (STF, RE 418416, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2006, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-06 PP-01233).

privacidade.⁸⁹ O advento da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei n.º 13.709/2018) e a promulgação da Emenda Constitucional n.º 115/2022, que incluiu a proteção de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, entre o rol de direitos fundamentais, foram passos legislativos concretos em tal perspectiva de tutela – efetiva – do próprio dado digital, ou seja, para além da singela proteção do processo comunicativo.

Apesar do desenvolvimento da sociedade da informação ter permitido a comunicação cada vez mais simples e rápida entre os indivíduos, rompendo barreiras físicas com a adoção de mecanismos tecnológicos que possibilitam comunicação instantânea em áudio e vídeo, com ou sem gravação do conteúdo, isso não significa que não devam existir verdadeiros limites – jurídicos – ao acesso a tais fluxos comunicativos. Não nos parece que exista verdadeiro amparo constitucional ou mesmo legal, por exemplo, para o acesso indiscriminado por terceiros às movimentações do aparelho celular utilizado por determinado indivíduo, especialmente quando se esteja diante de equipamento de propriedade dele e em relação ao qual exista legítima expectativa de proteção nos contatos mantidos com terceiros ou mesmo da localização – em determinado momento e região – a partir de registros de torres de telefonia, denominadas Estações Rádio Base (ERB's).

Ainda que exista certa controvérsia – doutrinária e jurisprudencial – quanto às balizas de proteção dos

dados digitais a partir dos limites semânticos do enunciado contido no inciso XII do artigo 5º da CRFB/88, que trata essencialmente da inviolabilidade da comunicação e não propriamente da informação, desde o advento da Emenda Constitucional n.º 115/2022 não há mais dúvidas de que a proteção dos dados pessoais ganhou assento entre os direitos fundamentais (art. 5º, LXXIX, CRFB/88). Exige-se ao menos uma nova abordagem da temática, independentemente da inequívoca diferenciação entre os denominados dados estáticos e dinâmicos que podem ser gerados a partir dos aplicativos e mídias de comunicação social. Vale aqui pontuar que o próprio STF, na condição de último interprete da CRFB/88 e mesmo durante o caráter excepcional da pandemia de COVID-19, já teve a oportunidade de fixar nova perspectiva de proteção dos dados pessoais e limitar o compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público, na forma do que se pretendia estabelecer a partir do advento da Medida Provisória n.º 954/2020.⁹⁰

Em relação ao tema dos dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público, cumpre pontuar que a Lei n.º 9.472/97 ainda prevê que a prestadora do serviço de telefonia poderá valer-se de informações relativas à utilização individual pelo usuário na execução de sua atividade, ou seja, para o desempenho de seu objeto social. Todavia, a disposição legal claramente limita a divulgação de tais

⁸⁹ A Suprema Corte estadunidense já teve a oportunidade de firmar premissa no sentido de que os "indivíduos têm expectativa razoável de privacidade em todos os seus movimentos físicos" (*Carpenter v. United States*, No. 16-402, 585 U.S. 12 (2018)), mesmo em se tratando o caso em julgamento de apuração de infração criminal supostamente praticada pelo indivíduo que portava o aparelho celular e compartilhava a respectiva localização com a operadora de telefonia. Entendeu-se na ocasião que o órgão governamental responsável pela investigação (FBI) não possuía um mandado judicial apoiado por causa provável antes de obter os registros do dispositivo eletrônico do acusado.

⁹⁰ "MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais. 2. Na medida em que relacionados à identificação – efetiva ou potencial – de pessoa natural, o tratamento e a manipulação de dados pessoais hão de observar os limites delineados pelo âmbito de proteção das cláusulas constitucionais assecuratórias da liberdade individual (art. 5º, caput), da privacidade e do livre desenvolvimento da personalidade (art. 5º, X e XII), sob pena de lesão a esses direitos. O compartilhamento, com ente público, de dados pessoais custodiados por concessionária de serviço público há de assegurar mecanismos de proteção e segurança desses dados [...] (ADI 6387 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020).

informações a terceiros, ao estabelecer no §2º de seu artigo 72 que ela não poderá ocorrer quando permita a “identificação, direta ou indireta, do usuário, ou a violação de sua intimidade”, situação na qual o compartilhamento da informação agregada apenas deveria ocorrer com “anuência expressa e específica do usuário”, como estabelece o §1º.⁹¹ Houve aqui certo cuidado do legislador ao tratar do acesso por terceiros de informações relacionadas à utilização pelo usuário – pessoa natural ou jurídica – do respectivo serviço, o que pode ser aplicável aos circunstanciais momentos em que ele – usuário – transita pelas regiões abrangidas pelas denominadas Estações Rádio Base (ERB’s). Tal raciocínio também pode ser depreendido do direito à inviolabilidade e ao segredo da comunicação previsto no art. 3º, V, do mesmo diploma legal, o qual faz a ressalva de revelação do segredo da comunicação apenas “nas hipóteses e condições constitucional e legalmente previstas”.

Com efeito, é necessário pontuar que a regra deve ser a inviolabilidade do dado ou informação da utilização – individual – de um determinado usuário, a qual poderá ser afastada a partir de hipóteses legalmente previstas, ou seja, quando a ordem jurídica expressamente autorize o acesso a tais dados, como já ocorre, por exemplo, a partir do previsto na lei de interceptações das comunicações telefônicas (Lei n.º 9.296/1996), ou mesmo em outras hipóteses nas quais exista decisão

fundamentada em prévios parâmetros legais admitindo o acesso, independentemente da concordância ou não do usuário. Além disso, note-se que por usuário é possível compreender também aquele que adquire e remunera o acesso aos serviços de telecomunicações prestados, ou seja, possibilitando que determinada pessoa natural ou jurídica, ao custear o serviço para uso próprio ou por outras pessoas indeterminadas, tenha acesso aos respectivos dados diretamente na condição de consumidor.

A questão da proteção dos dados digitais ganhou densidade e contornos mais explícitos a partir do advento do Marco Civil da Internet - MCI (Lei n.º 12.965/2014) e da Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD (Lei n.º 13.709/2018), de modo a indicar verdadeira superação do entendimento até então predominante na jurisprudência em relação às balizas de aplicabilidade dos direitos fundamentais supracitados. Foram criados inequívocos deveres jurídicos aos provedores de conexão e de acesso a aplicações de internet, bem como aos que façam o tratamento de dados pessoais na condição de pessoa natural ou jurídica. Em que pesem as múltiplas implicações jurídicas e celeumas decorrentes das disposições contidas nos dois marcos normativos supracitados, que desbordam para aspectos relacionados à moderação e responsabilidade por conteúdo divulgado por terceiro – perfil ou usuário – em redes sociais,⁹² bem como sobre o tratamento de

⁹¹ “Art. 72. Apenas na execução de sua atividade, a prestadora poderá valer-se de informações relativas à utilização individual do serviço pelo usuário. § 1º A divulgação das informações individuais dependerá da anuência expressa e específica do usuário. § 2º A prestadora poderá divulgar a terceiros informações agregadas sobre o uso de seus serviços, desde que elas não permitam a identificação, direta ou indireta, do usuário, ou a violação de sua intimidade”.

⁹² Em tal sentido vale realçar que o MCI ainda prevê em seu art. 19 que: “[...] o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. § 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal. § 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais. § 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação”.

dados pessoais sensíveis para o exercício regular de direitos em processo judicial,⁹³ o foco deste estudo se direcionará para a análise dos deveres de guarda e exibição de tais dados digitais.

Em tal sentido, cumpre pontuar que os arts. 13 e 15 do MCI trazem regramento específico no que concerne ao período de guarda dos registros de conexão e de acesso às aplicações de internet, contemplando exclusivamente o dever de guarda em ambiente controlado e de segurança pelo prazo de 1 (um) ano para os registros de conexão e de singelos 6 (seis) meses para as aplicações de internet. Trata-se, no último caso, de período que inclusive se coaduna com o prazo fixado no art. 38 do Código de Processo Penal – CPP para fins de exercício do direito de queixa ou de representação pelo ofendido. Como se verifica, tal período é relativamente curto quando cotejado, por exemplo, com o prazo de prescrição das pretensões condenatórias relativas aos créditos trabalhistas típicos (art. 7º, XXIX, CRFB/88), e denota, no mínimo, a duvidosa legalidade de se exigir dos responsáveis por tal guarda a imediata exibição de informações relativas a período pretérito superior ao fixado no MCI. Apesar do modelo processual civil inequivocamente fixar que “ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade” (art. 378 do CPC/15), há regramento específico que regulamenta a exibição de documento ou coisa por terceiro ao longo do procedimento. Em tal regramento se estabelece que o juiz apenas não admitirá a recusa se “o requerido

tiver obrigação legal de exhibir” o respectivo documento (art. 399, I, do CPC/15), bem como se pontua que a parte ou terceiro se escusam da exibição em juízo se “houver disposição legal que justifique a recusa” (art. 404, VI, do CPC/15). Assim, eventual recusa de exibição por ausência do dever jurídico de guarda dos dados digitais relativos a período pretérito superior ao fixado no MCI,⁹⁴ contado da data da ordem judicial, não seria manifestamente injustificada. Aliás, do ponto de vista sistêmico e lógico, tal conduta sequer permitiria, por exemplo, a aplicação de medidas indutivas em face do terceiro (art. 139, IV, do CPC/15), justamente por extrapolar os limites dos deveres de exibição e de cumprimento de ordem judicial.

Ultrapassada tal questão e avançando em relação especificamente à requisição ou determinação judicial, vale destacar que ela é minuciosamente prevista nos arts. 22 e 23 do MCI, nos seguintes termos:

“Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade: I -

⁹³ Como já destacamos em outro estudo tratando da publicidade processual, a partir artigo 11, inciso II, alínea b, da LGPD é plenamente possível o tratamento de dados pessoais sensíveis para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, independentemente de consentimento do titular e sem exigência expressa da adoção de técnicas de anonimização (CASTRO, Ítalo Menezes de; VEGAS JÚNIOR, Walter Rosati. **O princípio da publicidade, o direito processual do trabalho e os meios eletrônicos**. In: NUNES, Dierle José Coelho; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (org.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021, p. 431).

⁹⁴ “APELAÇÃO CÍVEL. MARCO CIVIL DA INTERNET. FORNECIMENTO DE REGISTROS DE ACESSO A APLICAÇÕES. Ação de obrigação de fazer. Sentença de parcial procedência, a fim de condenar o provedor de aplicação a inviabilizar acesso aos links fornecidos pela autora, bem como a fornecer os dados cadastrais dos administradores das contas responsáveis pelas publicações indicadas pela requerente, no prazo de 10 dias, sob pena de multa. Insurgência da ré. Preliminar de nulidade da sentença afastada. Alegação de impossibilidade de cumprir a obrigação quanto a uma das URLs descritas, vez que o perfil foi deletado em setembro de 2020, já tendo sido ultrapassado o prazo a que estava obrigada a armazenar e fornecer registros. Acolhimento. Marco civil da internet que prevê a obrigatoriedade da manutenção dos dados de acesso dos usuários por 06 meses (art. 15 da Lei 12.965/2014). Precedentes. Demanda que foi ajuizada muito após o prazo legal. Caso em que, ademais, o perfil já havia sido excluído pelo próprio usuário na ocasião de citação da ré, momento em tomou ciência da pretensão do usuário no fornecimento do registro. Sentença reformada apenas para afastar a condenação da ré em fornecer os dados cadastrais da mencionada URL. RECURSO PROVIDO.” (v. 38577). (TJSP, Apelação Cível 1016907-96.2019.8.26.0477; Relator (a): Viviani Nicolau; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Praia Grande - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/02/2022; Data de Registro: 15/02/2022).

fundados indícios da ocorrência do ilícito; II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros.

Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.”

Considerando o disposto no *caput* do artigo 22 do MCI denota-se que tal requisição será realizada a partir de provocação da “parte interessada” na produção de conjunto probatório em processo judicial, medida habitualmente tomada por aquele que, em tese, foi alvo de alguma espécie de ofensa ou lesão por conteúdo disseminado a partir de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. Tal perspectiva se reforça com a singela e atenta leitura da seção anterior do MCI, a qual trata justamente da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, como se verifica dos artigos 18 a 21. Infelizmente não é incomum que, em razão de características próprias da rede mundial de computadores, ocorra a eventual prática de ofensa à honra ou disseminação de conteúdo lesivo por meio de perfil ou usuário, sem a possibilidade de imediata e completa identificação do responsável. Logo, seria imprescindível o pronto acesso aos respectivos registros para os fins de individualização da pessoa – natural ou jurídica – e eventual responsabilização, seja no campo cível ou penal.⁹⁵ Por isso, como já afirmamos em outra serra, parece adequado concluir que tal requisição possa também ser veiculada no processo do trabalho, pois o legislador ordinário não pretendeu afastar a possibilidade de tal requisição integrar o acervo probatório daquele.⁹⁶ A título meramente exemplificativo vale referir a hipótese de produção antecipada de prova, na forma do art. 381 do CPC/15, para eventual análise em futura demanda que tenha

por objeto a pretensão de reparação por ofensa aos direitos da personalidade, por ato decorrente da relação de trabalho e diante do que prevê o art. 114, VI, da CRFB/88.

Todavia, isso não permite que se conclua que tal requisição possa ocorrer de forma indiscriminada, para além dos limites relativos aos denominados registros de conexão/acesso e de maneira incidental em todos os processos trabalhistas, o que se reforça a partir do que estabelece o parágrafo único do art. 22 do MCI. Referido dispositivo elenca verdadeiros requisitos para o requerimento de acesso aos respectivos registros, quais sejam: “I - fundados indícios da ocorrência do ilícito; II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros”.

Embora a premissa de busca pelo melhor elemento de prova seja correta em termos epistêmicos,⁹⁷ isso não significa que seja sempre admissível juridicamente, especialmente a luz das válidas opções do legislador ordinário no sopesamento de todos os valores envolvidos dentro de determinado modelo de sociedade. Ainda que os dois últimos requisitos legais contidos no parágrafo único do art. 22 do MCI não exijam grandes dificuldades para especificação em uma determinada demanda trabalhista, pois o período dos registros pertinentes é de fácil identificação a partir dos limites da causa de pedir (tempo do contrato de trabalho ou da questão controvertida) e a motivação da utilidade do acesso tenha relação direta com o que se pretende provar (ideias de pertinência e relevância), não se pode ignorar o primeiro e principal requisito da regra aqui analisada, qual seja, a indicação de fundados indícios da ocorrência do ilícito.

Tal situação factual se apresenta mais evidente, por exemplo, diante de uma publicação ofensiva em rede social, ocasião na qual se faz pertinente apurar a autoria e responsabilidade pelo perfil ou usuário, já que a própria publicação já pode constituir o indício de prática de um ilícito, normalmente de uma das espécies de crimes contra a honra (arts. 138 a 140 do CP). De qualquer sorte, seria de maior dificuldade quando se cogita de mera divergência, por exemplo,

⁹⁵ “a possibilidade de identificação do responsável por meio dos dados de tráfego é limitada a direção de IP, v.g., permite apenas revelar o computador utilizado, fator que pode não se mostrar suficientemente elucidativo se consideradas as possíveis variações no uso de um número de IP (denominado IP dinâmico) ou o uso de ferramentas de navegação anônima. Ademais, se o identificado for parte de uma rede de acesso à internet, imprescindível a obtenção de dados das pessoas que utilizem a rede local” (GUARDIA, Gregório Eduardo Raphael Selingardi. **Comunicações eletrônicas e dados digitais no processo penal**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 117).

⁹⁶ VEGAS JÚNIOR, Walter Rosati. **Prova no processo do trabalho**: das influências dos avanços tecnológicos e sua utilização no direito trabalhista. Curitiba: Juruá, 2017, p. 137.

⁹⁷ Para uma análise profunda da ideia de melhor prova ver NANCE. Dale. A. The best evidence principle. In: **Iowa Law Review**. Iowa City: UISL, 1988, v. 73.

sobre o tempo à disposição em favor do empregador ao longo do contrato de trabalho ou em relação ao comparecimento ou não do empregado em determinado dia ao trabalho. Mesmo que se dê ao termo ilícito interpretação ampla, no sentido de não se confundir apenas com as infrações penais, é oportuno questionar, por exemplo, sobre qual seria a infração do usuário do serviço de telefonia que circunstancialmente é parte em um processo trabalhista no qual postula horas extras, bem como quais seriam os fundados indícios a partir dos quais se justifica a determinação judicial para acesso a tais informações sobre os exatos locais de registro de conexão e de acesso às aplicações da internet?

3. ACESSO AOS DADOS DE GEOLOCALIZAÇÃO, INICIATIVA PROBATÓRIA E PAPEL ESPERADO DO JUIZ

Diante do panorama normativo acima fixado e de algumas premissas já esboçadas dentro do estudo das disposições infraconstitucionais em relação aos dados de uso individual dos serviços de telefonia e registros de conexão às aplicações de internet, cumpre agora avançar para algumas considerações sobre o efetivo acesso a tais informações de maneira incidental no processo do trabalho, com especial enfoque na iniciativa probatória e no papel esperado do juiz em referidos procedimentos.

Como já foi acima especificado, nada impede que o próprio usuário obtenha, por meios próprios, os respectivos dados relacionados ao uso do serviço de telefonia e a sua geolocalização em determinado período de tempo, sendo que eventual resistência dos responsáveis legais pela guarda e exibição pode validamente ser analisada nas esferas próprias que buscam pacificar eventuais conflitos decorrentes das relações de consumo ou até mesmo com intervenção judicial a partir, por exemplo, do procedimento de produção antecipada de prova. Não é incomum, inclusive, que por meio de seus próprios aparelhos celulares (*smartphones*) os respectivos titulares do bem móvel ou usuários de serviços de aplicativos compartilhem e autorizem – expressa ou tacitamente – o acesso a tais informações relacionadas ao momento e local em que estiveram ao longo de determinado período de tempo do dia. Tais situações denotam a clara possibilidade de que os respectivos dados eventualmente já sejam apresentados voluntariamente nos momentos próprios de produção

de provas documentais, aqui entendida a ideia de documento em sentido amplo e que não necessariamente se vincula a um suporte cartáceo. Logo, invariavelmente caberá ao juiz a respectiva valoração de tais elementos de prova para os fins pretendidos, em cotejo com todos os demais produzidos.

Diante desse cenário é plenamente pertinente a preocupação e adequação de iniciativas administrativas do Tribunal Superior do Trabalho – TST e da respectiva Escola Nacional da Magistratura – ENAMAT para a nova realidade digital de nossa sociedade, pois os efeitos de tal realidade no campo probatório são inexoráveis e demandam constante atualização dos sujeitos processuais e, por conseguinte, do próprio juiz.

De qualquer sorte, tais considerações não autorizam, ao arrepio dos limites constitucionais e legais, principalmente sem o consentimento – expresso – do titular dos dados, que se proceda à devassa dos movimentos realizados ao longo da vivência em sociedade por alguém que portava aparelho celular com acesso à internet para fins, por exemplo, de apuração da sua provável jornada de trabalho. Não há dúvidas de que há uma relação teleológica entre prova e verdade,⁹⁸ sendo que a melhor demonstração possível daquilo que ocorreu no mundo fenomênico, por meio das mais diversas provas produzidas em contraditório, permanece sendo um importante fator de legitimação para o próprio Direito enquanto ciência. Todavia, tal premissa não permite que se desconsiderem os meios adotados ou outros valores constitucionais de elevada relevância, sendo de pouca valia um ideal exclusivamente utilitarista, pois os meios utilizados também são importantes para legitimar os fins a serem alcançados em dada sociedade. É preciso que o juiz, ao eventualmente ser provocado para a produção de determinado meio de prova, analise a pertinência, relevância e também a respectiva admissibilidade da prova perante o ordenamento jurídico.⁹⁹ Assim como ocorre no âmbito de pesquisas científicas e também em outros contextos investigativos, existem limites decorrentes de outros valores consagrados como de maior envergadura em cada campo do conhecimento ou de atuação humana, o que fica ainda mais evidente quando se cogita do exercício de parcela de poder em um Estado Democrático de Direito, como aquele albergado na CRFB/88.

⁹⁸ “Há uma relação teleológica entre prova e verdade, de modo que a verdade se configura como o objetivo institucional a ser alcançado mediante prova” (BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova sem convicção** – Standards de prova e devido processo. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 19).

⁹⁹ Em se tratando de provas científicas menciona-se que o juiz deve atuar como verdadeiro *gatekeeper*, ou seja, na condição de responsável por selecionar os conhecimentos científicos que possuem legitimidade e confiabilidade para ingressar no processo (TARUFFO, Michele. La prova scientifica nel processo civile. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Vol. 59, Nº 4, 2005, p. 1088).

Nem mesmo as disposições relacionadas à iniciativa probatória do julgador (art. 765 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e art. 370 do Código de Processo Civil - CPC/15), independentemente de seu eventual caráter concorrente ou supletivo em relação às partes envolvidas, seriam capazes de justificar o acesso indiscriminado e ao arrepio dos limites legais analisados no tópico anterior. Em que pese o artigo 765 da CLT estabeleça a possibilidade do julgador determinar “qualquer diligência necessária ao esclarecimento” da causa, é evidente que tal regra não pode ser interpretada literalmente, mas sim de forma sistemática e em consonância com o modelo constitucional de processo, o qual, por exemplo, ainda consagra a vedação expressa ao uso da tortura (artigo 5º, III, da CRFB/88) e adota a dignidade da pessoa humana com um fundamento central do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, da CRFB/88). O juiz no desempenho de sua iniciativa probatória pode validamente determinar a exibição de documentos ou outras provas pertinentes e relevantes, mas não pode tudo e muito menos tem o condão de transformar um meio inadmissível em prova lícita, apenas por conta de sua iniciativa probatória. Em que pese exista corrente doutrinária que defende a necessária diferenciação entre a inidoneidade do resultado e a inadequação do meio adotado para fins de justificar, por iniciativa do juiz, excepcional admissão de provas ilícitas no processo civil,¹⁰⁰ não nos parece que esse seja o papel esperado juiz do trabalho em um Estado de Direito. Além disso, vale ressaltar que a CRFB/88 não trata de maneira substancialmente diferente a inadmissão de uma prova ilícita (artigo 5º, LVI, da CRFB/88) que deriva do uso de tortura (artigo 5º, III, da CRFB/88)

¹⁰⁰ “Se a prova foi obtida por meio ilícito, deveria competir exclusivamente ao magistrado determinar de ofício sua produção, se entender conveniente e necessário para evitar nova violação do ordenamento jurídico” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 159).

¹⁰¹ Nem se cogite que o artigo 13 da lei do processo judicial eletrônico (Lei 11.419/06) possa ser interpretado de maneira tão ampla a ponto de vulnerar as garantias fundamentais ou permitir o indiscriminado acesso aos dados digitais. A regra apenas fixa que o juiz “poderá determinar que sejam realizados por meio eletrônico a exibição e o envio de dados e de documentos necessários à instrução do processo”, ou seja, trata do meio – digital – de produção da prova e nada dispõe sobre a ideia de ampla admissibilidade. No mesmo sentido é o que se denota da previsão contida no art. 7º, VI, da LGPD, que apenas admite o tratamento de dados pessoais para o “exercício regular de direitos em processo judicial”, ou seja, nada dispõe especificamente quanto à forma de acesso e requisição de tais dados, bem como não autoriza qualquer devassa indiscriminada em dados oriundos de equipamento privado.

daquela obtida por meio de interceptação telefônica sem autorização judicial (artigo 5º, XII, da CRFB/88), ao menos para fins de condenação em processo penal, o que denota que a iniciativa do juiz, por si só, em nada afeta ou modifica o tema da admissibilidade da prova.¹⁰¹

Nem se cogite aqui de qualquer possível analogia entre as testemunhas e as respectivas ERB's ou sistemas digitais de acesso aos aplicativos, como se eles pudessem atuar na condição de objetos – físicos ou digitais – que presenciam aspectos factuais pertinentes e relevantes para determinada causa, até pelas distinções muito claras entre aqueles e as pessoas naturais, bem como pela necessária limitação do uso de provas anômalas, ou seja, das provas típicas sem observância dos requisitos legais. Como a CLT estabelece, por exemplo, que as partes e testemunhas serão inquiridas em audiência (art. 820), não se pode concluir que a apresentação de singela declaração manuscrita assinada pelas partes ou testemunhas presenciais tenha ampla aceitação e idêntica valoração ao de um testemunho em juízo,¹⁰² o que em alguma medida se aplica à informação obtida de uma ERB, que é claramente uma prova digital ou documento em sentido amplo, e não uma espécie de prova testemunhal.

Não se pode ignorar a existência de ao menos alguma expectativa de privacidade do usuário em relação aos movimentos diários próprios com seu respectivo aparelho celular, ou seja, aquele equipamento de uso particular.¹⁰³ É razoável ao menos estabelecer um paralelo com aquilo que há algum tempo já foi utilizado pela jurisprudência para tratar, por exemplo, da admissibilidade do acesso pelo empregador às mensagens encaminhadas por meio de endereço eletrônico (e-mail) corporativo,

¹⁰² A exigência especialmente de um contraditório efetivo e simultâneo na produção de provas orais “decorre do valor heurístico do contraditório, como um eficiente mecanismo para a busca da verdade” (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 199), o que não pode ser abandonado por força de aspectos lógicos e ideológicos que permeiam o modelo processual.

¹⁰³ Em sentido contrário ver ALBINO, João Pedro Donaire; LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de. Técnicas de captura de geolocalização para produção de prova judicial. **Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas**. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 216-233, jan./jun. 2022 e DUPLAT FILHO, Luiz Evandro Vargas. **As provas digitais e o operador do Direito do século 21**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2021-nov-08/duplat-filho-provas-digitais-operador-direito-seculo-21]. Acesso em: 01 jun. 2024.

particularmente a partir do que se tinha consolidado a título de proteção do conteúdo das mensagens e do processo comunicativo.¹⁰⁴ Logo, seria válido cogitar de inexistência de tal expectativa apenas quando do uso de ferramentas ou equipamentos fornecidos pelo empregador para o desempenho da função e execução do contrato de trabalho, como eventual celular corporativo, cartão com acesso a crédito para abastecimento de veículo e outros dispositivos fornecidos para atividades profissionais. Aqui não se cogita propriamente de qualquer vulneração a direitos fundamentais, especialmente quando é dada ciência ao respectivo usuário sobre a possibilidade de tratamento dos dados, na forma dos arts. 7, *caput* e inciso V, da LGPD.¹⁰⁵

O que não se espera, ao menos dentro do campo probatório e do modelo processual vigente, é que se utilize a figura do juiz para se legitimar a vulneração de garantias constitucionais e até mesmo para mera conveniência daquele que habitualmente já faz o tratamento de dados pessoais ou tenha a condição de fazê-lo. Como já foi acima apontado, não é incomum na atualidade que as partes obtenham o acesso a tais dados digitais antes do ajuizamento da demanda e subsidiem a suas manifestações com elementos de provas digitais capazes de corroborar as suas afirmativas ou minimamente desconstruir narrativas insinceras da parte contrária. Como se verifica, não se cuida aqui de congelar o processo no tempo ou mesmo se trata de consagrar o mundo analógico em

detrimento do mundo digital, mas sim de se adequar importante mecanismo de solução de controvérsias ao devido processo legal. Não se legitimam, ao menos em tese, medidas utilitaristas ou sorrateiras que não se coadunam com os limites legais, ainda que por iniciativa do juiz responsável pela condução da instrução processual. Em tal sentido, o próprio modelo processual já prevê válidos mecanismos para coibir eventuais abusos das partes que apresentarem afirmações manifestamente insinceras, como se depreende, por exemplo, da atual previsão do art. 844, §4º, inciso IV da CLT no sentido de que, mesmo diante da revelia, não haverá confissão – ficta – quando “as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos”, bem como dos já conhecidos mecanismos de sanção por litigância de má-fé, na forma atualmente prevista nos arts. 793-B e 793-C da CLT.

O tema é por demais palpitante e ostenta múltiplos desdobramentos para além dos estreitos limites do que aqui se pretendeu destacar sobre o papel do juiz na admissibilidade do acesso à geolocalização de usuários de dispositivos eletrônicos. Já existem, ao menos no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho,¹⁰⁶ análises jurisprudenciais de tal fenômeno, sendo que já houve o reconhecimento de verdadeira ofensa ao sigilo telemático e privacidade do usuário na requisição de dados de geolocalização para “suprir” prova da

¹⁰⁴ Consoante se depreende do trecho de seguinte ementa extraída de julgado tratando de correio eletrônico corporativo e que foi oriundo da 1ª Turma do TST: “[...] Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em e-mail corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento” (TST, RR-61300-23.2000.5.10.0013, 1ª Turma, Relator Ministro Joao Oreste Dalazen, DEJT 10/06/2005).

¹⁰⁵ Ainda que em outro contexto, são valiosos os ensinamentos da doutrina quanto aos limites de proteção da cláusula de sigilo das correspondências (Art. 5º, XII, CRFB/88), notadamente quando se destaca que “a utilização de meio de comunicação que de antemão se sabe não ser reservado e estar sujeito a fiscalização impede que se invoque a proteção conferida à intimidade. Há consentimento à quebra da intimidade, que atua como pré-excludente de ilicitude, independentemente de prévia autorização judicial. Quem envia mensagem em cartão postal, por exemplo, não pode queixar-se de haver sido ela lida” (MALLETT, Estêvão. Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 104, p. 199-226, 2009, p. 205).

¹⁰⁶ Há ao menos uma decisão monocrática sobre o tema no âmbito do TST, a qual foi proferida em liminar concedida no recurso ordinário em mandado de segurança nos autos de n.º 1003410-04.2022.5.02.0000. Na ocasião, entre outras premissas, fixou-se que “a produção de prova digital sobre a geolocalização da empregada, ora recorrente, nos moldes em que deferida pelo Juízo da 88ª Vara do Trabalho de São Paulo/SP, ainda que realizada sob a proteção do segredo de justiça, importaria acesso aos dados e às informações de natureza íntima e privada da parte, em evidente violação ao que preconiza a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD (Lei nº 13.709/2018)” (TST, Processo: 1003410-04.2022.5.02.0000, Rel. Min. Morgana de Almeida Richa, decisão monocrática, DJe 29/05/2023). Além disso, em recente decisão por maioria de votos nos autos do processo n.º 23218-21.2023.5.04.0000, a SDI-II do TST fixou que “a prova é adequada, necessária e proporcional e não viola o sigilo telemático e de comunicações garantido na Constituição Federal”. Disponível em <https://tst.jus.br/-/tst-valida-geolocaliza%C3%A7%C3%A3o-como-prova-digital-de-jornada-de-banc%C3%A1rio>. Acesso em: 01 jun. 2024.

jornada de trabalho,¹⁰⁷ como se depreende da seguinte ementa:

"DADOS DE GEOLOCALIZAÇÃO. REQUISIÇÃO. OFENSA AO DIREITO AO SIGILO TELEMÁTICO E À PRIVACIDADE. Embora a prova digital da geolocalização possa ser admitida em determinados casos, ofende direito líquido e certo ao sigilo telemático e à privacidade, a decisão que determina a requisição de dados sobre horários, lugares, posições da impetrante, durante largo período de tempo, vinte e quatro horas por dia, com o objetivo de suprir prova da jornada a qual deveria ser trazida aos autos pela empresa. Inteligência dos incisos X e XII do art. 5º da CR (TRT da 3.ª Região; PJe: 0011155-59.2021.5.03.0000 (MS); Disponibilização: 04/11/2021, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 939; Órgão Julgador: 1a Seção de Dissídios Individuais; Relator: Marco Antonio Paulinelli Carvalho)"

O Superior Tribunal de Justiça - STJ, embora já tenha reputado que a "identificação de usuários que operaram em determinada área geográfica, suficientemente fundamentada, não ofende a proteção constitucional à privacidade e à intimidade",¹⁰⁸ a partir da aplicabilidade no caso concreto dos postulados da razoabilidade e da

proporcionalidade por parte do juiz condutor da instrução, assim o faz habitualmente em casos de investigação criminal e também condicionando o acesso aos dados digitais à inexistência de "outra medida possível para se desvendar o crime".¹⁰⁹ Ocorre que a elucidação de crime de homicídio não se equipara ao tratamento processual e amplitude probatória aplicável a um processo trabalhista, particularmente daquele que trata de discussão sobre jornada de trabalho e data de admissão de um empregado. O ordenamento pátrio já indica para tal conclusão a partir do que está previsto, por exemplo, em relação à interceptação telefônica já referida em tópico acima. A utilização da geolocalização do usuário como elemento de prova em processos judiciais ainda não foi minuciosamente analisada no plenário do STF,¹¹⁰ sendo que merece destaque o acompanhamento do julgamento a ser proferido no recurso extraordinário n.º 1.301.250-RJ, por meio do qual já houve o reconhecimento da "repercussão geral" prevista no §3º do art. 102 da CRFB/88 e fixação do tema 1148 sobre os "limites para decretação judicial da quebra de sigilo de dados telemáticos, no âmbito de procedimentos penais, em relação a pessoas indeterminadas", bem como em relação à conclusão do julgamento conjunto das ADI

¹⁰⁷ Em sentido contrário já decidiu a SDI-I do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, consoante se depreende da seguinte ementa: **"DADOS DE GEOLOCALIZAÇÃO. PROVA DA JORNADA DE TRABALHO. PROPORCIONALIDADE. VALIDADE.** A geolocalização é uma prova mais robusta que a prova testemunhal, pois as testemunhas podem se esquecer de fatos ou mesmo alterar a verdade dos fatos de forma deliberada. Frise-se que o ônus de juntar os controles de jornada é da empregadora, enquanto o de comprovar sua inidoneidade é da empregada e a prova seria para esclarecer os fatos, seja confirmando a tese da defesa, seja confirmando a tese da autora, de forma que a medida é adequada e necessária. Outrossim, quanto à exposição da privacidade da autora, o Juízo soube equilibrar os direitos em colisão, pois delimitou a exposição dos dados relativos apenas aos períodos em que a reclamante estaria no local de trabalho e determinou que os dados sejam colhidos por amostragem (três meses para cada ano trabalhado), de forma que a decisão impetrada é proporcional em sentido estrito e, portanto, válida. (TRT da 2ª Região; Processo: 1002734-56.2022.5.02.0000; Data: 26-04-2023; Órgão Julgador: SDI-1 - Cadeira 9 - Seção Especializada em Dissídios Individuais - 1; Relator(a): IVETE BERNARDES VIEIRA DE SOUZA)".

¹⁰⁸ STJ. RMS n. 61.302/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 26/8/2020, DJe de 4/9/2020.

¹⁰⁹ STJ, AgRg no RMS n. 68.487/PE, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 15/9/2022.

¹¹⁰ De qualquer sorte, vale referir que existem decisões monocráticas que já abordaram o tema, sendo de grande pertinência para os fins aqui pretendidos a menção aos seguintes trechos de voto do Min. Gilmar Mendes quando da análise de suposta ilegalidade da Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal - CPI da Pandemia: "[...] é discutível, ao menos em tese, a extensão do dever jurídico de provedores de aplicações de disponibilizarem o acesso a registros de conexão, dados de comunicação e conteúdos de comunicações privadas dos seus usuários. Ainda que entendamos que as aplicações de internet podem ser compelidas a conceder o acesso a esses dados para fins de instrução criminal quando houver ordem judicial expressa, remanesceria ainda a questão de saber se as Comissões Parlamentares de Inquérito também deteriam o poder investigativo de ordenar essa disponibilização[...]" e "[...] ao menos em um juízo de cognição sumária, parece de fato que o eventual afastamento do sigilo dos dados referenciados no Requerimento teria o potencial de gerar uma exposição bastante alargada da intimidade das pessoas naturais que estão por trás da pessoa jurídica. A partir dos dados colhidos, a CPI poderia acessar uma infinidade de conversas privadas, além de fotos, vídeos e áudios e dados de localizações geográficas, tudo "de 2018 até o presente", como o próprio Requerimento sugere [...]" (STF, MC em MS n. 38.189/DF, Min. Gilmar Mendes, julgado em 10/09/2021, DJe de 14/9/2021).

5527 e ADPF 403¹¹¹ que versam sobre os limites de alguns dos deveres jurídicos contidos no MCI.

Além de todas as premissas acima fixadas, não se pode olvidar também da devida contextualização e valoração dos respectivos dados digitais a partir de sua eventual disponibilização – de maneira espontânea ou após o cumprimento de requisição judicial – no processo do trabalho. Tal procedimento deverá ocorrer em conjunto com os demais elementos de prova e atentando-se para as garantias aplicáveis à instrução probatória, sem se cogitar necessariamente de qualquer espécie de primazia, até mesmo por não se tratar de elemento infalível e que justifique todas as ilações construídas a partir de um determinado dado digital. Não é demasiado relembrar que em algumas circunstâncias a decisão judicial fixando o uso do multicitado remédio – acesso à geolocalização – em nada contribuirá sensivelmente para o esclarecimento da discussão factual ou definição do enquadramento jurídico das questões submetidas ao juiz. É o que ocorre, por exemplo, com o acesso aos dados digitais oriundos do celular pessoal a partir do seu contato com específica ERB (Estação Rádio Base) indicando, por meios de ângulos de alcance da respectiva estação,¹¹² que o dispositivo permanecia nas proximidades de determinado estabelecimento do empregador após a jornada de trabalho. Tal cenário pode, em tese, acarretar pertinentes discussões sobre quem estava na posse do aparelho e especialmente em relação à ocorrência concreta de uma das hipóteses em que o empregado estaria “nas dependências da empresa para exercer atividades particulares”, na forma das situações contidas no §2º do atual art. 4º da CLT. Além disso, a mera localização do empregado nas proximidades ou mesmo em sua própria residência também não é sempre incompatível com situação em que ele “esteja à disposição do empregador”, o que se verifica, por exemplo, quando exista regime de trabalho híbrido ou teletrabalho para todos aqueles que não prestam serviços exclusivamente por produção e tarefa, em consonância com os limites da controversa hipótese inserida no atual inciso III do art. 62 da CLT. No mesmo sentido é o que pode ocorrer a partir de questão factual controvertida que se refira a evento ocorrido em data que ultrapassa os exíguos períodos fixados em lei (arts. 13 e 15 do MCI), o que acaba

limitando o dever jurídico de guarda dos registros de acesso a aplicações de internet.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações acima apresentadas e na perspectiva de construção de debate quanto ao tema central do presente estudo, pode-se concluir que os atuais limites constitucionais e infraconstitucionais indicam para verdadeira proteção da privacidade dos dados digitais oriundos da mera utilização de determinado dispositivo eletrônico de uso privado, sendo que as operadoras de telefonia e provedores de aplicativo possuem deveres jurídicos bastante limitados para se cogitar de tendência de ampla disseminação do uso da geolocalização como meio de prova no processo do trabalho. A previsão contida no atual art. 22 do MCI possui requisitos para franquear o acesso a terceiros dos registros de conexão e de aplicações da internet de determinado usuário, sendo que não trata especificamente da geolocalização e muito menos permite expressamente o seu uso como prova em processos judiciais. Não se pode olvidar da exigência de indicação na decisão judicial dos “fundados indícios da ocorrência do ilícito” (inciso I do parágrafo único do art. 22), razão pela qual há ao menos elevada carga argumentativa a ser observada pelo juiz do trabalho quando estiver diante de discussão que envolva elucidação da jornada de trabalho ou da data de admissão do empregado. Existe até mesmo grande dificuldade de formação ao menos de um juízo indiciário de ilicitude antes da colheita de outras provas sobre os temas acima referidos, de modo a indicar que apenas após colhidos os meios tradicionais de prova é que se poderia chegar a tal cognição. Tal ilicitude não pode ser presumida a partir da mera alegação ou conveniência de uma das partes que optou pela não instituição válida de controle de ponto (art. 74 da CLT), de modo a ser paradoxal que o suposto autor de um ilícito trabalhista possua legitimidade para se valer da própria torpeza em juízo e requisitar dados digitais daquele que, a princípio, não incorreu exatamente nas hipóteses fixadas para o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet. A análise sistemática do MCI indica que a menção ao termo

¹¹¹ Oportuno pontuar que o julgamento no STF da ADPF foi suspenso em 28/05/2020. O Min. Edson Fachin, na condição de relator, já proferiu voto no sentido de “declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto tanto do inciso II do art. 7º, quanto do inciso III do art. 12 da Lei 12.965/2014, de modo a afastar qualquer interpretação do dispositivo que autorize ordem judicial que exija acesso excepcional a conteúdo de mensagem criptografada ponta-a-ponta ou que, por qualquer outro meio, enfraqueça a proteção criptográfica de aplicações da internet”.

¹¹² “As antenas ERB podem alcançar até um raio de 1 a 2 km, sendo possível precisar uma região em que o usuário está dentro do ângulo de alcance de uma antena ERB (ângulo chamado de Azimute)” (ALBINO, João Pedro Donaire; LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de. Técnicas de captura de geolocalização para produção de prova judicial. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 216-233, jan./jun. 2022, p. 228).

“ilícito”, contida no enunciado do inciso I do parágrafo único do art. 22, relaciona-se a algo mais próximo de ilícito criminal ou equivalente, ou seja, não se coaduna com a mera divergência de afirmações de partes e testemunhas no processo do trabalho. Em que pese inequivocamente o juiz possua iniciativa probatória no processo do trabalho, a conduta de referido agente político ainda está adstrita aos limites e valores do ordenamento jurídico pátrio, sendo que deve sopesar todas as regras de inadmissibilidade probatória e considerar os exatos limites dos deveres jurídicos impostos às partes e aos terceiros. O acesso indiscriminado a tais dados digitais de geolocalização de usuários privados, ao arrepio dos limites infraconstitucionais, não se apresenta como compatível com o papel esperado do juiz em nosso modelo processual. Já em sede de conclusão, é imperioso pontuar que muitas vezes os próprios envolvidos na condição de usuários e titulares de determinado dispositivo eletrônico já terão amplo acesso ao conteúdo de tais dados e poderão, ao menos em tese, apresentá-los voluntariamente em juízo. Por fim, ainda que se cogite da aplicação dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade da medida de quebra do sigilo telemático ou dos respectivos dados de geolocalização, em verdadeira e discutível nova ponderação de valores no caso concreto e para além dos limites do art. 22 do MCI, cumpre pontuar que se apresenta bastante frágil a premissa de existência de proporcionalidade em sentido estrito na decisão do juiz do trabalho que determine a exibição de dados digitais de geolocalização oriundos de dispositivos eletrônicos de uso pessoal das partes e testemunhas.¹¹³

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBINO, João Pedro Donaire; LIMA, Ana Cláudia Pires Ferreira de. **Técnicas de captura de geolocalização para produção de prova judicial**. *Revista Direito das Relações Sociais e Trabalhistas*. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 216-233, jan./jun. 2022. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Provas atípicas e provas anômalas**: inadmissibilidade da substituição da prova testemunhal pela juntada de declarações escritas de quem poderia ser testemunha. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ,

2005. p. 344.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prova sem convicção** – Standards de prova e devido processo. Tradução Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em rede (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v.1.)*. Atualizado para 6ª edição. Tradução Roseneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e terra, 1999

CASTRO, Ítalo Menezes de; VEGAS JÚNIOR, Walter Rosati. **O princípio da publicidade, o direito processual do trabalho e os meios eletrônicos**. In: NUNES, Dierle José Coelho; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (org.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2021.

CORDEIRO, Allan Rangel. **Localização Geográfica Através de Aparelho Celular**. Universidade Federal do Paraná. s/d. Disponível em <https://www.eletrica.ufpr.br/ufpr2/tccs/>. Acesso em 28 abr. 2022.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

DUPLAT FILHO, Luiz Evandro Vargas. **As provas digitais e o operador do Direito do século 21**. Disponível em: [<https://www.conjur.com.br/2021-nov-08/duplat-filho-provas-digitais-operador-direito-seculo-21>]. Acesso em: 28 abr. 2022.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, a. 1, n. 1, p. 77-90, out./dez. 1992.

GUARDIA, Gregório Eduardo Raphael Selingardi. **Comunicações eletrônicas e dados digitais no processo penal**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MALLET, Estêvão. *Apontamentos sobre o direito à intimidade no âmbito do contrato de trabalho*. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 104, p. 199-226, 2009.

¹¹³ “A última etapa da proporcionalidade, que consiste em um sopesamento entre os direitos envolvidos, tem como função principal justamente evitar esse tipo de exagero, ou seja, evitar que medidas estatais, embora adequadas e necessárias, restrinjam direitos fundamentais além daquilo que a realização do objetivo perseguido seja capaz de justificar” (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 175).

MOLINA, André Araújo. Por um processo do trabalho democrático. **Revista LTr**, São Paulo, a. 87, t. II, n. 12, p. 1439-1456, dez. 2023

NANCE, Dale. A. The best evidence principle. In: **Iowa Law Review**. Iowa City: UISL, 1988, v. 73.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Rodrigo Trindade de. WÜNSCH, Guilherme. **Reflexões sobre as possibilidades de uso da geolocalização no processo do trabalho**. In: KROST, Oscar; VIDIGAL, Viviane (org.). Mais direito, tecnologia e trabalho - vol. 2. Leme, SP: Mizuno, 2022.

TARUFFO, Michele. La prova scientifica nel processo

civile. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Vol. 59, Nº 4, 2005.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; TAMER, Maurício Antonio. **Provas no direito digital: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie** [livro eletrônico]. baseada na 2. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters, 2022.

VEGAS JÚNIOR, Walter Rosati. **Prova no processo do trabalho: das influências dos avanços tecnológicos e sua utilização no direito trabalhista**. Curitiba: Juruá, 2017.

OS EFEITOS DA PANDEMIA DA COVID-19 SOBRE A SAÚDE MENTAL DOS TRABALHADORES: CONSEQUÊNCIAS DAS MUDANÇAS NA FORMA DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL EM PERÍODO DE ISOLAMENTO SOCIAL

Helcio Luiz Adorno Júnior¹¹⁴

Romeu Toshiyuki Kajita¹¹⁵

INTRODUÇÃO

Ninguém poderia imaginar a avassaladora situação que seria gerada por vírus que ganhou proporções pandêmicas a partir do início de 2020: o novo coronavírus. Discussões instauraram-se quanto à sua origem, mas ficaram marcantes os efeitos devastadores causados à população mundial. De fácil contágio em razão da proximidade das pessoas, fez-se necessária a adoção de medidas para evitar sua propagação e conter o aumento do número de óbitos de infectados.

Em todos os meios sociais, da escola ao ambiente de trabalho, as medidas de isolamento precisaram ser colocadas em prática, por recomendações das autoridades sanitárias. Não se sabia, de início, a possível extensão dos danos que poderiam ser causados pelo novo coronavírus, porém as recomendações de cuidados passadas pelos estudiosos das ciências, especialmente infectologistas, eram alarmantes. As estatísticas que se seguiram, infelizmente, evidenciaram que os cientistas tinham razão, porque o número de infectados e de mortos crescia exponencialmente.

Para assegurar a manutenção da vida em sociedade, a tecnologia foi ferramenta eficaz, porque permitiu conciliar o estudo, o trabalho e as atividades empresariais com as necessárias medidas de isolamento social. A legislação brasileira já regulava o teletrabalho e outras medidas legislativas foram adotadas, em caráter emergencial, para aplicá-lo em prol do necessário distanciamento social.

Mostrar os efeitos da mudança repentina no exercício das atividades profissionais e empresariais com a adoção maciça do teletrabalho, como forma de contribuir para o isolamento social, sobre a saúde mental dos indivíduos, assim como dos decorrentes do posterior retorno às atividades presenciais, é o objetivo desta pesquisa.

2. BREVE ANÁLISE DOS MEIOS TELEMÁTICOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

O trabalho em domicílio, do qual o teletrabalho é versão mais contemporânea como espécie de trabalho a distância, é conceituado no artigo 83 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como aquele "executado na habitação do empregado ou em oficina de família, por conta de empregador que o remunere"¹¹⁶. O mais comum é sua execução no próprio domicílio do trabalhador, mas também pode ocorrer, sobretudo no teletrabalho, em escritórios montados pelo empregador a distância do estabelecimento empresarial, denominados telecentros (satélites, telecabanas e centros compartilhados) ou os trabalhos nômades (virtuais, turísticos e móveis), inclusive em âmbito transnacional¹¹⁷.

A Lei nº 12.551/2011 foi editada para regular com maior precisão o teletrabalho, mediante inserções no artigo 6º. da CLT, e reforçou a equivalência ao trabalho presencial quanto aos direitos trabalhistas. É entendido como modalidade de trabalho a distância ou de *home office*, para o qual contribuem significativamente as ferramentas de tecnologia de informação¹¹⁸.

Os primeiros relatos de trabalho em domicílio datam de 1962, quando foi instituído por empresa inglesa com a finalidade de reduzir a rotatividade de mulheres empregadas em serviços de programação¹¹⁹. Nos Estados Unidos, difundiu-se a partir da década de 1970, em contexto de recessão econômica decorrente da crise do petróleo, e foi incentivado pelo aumento de custos de transportes e de recursos energéticos, como forma de minimizá-los. Muitas empresas norte-americanas, como *Pacific Bell*, *IBM*, *Panasonic*, *AT&T*, *Travelers Corporation*,

¹¹⁴ Juiz Titular da 76ª. Vara do Trabalho de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho pela USP. Professor Universitário (h100374@trtsp.jus.br).

¹¹⁵ Médico Psiquiatra com Graduação e Residência Médica pela Unicamp. Membro da Sociedade de Medicina e Cirurgia de Campinas (romeu.kajita@gmail.com).

¹¹⁶ BRASIL. **Decreto nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em fevereiro de 2023.

¹¹⁷ HERNANDEZ, M. R. P. **Novas perspectivas das relações de trabalho: o teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

¹¹⁸ TEIXEIRA, T.. **Curso de direito eletrônico e processo eletrônico**: doutrina, jurisprudência e prática. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹⁹ STEIL A.V.; BARCIA R.M. Um modelo para análise da prontidão organizacional para implantar o teletrabalho. **Revista Administrativa**, 36(1):74-84, 2001.

Apple Computer, J.C. Penney e o próprio Estado da Califórnia aderiram ao trabalho remoto, denominando-o *telecommuting* ou *teleworking*¹²⁰. Estima-se que, em 1999, cerca de 50% das empresas daquele país permitiam o exercício do trabalho remoto em determinados setores de atividades¹²¹.

Pinsonneault e Boisvert¹²² relacionam três elementos fundamentais na definição de trabalho remoto: o uso de tecnologia da informação, a ligação com alguma empresa e o deslocamento do local de trabalho. Também distinguem os tipos de trabalho remoto quanto à espécie de prestação de serviços e o local de execução, mencionando, como exemplos, a possibilidade de trabalhar a partir de casa, os chamados escritórios satélites, os centros de trabalho comunitários e o trabalho móvel.

O citado artigo 6º. da CLT, ao dispor sobre o trabalho em domicílio, assegura todos os direitos trabalhistas aos seus exercentes, ressaltando-se as horas extras por se tratar de trabalho externo (artigo 62, inciso I, da CLT), devidas, porém, na hipótese de existência de meios indiretos de controles de horários de trabalho. A situação mais tradicional de trabalho em domicílio era a das costureiras, mas o advento da tecnologia permitiu a difusão para outras categorias profissionais, em especial com a utilização da rede mundial de computadores como ferramenta de comunicação¹²³.

A execução dos serviços em residência pelo trabalhador, como já se destacou, foi incentivada com o advento da Lei nº 12.551/2011, que incluiu o parágrafo único, no artigo 6º., da CLT, para dispor que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio”¹²⁴. Assim, ao lado do trabalho em domicílio, o teletrabalho passou a ser reconhecido formalmente pelo ordenamento jurídico brasileiro

como espécie de trabalho a distância e o *home office* é a expressão que o designa mais comumente, tendo os meios telemáticos como instrumentos característicos de execução¹²⁵.

A regulação da matéria foi feita pela Lei nº 13.467/2017, especialmente nos artigos 75-A e seguintes do capítulo II-A, Título II, da CLT. Ficou expresso que o uso de mecanismos de informática e de tecnologia de comunicação é essencial para a caracterização do teletrabalho. O artigo 75-C da CLT já permitia, no parágrafo primeiro, a alteração do regime presencial para o de teletrabalho por novo acordo entre os sujeitos do contrato e, no parágrafo segundo, facultou ao empregador determinar unilateralmente o retorno ao trabalho na empresa, desde que observe o prazo mínimo de quinze dias. O empregador não se exime da responsabilidade de propiciar meio ambiente de trabalho adequado à execução das tarefas no teletrabalho e da obrigação de orientar os empregados sobre as medidas de proteção à saúde, para o que devem firmar termo de responsabilidade, nos termos do artigo 75-E da CLT¹²⁶.

Pinsonneault e Boisvert¹²⁷ destacam, como pontos positivos do trabalho a distância, a diminuição do absenteísmo, o aumento do conforto, a fidelidade com a empresa, a possibilidade de manter os melhores profissionais, o aumento da produtividade, a redução de custos operacionais, a diminuição de pessoas no mesmo espaço físico, a maiores velocidades na resposta e flexibilidade organizacional pelo uso de novas tecnologias. Como aspectos negativos do trabalho remoto, os mesmos autores relacionam a menor sinergia organizacional, as restrições naturais para a fiscalização de sua execução, a maior preocupação com a segurança de dados e a dificuldade de avaliar os reais benefícios financeiros. Para Hernandez¹²⁸, as maiores vantagens do teletrabalho são a desnecessidade de

¹²⁰ PINSONNEAULT, A.; BOISVERT, M. The impacts of telecommuting on organizations and individuals. **Telecommuting and Virtual Offices**, p. 163-185, 2001.

¹²¹ FALCÃO, P. P. H. L.; SANTOS, M. DE F. DE S. O. Home office na pandemia do covid19 e os impactos na saúde mental. **Revista Brasileira de Psicoterapia**, v. 23, n. 2, 2021.

¹²² PINSONNEAULT, A.; BOISVERT, M. The impacts of telecommuting on organizations and individuals. **Telecommuting and Virtual Offices**, p. 163-185, 2001.

¹²³ ADORNO JÚNIOR, H. L. As novas modalidades contratuais de trabalho, o princípio do contrato realidade e a competência da Justiça do Trabalho. **Revistas Universitas**. 2019. Disponível em <https://www.revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/view/357>. Acesso em: fevereiro de 2023.

¹²⁴ BRASIL. Decreto nº 5.452, de 1º de maio de

1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em fevereiro de 2023.

¹²⁵ ADORNO JÚNIOR, H. L. As novas modalidades contratuais de trabalho, o princípio do contrato realidade e a competência da Justiça do Trabalho. **Revistas Universitas**. 2019. Disponível em <https://www.revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/view/357>. Acesso em: fevereiro de 2023.

¹²⁶ PRETTI, G.. **Teletrabalho na prática**. São Paulo: LTr, 2018.

¹²⁷ PINSONNEAULT, A.; BOISVERT, M. The impacts of telecommuting on organizations and individuals. **Telecommuting and Virtual Offices**, p. 163-185, 2001.

¹²⁸ HERNANDEZ, M. R. P. **Novas perspectivas das relações de trabalho: o teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

deslocamentos, a redução de custos de instalações e a inclusão de pessoas com deficiência, mas relaciona como desvantagens o prejuízo ao convívio familiar, social e à sindicalização, além da maior sujeição às doenças ocupacionais, como tendinite e irritação nos olhos.

A evolução dos recursos tecnológicos de informação contribuiu significativamente para o avanço do teletrabalho e o aumento das relações interpessoais a distância, não apenas no ambiente de trabalho, mas também na área da educação. Houve resultados positivos para a produção com a redução de custos e a forma remota de exercício do trabalho contentou os profissionais que residem em locais distantes, em razão da desnecessidade de deslocamento diário ao estabelecimento empresarial¹²⁹.

Referido cenário ganhou força no período da pandemia da covid-19 e serviu como meio eficaz de conciliar a manutenção da vida em sociedade e a necessidade de distanciamento entre as pessoas para se evitar a propagação do novo coronavírus.

3. O ISOLAMENTO SOCIAL E A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS E PROFISSIONAIS

A legislação brasileira, como visto, já permitia a regular adoção do teletrabalho, o que foi relevante para o enfrentamento dos efeitos da pandemia da covid-19. A prévia regulação legal do teletrabalho permitiu sua adoção maciça pelas empresas no período de isolamento social, para que as atividades econômicas fossem mantidas sem prejuízo do cumprimento das regras sanitárias de prevenção de contágio pelo novo coronavírus.

Outros diplomas legais foram editados para regular o trabalho e incentivar a adoção da modalidade remota no período de pandemia da covid-19, iniciando-se com a Lei Federal nº 13.979/2020 e o Decreto Legislativo nº 6/2020. A primeira considerou justificadas as faltas no trabalho presencial com risco de contágio, tanto no setor público quanto na iniciativa privada, e previu a possibilidade de responsabilização do empregador por falta de implementação de medidas preventivas (artigo 3º, §§ 3º e 4º). O segundo reconheceu,

oficialmente, o estado de calamidade pública e incentivou a adoção do trabalho remoto para proteger a saúde dos trabalhadores¹³⁰.

Com idênticos propósitos, foram editadas a Medida Provisória nº 927/2020, para permitir o teletrabalho por acordo celebrado diretamente entre o empregado e o empregador, a antecipação de férias, feriados e a utilização de saldo de banco de horas para folgas e afastamentos (artigo 4º.), e a Medida Provisória nº 936/2020, que criou o benefício emergencial de preservação de emprego e renda, para vigorar por prazo determinado. Esta última, posteriormente convertida na Lei nº 14.020/2020, permitiu a redução proporcional de horários e salários, bem como a suspensão de contratos de trabalho para que os empregados auferissem referido benefício emergencial do Governo Federal. No entanto, ressaltou que a manutenção do trabalho na modalidade remota descaracterizaria a suspensão contratual e reverteria ao empregador o encargo da remuneração dos trabalhadores¹³¹.

Em 2021, ainda com o propósito de incentivar o distanciamento social, a Medida Provisória nº 1.045 restabeleceu o benefício emergencial, mediante suspensão contratual, e a permissão para se celebrar acordo individual de redução de horas de trabalho e de salário. Foi seguida pela Medida Provisória nº 1.046/2021, que flexibilizou a legislação trabalhista para autorizar a adoção do trabalho a distância mediante notificação prévia no prazo de quarenta e oito horas ao empregado, na linha da Medida Provisória nº 927/2020. Também renovou o permissivo para antecipação de férias e previu estabilidade no emprego por período igual ao de pagamento do benefício emergencial, assim como previu a Medida Provisória nº 936/2020¹³².

As medidas legislativas acima referidas tiveram conteúdo emergencial e se destinaram a reger as relações de trabalho durante o período de pandemia do novo coronavírus. Visaram minorar seus efeitos negativos à sociedade, incentivando a adoção de medidas de distanciamento social que permitissem manter as atividades empresariais sem prejuízo do respeito às regras de natureza sanitária, entre as quais o trabalho remoto.

¹²⁹ ADORNO JÚNIOR, H. L.; MUNIZ, R. Os reflexos da implantação do processo eletrônico sobre a saúde mental de seus sujeitos. **Revista Universitas**. 2016. Disponível em <https://revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/view/233/0>. Acesso em: fevereiro de 2023.

¹³⁰ ADORNO JÚNIOR, H. L.; ABREU, N.; ZAMBELI, M. S. I.,. As medidas de proteção à saúde dos empregados, em especial das gestantes, no contexto da pandemia da covid-19. **Revista Universitas**. 2022. Disponível em <https://revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/view/525>. Acesso em: fevereiro de 2023.

¹³¹ ADORNO JÚNIOR, H. L.; ABREU, N.; ZAMBELI, M. S. I.,. As medidas de proteção à saúde dos empregados, em especial das gestantes, no contexto da pandemia da covid-19. **Revista Universitas**. 2022. Disponível em <https://revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/view/525>. Acesso em: fevereiro de 2023.

¹³² ADORNO JÚNIOR, H. L.; ABREU, N.; ZAMBELI, M. S. I.,. As medidas de proteção à saúde dos empregados, em especial das gestantes, no contexto da pandemia da covid-19. **Revista Universitas**. 2022. Disponível em <https://revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/view/525>. Acesso em: fevereiro de 2023.

4. A SAÚDE MENTAL DOS TRABALHADORES EM PERÍODO DE ISOLAMENTO SOCIAL E NO RETORNO ÀS ATIVIDADES PRESENCIAIS

A pandemia da covid-19 trouxe significativo impacto na saúde mental da população mundial, não somente pelas bruscas mudanças na forma de relacionamento entre as pessoas, mas sobretudo em função do receio de contágio por doença que vinha causando número elevado de mortandade. Os casos de transtornos ansiosos e de transtornos depressivos aumentaram 25,6% e 27,6%, respectivamente, com registros de maior incidência entre jovens e mulheres¹³³. A exaustão do trabalho dos profissionais da saúde, que se desdobraram para atender os pacientes contaminados pelo novo coronavírus e se depararam com a falta de insumos e equipamentos eficazes para o exercício de suas funções, trouxe maior risco de depressão e, em última instância, ideias de suicídio.

Como não poderia deixar de ser, os serviços de saúde mental, tanto públicos quanto privados, sofreram forte impacto na capacidade de atendimento básico, com o aumento repentino da demanda. A situação foi parcialmente mitigada pela disseminação da prática da telemedicina, porém o agravamento da dificuldade de acesso aos serviços de saúde mental é visível na atualidade, em especial na rede pública de atendimento¹³⁴. Os fatores que possivelmente aumentaram os números de casos de transtornos ansiosos e de transtornos depressivos foram o isolamento social, a solidão e as condições psiquiátricas pré-existentes, além do medo de contrair o coronavírus, a perda de entes queridos, as mudanças nos relacionamentos interpessoais, nas rotinas de trabalho e as preocupações financeiras¹³⁵.

A pandemia da covid-19 demandou a adoção de

protocolos sanitários profiláticos e modificações na forma tradicional de convivência social¹³⁶. No ambiente empresarial, como já se frisou, houve maior difusão do teletrabalho, como foi constatado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) por pesquisa PNAD de setembro de 2020, ao registrar o número de 7,9 milhões de trabalhadores remotos¹³⁷.

Constataram-se índices de maiores produtividade e qualidade do trabalho, embora os efeitos do teletrabalho não tivessem sido medidos anteriormente a partir de dados mais robustos, e se apontou a necessidade de organizá-lo para que não interferisse em assuntos familiares. Empresas como a IBM e AT&T chegaram a reduzir em 55% os custos com a adoção do teletrabalho em 1990 e os trabalhadores apontaram, como efeitos benéficos, a economia do tempo de deslocamento, a melhor possibilidade de superar situações de estresse e de equilibrar as vidas pessoal e profissional, bem como a maior satisfação pessoal¹³⁸.

Estudo realizado com trabalhadores do *German Union of Bank Employees* apontou, como impactos negativos do trabalho remoto, a mais frequente sobrecarga de serviço, as sensações de invasão da vida pessoal, de perda de confidencialidade e de falta de *feedback* adequado, além do incômodo com a falta de contato social. Sustenta-se que os impactos negativos do trabalho remoto não derivam diretamente do ambiente em que é desenvolvido e sim da própria natureza do contrato de trabalho¹³⁹.

Como já se mencionou, no Brasil, o trabalho remoto foi impulsionado com a promulgação da Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011, que alterou a redação do artigo 6º da CLT para regular, de forma diferenciada, o trabalho realizado em domicílio ou nas dependências do empregador e os meios de execução.

¹³³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Mental health and covid-19: early evidence of the pandemic's impact. *Scientific brief*, 2 March 2022. Disponível em: https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Sci_Brief-Mental_health-2022.1. Acesso em: fevereiro de 2023.

¹³⁴ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS/OMS). **Pandemia de covid-19 desencadeia aumento de 25% na prevalência de ansiedade e depressão em todo o mundo**. Disponível em <https://www.paho.org/pt/noticias/2-3-2022-pandemia-covid-19-desencadeia-aumento-25-na-prevalencia-ansiedade-e-depressao-em>. Acesso em: fevereiro de 2023.

¹³⁵ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS/OMS). **Pandemia de covid-19 desencadeia aumento de 25% na prevalência de ansiedade e depressão em todo o mundo**. Disponível em <https://www.paho.org/pt/noticias/2-3-2022-pandemia-covid-19-desencadeia-aumento-25-na-prevalencia-ansiedade-e-depressao-em>. Acesso em: fevereiro de

2023.

¹³⁶ AGRA, A.; LUCIANO MARTINEZ, B.; MARANHÃO, N. **Direito do trabalho na crise da covid-19**. 2020. Disponível em http://www.abmtrab.com.br/_arquivos/Direito_do_Trabalho_na_Crise_da_Covid19.pdf#page=221. Acesso em: fevereiro de 2023.

¹³⁷ FALCÃO, P. P. H. L.; SANTOS, M. DE F. DE S. O. Home office na pandemia do covid19 e os impactos na saúde mental. *Revista Brasileira de Psicoterapia*, v. 23, n. 2, 2021.

¹³⁸ PINSONNEAULT, A.; BOISVERT, M. The impacts of telecommuting on organizations and individuals. *Telecommuting and Virtual Offices*, p. 163-185, 2001.

¹³⁹ PINSONNEAULT, A.; BOISVERT, M. The impacts of telecommuting on organizations and individuals. *Telecommuting and Virtual Offices*, p. 163-185, 2001.

Antes da pandemia da covid-19, pesquisas de 2012 relacionaram, como aspectos mais relevantes para a saúde dos trabalhadores, a importância social e o controle do trabalho, o contato com a chefia e os colegas, o suporte assistencial e o comprometimento com percepções positivas acerca dos relacionamentos no ambiente de trabalho¹⁴⁰. Em 2015, outro estudo destacou a percepção de trabalhadores sobre a vantagem na flexibilidade de horários no trabalho remoto e a desvantagem na falta de socialização, com menção aos problemas de separação entre espaços profissional e pessoal¹⁴¹.

Na situação emergencial da pandemia da covid-19, as novas regras do teletrabalho estabelecidas pelo Decreto Legislativo nº 10-A, de 13 de março de 2020, prescreveram que "durante a vigência do presente decreto, o regime de prestação de teletrabalho subordinado pode ser determinado unilateralmente pelo empregador ou requerido pelo trabalhador sem necessidade de acordo das partes, desde que compatível com as funções exercidas"¹⁴². Apesar da proteção instituída contra a covid-19, a medida legislativa gerou demandas por condições laborais mais adequadas para o exercício do teletrabalho, antes não exteriorizadas. Não houve tempo para a adaptação ao novo método de trabalho, que passou a ser realizado em ambientes inadequados, com o uso de mobiliário de refeição, de cadeiras não ergonômicas e em locais sem iluminação, o que agravou a possibilidade de adoecimento físico e mental dos trabalhadores¹⁴³.

Em outro trabalho de revisão de estudos, foram mencionados, como benefícios do teletrabalho, a otimização do tempo de deslocamento, a maior proximidade com a rotina familiar e a proteção contra

o vírus e, como desafios da gestão remota do trabalho, a falta de interação presencial, de controle e cuidado com a ergonomia e com a saúde mental. Como impactos ambíguos do trabalho remoto, tanto negativos como positivos, são relacionados, entre os primeiros, a sobrecarga de tarefas, estresse, depressão e ansiedade, e, entre os segundos, a melhora na qualidade de vida, o maior convívio em família e a motivação para o trabalho¹⁴⁴.

É possível conciliar trabalho profissional e atividades familiares, mas a sobreposição de ambos e o aumento da demanda e da falta de apoio pelo empregador intensificaram os fatores de riscos psicossociais, aumentando o sofrimento psíquico dos trabalhadores e a incidência de sintomas e transtornos mentais¹⁴⁵. Considerando os fatores gênero, raça e classe social, há maior impacto para quem responde por demandas familiares, pois estudo realizado com trabalhadores belgas demonstrou que os que tinham filhos em casa estavam menos satisfeitos com o trabalho remoto¹⁴⁶ e 82% das mães polonesas de crianças pequenas indicaram dificuldades para o exercício do teletrabalho¹⁴⁷. A escolaridade foi fator relevante nas pesquisas, pois se constatou que o trabalho remoto foi mais adotado para trabalhadores de maior nível de instrução¹⁴⁸. Constatou-se como agravante importante do trabalho remoto, associado às medidas de distanciamento social, o aumento da violência doméstica como tendência global, diante do maior tempo de convívio entre familiares na residência¹⁴⁹.

No magistério, foi necessário desenvolver, de forma remota, atividades que antes eram realizadas apenas presencialmente, como estratégia didática para se manter o conteúdo programático dos cursos.

¹⁴⁰ FONSECA, R. L. DE A.; PÉREZ-NEBRA, A. R. A epidemiologia do teletrabalhador: impactos do teletrabalho na saúde mental. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**, v. 15, n. 2, p. 303, 1 dez. 2012.

¹⁴¹ FERRARA, T. Ansiedade, depressão e estresse como efeitos neuropsicológicos da administração do conflito entre o ambiente profissional e pessoal em tempos de trabalho remoto. **Atas de Ciências da Saúde** (ISSN 2448-3753), v. 10, n. 2, p. 58-67, 30 set. 2022.

¹⁴² BRASIL. **Decreto nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em fevereiro de 2023.

¹⁴³ ARAÚJO, T. M. DE; LUA, I. O trabalho mudou-se para casa: trabalho remoto no contexto da pandemia de covid-19. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 46, 2021.

¹⁴⁴ PEREIRA, H. P.; SANTOS, S. V.; MANENTI, M. A. **Saúde mental de docentes em tempo de pandemia**: os impactos das atividades remotas. *Boletim de Conjuntura (BOCA)*, v. 3, n. 9, p. 26-32, setembro de 2020.

¹⁴⁵ GONDIM S.; BORGES L. O. Significados e sentidos do trabalho do *home-office*: desafios para a regulação emocional. **Orientações técnicas para o trabalho de psicólogos e psicólogos no contexto da crise covid-19**. Brasília, DF: SBPOT; 2020. Disponível em https://www.sbpot.org.br/central-de-conteudo-covid19/wp-content/uploads/2020/04/SBPOT_TEMATICA_5_Gondim_Borges.pdf. Acesso em: fevereiro de 2023.

¹⁴⁶ CHO, E. Examining boundaries to understand the impact of covid-19 on vocational behaviors. **Journal of Vocational Behavior**, v. 119, p. 103437, maio 2020.

¹⁴⁷ DOLOT, A. Wpływ pandemii covid-19 na pracę zdalną – perspektywa pracownika. **E-mentor**, v. 83, n. 1, p. 35-43, 2020.

¹⁴⁸ GÓES, G.; MARTINS, F.; SENA, J. **Nota técnica do IPEA**. Disponível em https://www.ipea.gov.br/porta/imagem/stories/PDFs/co njuntura/200707_nt_48_teletrabalho.pdf. Acesso em: fevereiro de 2023.

¹⁴⁹ BRADBURY-JONES, C.; ISHAM, L. The pandemic paradox: the consequences of covid-19 on domestic violence. **Journal of Clinical Nursing**, v. 29, n. 13-14, p. 2047-2049, 22 abr. 2020.

A medida foi oficializada com o Parecer 05/20202 do Conselho Nacional de Educação, que trata da reorganização do Calendário Escolar e da possibilidade de cômputo de atividades não presenciais para fins de cumprimento da carga horária mínima anual, em razão da pandemia da covid-19¹⁵⁰. Em outro estudo realizado durante a pandemia da covid-19, foram apresentados os seguintes dados estatísticos de sintomas apresentados: 50% de depressão, 37,4% de ansiedade e 47,2% de estresse, entre professores universitários¹⁵¹.

Algumas pesquisas buscaram avaliar o impacto do distanciamento social especificamente sobre a saúde mental dos trabalhadores, sugerindo pioras decorrentes de medidas de restrições, como *lockdown*, redução de contatos sociais e mudanças de rotinas¹⁵². De forma geral, os estudos relacionam como aspectos positivos do trabalho remoto a possibilidade de gerenciá-lo com maior flexibilidade, permitindo-se conciliar as vidas profissional e familiar; o menor tempo de deslocamento entre trabalho e casa, a diminuição da poluição e a economia de combustíveis; a flexibilização na escolha do local e do momento do trabalho; o maior distanciamento para quem tem ansiedade social e o aumento da produtividade. Entre os aspectos negativos do teletrabalho, segundo as mesmas pesquisas, há a ausência de contato direto com colegas e exclusão de situações de convívio que reduzem preocupações e melhoram o desempenho; a sensação de isolamento, solidão e alienação; a ausência de apoio social e de auxílio no trabalho; a frustração e sentimentos de isolamento profissional; o impacto na relação com vizinhos e familiares pelo estigma de parecer desempregado; o aumento de conflitos familiares por falta de ajuda no trabalho doméstico; o comprometimento da fronteira entre o profissional e o pessoal; a sensação de perda de controle dos limites da jornada de trabalho, com ausência de pausas, trabalho noturno e aos finais de semana; as inadequações ergonômicas e de mobiliário; a dificuldade de concentração com a presença e demanda de familiares; a sensação de

precariedade do trabalho; o aumento dos custos pessoais com eletricidade, água, *internet*, alimentação e aquisição de equipamentos necessários para a realização do trabalho; além da sensação de desconforto, com restrição da possibilidade de relaxamento, lazer e descanso¹⁵³.

O trabalho remoto foi implantado compulsoriamente durante a pandemia da covid-19, dada a necessidade de imediato isolamento entre as pessoas, o que gerou dificuldades de adaptação e de implantação de meios ergonômicos para sua execução. A situação foi agravada pela ansiedade causada pela doença, com incertezas e conflitos próprios do trabalho remoto e a necessidade de administração de tempo e limites. Os trabalhadores apresentaram maiores índices de estresse, ansiedade e depressão, o que impactou negativamente na capacidade produtiva, gerando, inclusive, insegurança quanto à permanência no trabalho.

Os dados apresentados pelas mencionadas pesquisas sugerem que os agravos principais na saúde mental dos trabalhadores não decorrem propriamente do trabalho remoto, mas da impossibilidade de planejamento e de adaptação para a adequada execução¹⁵⁴. Assim, tanto a necessidade premente de utilização do teletrabalho em larga escala, em decorrência das medidas sanitárias de isolamento social, quanto o retorno abrupto às atividades presenciais, após o fim do período de pandemia da covid-19, trouxeram consequências negativas para a saúde mental dos trabalhadores, tema que ainda carece de estudos científicos nacionais e internacionais mais aprofundados.

Em suma, a implantação do trabalho remoto de formas compulsória e abrupta trouxe dificuldades de adaptação físicas e sociais, agravadas pelo medo do contágio pelo novo coronavírus e pelos impactos diretos do isolamento social, como fatores de prejuízo à saúde mental do trabalhador. Após mais de dois anos de adaptação ao trabalho remoto, os trabalhadores que mudaram a rotina de vida precisaram alterá-la novamente, desta vez para a retomada do trabalho presencial. O retorno ao trabalho presencial de formas planejada e

¹⁵⁰ PEREIRA, H. P.; SANTOS, S. V.; MANENTI, M. A. **Saúde mental de docentes em tempo de pandemia: os impactos das atividades remotas**. Boletim de Conjuntura (BOCA), v. 3, n. 9, p. 26-32, setembro de 2020.

¹⁵¹ FREITAS, R. F. *et al.* Prevalência e fatores associados aos sintomas de depressão, ansiedade e estresse em professores universitários durante a pandemia da covid-19. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, v. 70, n. 4, p. 283-292, 2021.

¹⁵² MARROQUÍN, B.; VINE, V.; MORGAN, R. Mental health during the covid-19 pandemic: effects of stay-at-home policies, social distancing behavior, and social resources. **Psychiatry Research**, v. 293, p. 113419,

ago. 2020.

¹⁵³ GONDIM S.; BORGES L. O. Significados e sentidos do trabalho do *home-office*: desafios para a regulação emocional. **Orientações técnicas para o trabalho de psicólogas e psicólogos no contexto da crise covid-19**. Brasília, DF: SBPOT; 2020. Disponível em https://www.sbpot.org.br/central-de-conteudo-covid19/wp-content/uploads/2020/04/SBPOT_TEMATICA_5_Gondim_Borges.pdf. Acesso em: fevereiro de 2023.

¹⁵⁴ FERRARA, T. Ansiedade, depressão e estresse como efeitos neuropsicológicos da administração do conflito entre o ambiente profissional e pessoal em tempos de trabalho remoto. **Atas de Ciências da Saúde** (ISSN 2448-3753), v. 10, n. 2, p. 58-67, 30 set. 2022.

supervisionada foi medida essencial para a acolhida de trabalhadores afastados por motivo de suspensão contratual, normalmente por ordem médica¹⁵⁵.

Para o retorno seguro ao trabalho presencial com o término da pandemia da covid-19, foi necessário observar fatores individuais do trabalhador e seu contexto, com atenção à saúde física e mental, para que não sofresse danos¹⁵⁶. São necessários, no entanto, estudos mais aprofundados quanto às dificuldades encontradas pelos trabalhadores no retorno ao trabalho presencial, para se avaliar melhor a importância de fatores de risco e de proteção da saúde mental e as medidas recomendadas para tanto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No início de 2020, os países foram surpreendidos pela pandemia da covid-19 e precisaram adotar medidas emergenciais para enfrentá-la. A facilidade de contágio em decorrência da aglomeração de pessoas demandou a adoção de medidas de distanciamento social para preveni-lo.

No campo do trabalho, a suspensão contratual e a adoção da modalidade remota para a prestação de serviços foram algumas das medidas implementadas. A legislação brasileira já previa a prestação de serviços a distância, na forma de trabalho em domicílio, assim como o teletrabalho, que é a modalidade de execução dos serviços fora do estabelecimento empresarial por meios telemáticos.

Assim, a rotina de vida da população em geral, e dos trabalhadores em especial, foi modificada significativamente pelas medidas de distanciamento social, sugeridas pela ciência e adotadas pelas autoridades sanitárias para evitar a proliferação do novo coronavírus. Houve vantagens aos trabalhadores e às empresas com a adoção do trabalho remoto, como a redução de custos operacionais, a desnecessidade de deslocamentos e o aumento do convívio familiar. Em contrapartida, os efeitos negativos mais significativos desta modalidade de prestação de serviços foram a perda do convívio com os colegas de trabalho, a dificuldade de divisão de ambientes familiar e profissional, a precariedade da estrutura disponibilizada para sua execução e a natural ansiedade gerada pela doença pandêmica, inclusive quanto à manutenção do posto de trabalho.

Os efeitos negativos sobre a saúde mental dos trabalhadores refletiram-se no aumento do número de casos de transtornos ansiosos e depressivos, ocasionados muitas vezes pelo isolamento social e a

consequente solidão, o que se associou ao receio de contrair o coronavírus, ao luto pela perda de parentes e amigos e às alterações nas rotinas pessoais e preocupações de ordem financeira. Os profissionais da área da saúde foram os mais atingidos por referida contingência, porque estavam fortemente sujeitos ao contágio pela covid-19 e tinham que se desdobrar para atender o grande número de pacientes, muitas vezes sem estrutura adequada.

Com o fim da pandemia, buscou-se o retorno abrupto ao trabalho presencial. Mais uma vez, a alteração repentina da rotina de trabalho trouxe potencial prejuízo à saúde mental dos trabalhadores. Pesquisas realizadas sobre a situação mostraram que não resultam propriamente do trabalho a distância, guardando relação direta com a dificuldade de planejamento e de prévia adequação das rotinas de vida e de trabalho para sua melhor execução.

O teletrabalho mostrou-se instrumento eficaz para evitar a propagação do novo coronavírus. Muitas das experiências com o trabalho remoto trouxeram resultados positivos e foram mantidas após o término do período de pandemia da covid-19. Mas a determinação de retorno imediato ao trabalho presencial, adotada precipitadamente em alguns casos, trouxe transtornos à saúde mental dos trabalhadores equivalentes aos outrora gerados com a abrupta implantação do teletrabalho.

É preciso analisar a situação em particular, cabendo ao empregador, como gestor da atividade empresarial, sopesar a melhor modalidade para a execução dos serviços, de forma a considerar as reduções de custos e a flexibilidade do trabalho remoto, com vistas a incrementar a produtividade de forma conciliada com a satisfação pessoal dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

- ADORNO JÚNIOR, H. L.; MUNIZ, R. Os reflexos da implantação do processo eletrônico sobre a saúde mental de seus sujeitos. **Revista Universitas**. 2016. Disponível em <https://revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/view/233/0>. Acesso em: fevereiro de 2023.
- ADORNO JÚNIOR, H. L. As novas modalidades contratuais de trabalho, o princípio do contrato realidade e a competência da Justiça do Trabalho. **Revistas Universitas**. 2019. Disponível em <https://www.revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/view/357>. Acesso em: fevereiro de 2023.
- ADORNO JÚNIOR, H. L.; ABREU, N.; ZAMBELI, M. S. I.;. As medidas de proteção à saúde dos empregados, em especial das gestantes, no contexto da pandemia

¹⁵⁵ KRISTMAN, V. L. *et al.* Supervisor and organizational factors associated with supervisor support of job accommodations for low back injured workers. **Journal of Occupational Rehabilitation**, v. 27, n. 1, p. 115-127, 31 mar. 2016.

¹⁵⁶ SHAW, W. S. *et al.* Opening the workplace after covid-19: what lessons can be learned from return-to-work research? **Journal of Occupational Rehabilitation**, v. 30, n. 3, p. 299-302, 19 jun. 2020.

da covid-19. **Revista Universitas**. 2022. Disponível em <https://revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/view/525>. Acesso em: fevereiro de 2023.

AGRA, A.; LUCIANO MARTINEZ, B.; MARANHÃO, N. **Direito do trabalho na crise da covid-19**. 2020. Disponível em http://www.abmtrab.com.br/_arquivos/Direito_do_Trabalho_na_Crise_da_Covid19.pdf#page=221. Acesso em: fevereiro de 2023.

ARAÚJO, T. M. DE; LUA, I. O trabalho mudou-se para casa: trabalho remoto no contexto da pandemia de covid-19. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 46, 2021.

BENKE, C. et al. Lockdown, quarantine measures, and social distancing: Associations with depression, anxiety and distress at the beginning of the covid-19 pandemic among adults from Germany. **Psychiatry Research**, v. 293, p. 113462, nov. 2020.

BRADBURY-JONES, C.; ISHAM, L. The pandemic paradox: the consequences of covid-19 on domestic violence. **Journal of Clinical Nursing**, v. 29, n. 13-14, p. 2047-2049, 22 abr. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em fevereiro de 2023.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 10-A, de 13 de março de 2020**. Estabelece medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus – Covid-19. Disponível em <http://www.dre.pt/dre/detalhe/decreto-lei/10-a-2020-130243053>. Acesso em fevereiro de 2023.

CHO, E. Examining boundaries to understand the impact of covid-19 on vocational behaviors. **Journal of Vocational Behavior**, v. 119, p. 103437, maio 2020.

DOLOT, A. Wpływ pandemii covid-19 na pracę zdalną – perspektywa pracownika. **E-mentor**, v. 83, n. 1, p. 35-43, 2020.

FALCÃO, P. P. H. L.; SANTOS, M. DE F. DE S. O. Home office na pandemia do covid19 e os impactos na saúde mental. **Revista Brasileira de Psicoterapia**, v. 23, n. 2, 2021.

FERRARA, T. Ansiedade, depressão e estresse como efeitos neuropsicológicos da administração do conflito entre o ambiente profissional e pessoal em tempos de trabalho remoto. **Atas de Ciências da Saúde** (ISSN 2448-3753), v. 10, n. 2, p. 58-67, 30 set. 2022.

FONSECA, R. L. DE A.; PÉREZ-NEBRA, A. R. A epidemiologia do teletrabalhador: impactos do teletrabalho na saúde mental. **Cadernos de Psicologia Social do Trabalho**, v. 15, n. 2, p. 303, 1 dez. 2012.

FREITAS, R. F. et al. Prevalência e fatores associados aos sintomas de depressão, ansiedade e estresse em professores universitários durante a pandemia da covid-19. **Jornal Brasileiro de Psiquiatria**, v. 70, n. 4, p. 283-292, 2021.

GÓES, G.; MARTINS, F.; SENA, J. **Nota técnica do IPEA**. Disponível em https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/conjuntura/200707_nt_48_teletrabalho.pdf. Acesso em: fevereiro de 2023.

GONDIM S.; BORGES L. O. Significados e sentidos do trabalho do *home-office*: desafios para a regulação emocional. **Orientações técnicas para o trabalho de psicólogas e psicólogos no contexto da crise covid-19**. Brasília, DF: SBPOT; 2020. Disponível em https://www.sbpot.org.br/central-de-conteudo-covid19/wp-content/uploads/2020/04/SBPOT_TEMATICA_5_Gondim_Borges.pdf. Acesso em: fevereiro de 2023.

HERNANDEZ, M. R. P. **Novas perspectivas das relações de trabalho: o teletrabalho**. São Paulo: LTr, 2011.

KRISTMAN, V. L. et al. Supervisor and organizational factors associated with supervisor support of job accommodations for low back injured workers. **Journal of Occupational Rehabilitation**, v. 27, n. 1, p. 115-127, 31 mar. 2016.

MARROQUÍN, B.; VINE, V.; MORGAN, R. Mental health during the covid-19 pandemic: effects of stay-at-home policies, social distancing behavior, and social resources. **Psychiatry Research**, v. 293, p. 113419, ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Mental health and covid-19: early evidence of the pandemic's impact. **Scientific brief**, 2 March 2022. Disponível em: https://www.who.int/publications/i/item/WHO-2019-nCoV-Sci_Brief-Mental_health-2022.1. Acesso em: fevereiro de 2023.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS/OMS). **Pandemia de covid-19 desencadeia aumento de 25% na prevalência de ansiedade e depressão em todo o mundo**. Disponível em <https://www.paho.org/pt/noticias/2-3-2022-pandemia-covid-19-desencadeia-aumento-25-na-prevalencia-ansiedade-e-depressao-em>. Acesso em: fevereiro de 2023.

PEREIRA, H. P.; SANTOS, S. V.; MANENTI, M. A. **Saúde mental de docentes em tempo de pandemia: os impactos das atividades remotas**. Boletim de Conjuntura (BOCA), v. 3, n. 9, p. 26-32, setembro de 2020.

PINSONNEAULT, A.; BOISVERT, M. The impacts of telecommuting on organizations and individuals. **Telecommuting and Virtual Offices**, p. 163-185, 2001.

PRETTI, G.. **Teletrabalho na prática**. São Paulo: LTr, 2018.

SHAW, W. S. et al. Opening the workplace after covid-19: what lessons can be learned from return-to-work research? **Journal of Occupational Rehabilitation**, v. 30, n. 3, p. 299-302, 19 jun. 2020.

STEIL A.V.; BARCIA R.M. Um modelo para análise da prontidão organizacional para implantar o teletrabalho. **Revista Administrativa**, 36(1):74-84, 2001.

TEIXEIRA, T.. **Curso de direito eletrônico e**

processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Flávia Ferreira Jacó de Menezes¹⁵⁷

INTRODUÇÃO

O combate a quaisquer formas de escravidão e servidão ocupa posição de destaque entre os objetivos do direito internacional, tendo em vista a centralidade da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, tratando-se de meta prioritária da OIT na busca do trabalho decente.

O conceito de trabalho decente foi formalizado pela OIT em 1999 e é o ponto de convergência de quatro objetivos estratégicos da OIT: a) o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais (liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação, erradicação de todas as formas de trabalho forçado, trabalho infantil e meio ambiente do trabalho seguro e saudável); b) a promoção do emprego produtivo e de qualidade; c) a ampliação da proteção social e d) o fortalecimento do diálogo social. Sobre essa definição Silvio Beltramelli Neto e Mônica Nogueira Rodrigues pontuam que:

“O próprio conteúdo da concepção de Trabalho decente sofreu alterações e influxos conceituais, desde sua adoção. Uma detida análise documental das atas registradas das discussões travadas a respeito do assunto, em todas as Conferências Internacionais do Trabalho, desde 1999, evidencia uma proposital ausência de definição precisa do Trabalho decente e de determinação de um possível caráter universal de seu conteúdo, contrapondo-se a um consenso institucional no sentido de tratar-se de um conteúdo sujeito a vicissitudes (sequência de mudanças) nacionais e que deve ser compreendido sobretudo com base nos objetivos estratégicos enunciados como instrumentos de sua consecução. Esses, de fato, precisamente delimitados desde a origem da ideia. A promoção do Trabalho Decente concatena,

pois, quatro objetivos estratégicos: proteção dos direitos humanos das relações de trabalho, geração de empregos de qualidade, ampliação da proteção social e fomento do diálogo social”.¹⁵⁸

Atualmente, a Agenda 2030, que consiste em um plano de ação, pactuado em setembro de 2015, com objetivo da promoção do desenvolvimento sustentável nos próximos 15 anos., incluiu como uma de suas metas (8.7) a erradicação do trabalho forçado, da escravidão moderna e do tráfico de pessoas.

8.7 Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas.

Importante destacar que, no Brasil, o trabalho escravo somente reconhecido no ano de 1995, em decorrência do Caso José Pereira.

O Caso José Pereira foi o primeiro caso em que, o Estado Brasileiro reconheceu a existência de trabalho escravo contemporâneo em seu território, as denúncias já eram registradas desde os anos 70, por meio do bispo Dom Pedro Casaldáliga. Em 2003, o país firma acordo perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, reconhecendo a responsabilidade internacional pelas violações por violações à Declaração Americana sobre os Deveres e Direitos do Homem e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)¹⁵⁹.

A partir de então, o país passou a desenvolver políticas com o objetivo de combater a exploração de mão de obra em condições análogas à

¹⁵⁷ Juíza do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT2). Diretora cultural da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 2ª Região (AMATRA2) no biênio 2024/2026. Integrante da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) Mulheres no biênio 2024/2026. Especialista em Direito do Trabalho e Direitos Humanos. Foi Procuradora do Trabalho do Ministério Público da União em 2019 e Analista Judiciária da área judiciária (AJAJ) no Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (TRT2) de 2014 a 2018. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pesquisadora do Programa institucional de bolsas de iniciação científica PIBIC/CNPq/UFU de 01/8/2011 a 31/7/2012. Autora de livro e artigos jurídicos.

¹⁵⁸ BELTRAMELLI NETO, Silvio; RODRIGUES, Mônica Nogueira. Trabalho Decente: comportamento ético, política pública ou bem juridicamente tutelado? Revista Brasileira de Políticas Públicas, Paraíba, v. 11, n. 1, p. 471-495, abr. 2021. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6738/pdf>>. Acesso em 01/07/2024.

¹⁵⁹ COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. RELATÓRIO Nº 95/03. CASO 11.289. SOLUÇÃO AMISTOSA. JOSÉ PEREIRA. BRASIL: 24 de outubro de 2003. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>. Acesso em: 23 set. 2019.

de escravo. Dentre elas, é possível destacar: a) a alteração do art. 149 do CP por meio da Lei 10.803/2003, para ampliar o conceito de trabalho escravo; b) a criação dos grupos móveis de fiscalização no âmbito do Ministério do Trabalho; c) a instituição de dois Planos Nacionais de Combate ao Trabalho Escravo; d) a instalação de uma Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE) e as respectivas comissões estaduais (COETRAEs); e) o fortalecimento do MPT, influenciando a criação da CONAETE; f) criação da chamada “Lista Suja” – cadastro de empregadores flagrados com a exploração de mão de obra em condições análogas à de escravo, publicada pela Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), do Ministério da Economia; g) inserção da possibilidade de expropriação da propriedade em decorrência do trabalho análogo ao de escravo no art. 243, da CR/88), dentre outras alterações.

Outro importante caso de importância internacional é o Caso Fazenda Brasil Verde, que foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tendo sido o Brasil condenado. Entretanto, a decisão da Comissão não foi cumprida pelo país, pelo que o caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, em 2016, condenou o Estado Brasileiro pela violação à Convenção Americana de Direitos Humanos.

O Caso Fazenda Brasil Verde foi a primeira condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de trabalho escravo contemporâneo. Ainda, a decisão se destaca pela definição de alguns pontos relevantes: a) consagração da imprescritibilidade do crime de submissão à condição análoga à de escravo, por se tratar de norma imperativa de direito internacional (*jus cogens*), implicando em obrigações *erga omnes*; b) reconhecimento da discriminação estrutural pelo Estado brasileiro, visto que, pela análise das ocorrências, as vítimas “se encontravam em situação de pobreza; provinham das regiões mais pobres do país; com menor desenvolvimento humano e perspectivas de trabalho e emprego; eram analfabetos e tinham pouca ou nenhuma escolarização”¹⁶⁰; c) declaração da inadequação do conceito original de trabalho em condições análogas à de escravo do art. 149, do CP, em sua redação original, vigente à época dos fatos.

ARCABOUÇO JURÍDICO

Uma das primeiras normas internacionais das Nações Unidas sobre o tema foi a Convenção sobre a escravatura de 1926, que, em 1956, foi complementada pela Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, visando intensificar esforços nacionais e internacionais para abolir a escravidão, tráfico de escravos e instituições e práticas análogas à escravidão.

No âmbito da OIT, a Declaração referente aos fins e objetivos da OIT (Declaração de Filadélfia – anexa à Constituição da OIT), de 1944, apontou como princípio fundamental que “o trabalho não é uma mercadoria”. E, em 1948, ao promulgar a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a ONU estabeleceu que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão”, proibindo a escravidão e o tráfico de pessoas em todas as suas formas (artigo IV), bem como a sujeição de qualquer pessoa à tortura, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo V).

Em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) estabeleceu a proibição do trabalho escravo, à servidão e aos trabalhos forçados e obrigatórios, em seu artigo 8º, e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), que dentre outras proteções, assegurou no art. 6º o direito a “oportunidade de ganhar a vida através de um trabalho livremente escolhido”.¹⁶¹

Em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) vedou expressamente, em seu art. 6º, a escravidão, a servidão e o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres, bem como o trabalho forçado ou obrigatório.

Por sua vez, a Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998 impôs a obrigação a todos os membros, ainda que não tenham ratificado as convenções da OIT, a respeitar, promover e tornar realidade o objetivo de eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório¹⁶², pelo que são de aplicação obrigatórias as Convenções 29 e 105 da OIT, com ou sem ratificação.

Ainda sobre o tema, em 2000, o Protocolo de Palermo (Protocolo Adicional à Convenção das Nações

¹⁶⁰ Ibidem, p. 501.

¹⁶¹ Os Pactos internacionais de 1966 buscaram trazer concreção aos direitos humanos e liberdades fundamentais da Declaração Universal de 1948.

¹⁶² 2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os

princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação. Em 2022 foi acrescentado uma quinta categoria: ambiente de trabalho seguro e saudável.

Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças) objetivou a prevenção, repressão e punição do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças, prática pode resultar na exploração do trabalho forçado ou sexual.¹⁶³

A promoção ao combate ao trabalho escravo contemporâneo foi reforçada em 2014 com o Pacto Adicional à Convenção 29 da OIT e a Recomendação 203 da OIT, que reconheceram a necessidade de ampliação do conceito de trabalho forçado e obrigatório, a necessidade da responsabilização em cadeia produtiva e a existência de concorrência desleal decorrente da exploração do trabalho forçado (*dumping social*).

Em 2015, a Declaração Sociolaboral do Mercosul estabeleceu como uma de suas diretrizes, em seu art. 8º, a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório.¹⁶⁴

No âmbito nacional, apesar da Lei Áurea ter abolido formalmente a escravidão em 1888, o processo de abolição ainda está incompleto, tendo em vista que o trabalho em condições análogas à de escravo persiste ainda hoje no Brasil.

O ordenamento jurídico brasileiro proíbe a escravidão em todas as suas formas, bem como o tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CR/88), estabelecendo como postulados constitucionais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, III, IV, CR/88) e

a função social da propriedade, ditando, ainda, que a ordem econômica tem como fundamento a valorização do trabalho humano e a garantia de existência digna (art. 170, caput, III, CR/88), de modo que a livre iniciativa é limitada pelo direito ao desenvolvimento humano e pela justiça social (art. 193, CR/88).

Importante ressaltar, nesse contexto, a alteração do art. 243 da CR/88¹⁶⁵, por meio da Emenda Constitucional 81/2014, que passou a prever a possibilidade de expropriação de propriedade urbanas ou rurais pelo Poder Público, independentemente de indenização, em caso de exploração do trabalho escravo.

No plano infraconstitucional, a redação do art. 149 do CP foi alterada, deixando de apenas prever o crime de forma genérica (reduzir alguém a condição análoga à de escravo¹⁶⁶), para tipificar a conduta de reduzir alguém à condição análoga à de escravo de forma mais abrangente, quer submetendo a trabalhos forçados, jornada exaustiva ou a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, a sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador.

Em 2002, a Lei 10.608, assegurou ao trabalhador resgatado da condição análoga à de escravo o direito de receber três parcelas do seguro-desemprego, no valor de um salário mínimo cada e a CLT, por sua vez, tem previsão expressa vedando o sistema de servidão por dívidas (art. 462, §§ 2º e 3º).¹⁶⁷

163 Art. 3º. a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos (Protocolo de Palermo).

164 ARTIGO 8. 1. Toda pessoa tem direito a um trabalho livremente escolhido e a exercer qualquer ofício ou profissão, de acordo com as disposições nacionais vigentes. 2. Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para eliminar toda forma de trabalho forçado ou obrigatório exigido a um indivíduo sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente. 3. Os Estados Partes comprometem-se, ademais, a adotar medidas para garantir a abolição de toda utilização de mão de obra que propicie, autorize ou tolere o trabalho forçado ou obrigatório. 4. Os Estados Partes comprometem-se, de modo especial, a suprimir toda forma de trabalho forçado, obrigatório ou degradante que possa utilizar-se: a) como meio de coerção ou de educação política, ou como punição por não ter ou expressar, o trabalhador,

determinadas opiniões políticas, ou por manifestar oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida; b) como método de mobilização e utilização da mão de obra com fins de fomento econômico; c) como medida de disciplina no trabalho; d) como punição por haver o trabalhador participado em atividades sindicais ou greves; e) como medida de discriminação racial, social, nacional, religiosa ou de outra natureza.

165 Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 81, de 2014)

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

166 Redação anterior: Art. 149 - Reduzir alguém a condição análoga à de escravo: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

167 Art. 462, §2º. É vedado à empresa que mantiver armazém para venda de mercadorias aos empregados ou serviços destinados a proporcionar-lhe prestações in natura exercer qualquer coação ou induzimento no

A DEFINIÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

As Convenções das Nações Unidas sobre escravatura de 1926¹⁶⁸ e 1956¹⁶⁹ foram as primeiras a conceituar e a proibir a escravidão, definindo a escravidão como a condição de alguém sobre o qual se exercem os atributos do direito de propriedade. Observe-se que, inicialmente, o conceito de trabalho escravo estava ligado à restrição da liberdade, à coisificação, mercantilização e exploração do homem como um instrumento de trabalho.

A concepção histórico-jurídica foi sendo ampliada com o passar do tempo diante das formas modernas de escravidão, pelo que a OIT, na Convenção 29, em 1930, preferiu adotar a expressão trabalho forçado ou obrigatório, conceituado no art. 2º, §1º como "todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade."

No Brasil, foi adotada a expressão trabalho em condições análogas à de escravo pelo art. 149 do CP, com a redação dada pela Lei 10.803/2003, que especificou as condutas que configuram o crime de redução a condição análoga à de escravo.¹⁷⁰

Art. 149. Reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de

trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

Vê-se, pois, que o conceito de redução da pessoa a condição análoga à de escravo abrange quatro modos de execução:

a) sujeição da vítima a trabalhos forçados;

b) sujeição da vítima a jornada exaustiva;

c) sujeição da vítima a condições degradantes de trabalho;

d) restrição, por qualquer meio, da locomoção da vítima.¹⁷¹

Nesse sentido, os Enunciados 03 e 04 da CONAETE buscam especificar os conceitos de jornada de trabalho exaustiva e de condições degradantes de trabalho para fins de caracterização do trabalho escravo contemporâneo:

ORIENTAÇÃO 03/CONAETE

Jornada de trabalho exaustiva é a que, por circunstâncias de intensidade, frequência, desgaste ou outras, agrida a dignidade humana do trabalhador, causando prejuízos a sua saúde física ou mental, e decorra de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante sua vontade. A previsão de jornada especial em instrumento coletivo não impede a caracterização da jornada exaustiva.

ORIENTAÇÃO 04/CONAETE

Condições degradantes de trabalho são as que configuram desprezo à dignidade da pessoa humana, pelo descumprimento dos direitos fundamentais do trabalhador, em especial os referentes à higiene, saúde, segurança, moradia, repouso, alimentação ou outros relacionados a direitos da personalidade, decorrentes de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a vontade do

sentido de que os empregados se utilizem do armazém ou dos serviços.

§ 3º Sempre que não for possível o acesso dos empregados a armazéns ou serviços não mantidos pela empresa, é lícito à autoridade competente determinar a adoção de medidas adequadas, visando que as mercadorias sejam vendidas e os serviços prestados a preços razoáveis, sem intuito de lucro e sempre em benefício dos empregados.

168 Art. 1º. §1. A escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade.

169 Art. 7º. §1. "Escravidão", tal como foi definida na Convenção sobre a Escravidão de 1926, é o estado ou a condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou parte dos poderes atribuídos ao direito de propriedade, e "escravo" é o indivíduo em tal estado ou condição.

170 "A redação do artigo 149 do CP, antes da

mudança introduzida pela Lei 10.803/2003, pecava pelo alto grau de generalidade, não fornecendo elementos suficientes para identificação das formas pelas quais se reduz o trabalhador a tal condição e efetiva punição do infrator". Cf. MELO, Luís Antônio Camargo de. Trabalho escravo contemporâneo: crime e conceito. CORREIA, Henrique, MIESSA, Élisson. Estudos aprofundados do Ministério Público do Trabalho. vol 01. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

171 "Recrutar trabalhadores, mediante fraude (ex.: promessa enganosa de altos salários), com o fim de leva-los para o território estrangeiro caracteriza o delito do art. 206 do CP. Aliciar (seduzir) trabalhadores, com o fim de leva-los de uma para outra localidade do território nacional, se enquadra no art. 207 do CP. Nos dois casos a vontade do agente não é tornar o empregado seu servo, mas, sim, recrutar trabalhadores visando a emigração ou migração." CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. Direito Penal para a Magistratura e Ministério Público do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2016.

trabalhador.

Ampliando o conceito de trabalho escravo, o Protocolo à Convenção sobre o Trabalho Forçado de 2014 reconheceu a defasagem do conceito adotado pela Convenção 29 da OIT e que o contexto e as formas de trabalho obrigatório se alteraram com o tempo, passando a incluir diversas formas de exploração como a exploração sexual e o tráfico de pessoas¹⁷².

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o trabalho escravo não será somente aquele para o qual o trabalhador não tenha se oferecido espontaneamente, mas também formas degradantes de trabalho, não sendo admissível o trabalho em que são negadas as condições mais básicas, como o direito ao convívio social, alimentação adequada, higiene, moradia, água potável, instalações sanitárias, remédios e assistência médica, bem como não se admitindo jornadas exaustivas, que levem ao completo esgotamento do trabalhador ou mesmo a restrição de locomoção do trabalhador em razão de dívida contraída com o empregador, sistema também chamado de *truck system* ou política de barracão, no qual os empregados são obrigados a pagar pelos equipamentos de trabalho, equipamentos de proteção, alimentação, vestuário, vendidos exclusivamente pelo empregador.

Não somente a restrição da liberdade individual do trabalhador, mas a garantia da dignidade da pessoa humana é essencial para a atual conceituação do trabalho escravo contemporâneo.

Portanto, podemos definir trabalho em condições análogas à condição de escravo como o exercício do trabalho humano no qual há a restrição à liberdade do trabalhador, de qualquer forma ou quando são violados os direitos mínimos que asseguram a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BELTRAMELLI NETO, Silvio. Direitos Humanos. 5ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.
BELTRAMELLI NETO, Silvio; RODRIGUES, Mônica Nogueira. Trabalho Decente: comportamento ético, política pública ou bem juridicamente tutelado? Revista Brasileira de Políticas Públicas, Paraíba, v. 11, n. 1, p. 471-495, abr. 2021. Disponível em: <<https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6738/pdf>>. Acesso em 01/07/2024.
BELTRAMELLI NETO, Silvio; ADÃO, Felipe da Silva Pinto. Para além do ir e vir: o conceito normativo brasileiro de trabalho escravo ante o direito

comparado. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017. Disponível em:

<<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47832>>. Acesso em: 23 set. 2019.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; PEREIRA, Sarah Gabay. O combate ao trabalho escravo no Brasil: evolução e possibilidades. 30 anos da Constituição Federal: atuação do MPT 1988-2018. Organizadores: Catarina von Zuben, João Hilário Valentim. Brasília: Gráfica Movimento, 2018.

CAVALCANTI, Tiago Muniz. O trabalho escravo entre a arte e a realidade: a necessária superação da perspectiva hollywoodiana. CORREIA, Henrique, MIESSA, Élisson. Estudos aprofundados do Ministério Público do Trabalho. vol 03. Salvador: Juspodivm, 2017.

COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos. RELATÓRIO Nº 95/03. CASO 11.289. SOLUÇÃO AMISTOSA. JOSÉ PEREIRA. BRASIL: 24 de outubro de 2003. Disponível em:

<<https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm>>. Acesso em: 23 set. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; ARAÚJO, Fábio Roque. Direito Penal para a Magistratura e Ministério Público do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2016.

172

Reconociendo que el contexto y las formas del trabajo forzoso u obligatorio han cambiado y que la trata de personas con fines de trabajo forzoso u obligatorio, que puede implicar explotación sexual, suscita una

creciente preocupación internacional y que su eliminación efectiva requiere acciones urgentes. (Cf. OIT. Protocolo de 2014 relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930).

O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ítalo Menezes de Castro¹⁷³**1 INTRODUÇÃO**

É consabido que o Século XX correspondeu a um período de importantes e profundas inovações no âmbito da Ciência, verificadas e experimentadas nas mais diversas áreas do conhecimento. Para ficar apenas nos exemplos mais marcantes, poderiam ser citadas a Teoria da Relatividade de Albert Einstein, no campo da Física, a descoberta da estrutura do DNA, por Francis Crick e James Watson, no âmbito da Biologia, a invenção dos computadores, no campo da Tecnologia, entre tantos outros.

Nos domínios da Ciência Jurídica, a situação também não foi diversa, uma vez que o Século XX também representou interregno de impactantes transformações nessa área do conhecimento. Entre essas transformações, cabe destacar, por se relacionar com o objeto central deste estudo, a compreensão que se difundiu amplamente nos Estados ocidentais sobre a força e a supremacia normativas da Constituição.

Com efeito, como resposta às atrocidades cometidas pelos regimes totalitários da primeira metade do Século XX, as quais estavam, em boa parte, “legitimadas” por leis regularmente aprovadas no Parlamento, a Ciência do Direito passou a perceber a necessidade de proceder a uma reaproximação entre o direito e a moral, fazendo ecoar o primado da dignidade humana e dos direitos humanos fundamentais como critério de justiça na configuração de qualquer ordenamento jurídico.

Isso se deu, essencialmente, por meio da superação da compreensão epistemológica das Constituições como meros programas políticos, até então predominante, por uma nova concepção, que passou a encarar as disposições constitucionais como efetivas normas jurídicas, capazes de ser invocadas na defesa de direitos e exigências de deveres, vinculando também os poderes estatais constituídos, inclusive, o Legislativo.

Nesse contexto, novos institutos jurídicos passaram a ser concebidos e outros tantos resgatados e potencializados, cabendo especial destaque aos sistemas de controle de constitucionalidade das leis, seja pela via concreta, seja pela via abstrata, que passaram a desfrutar de uma enorme relevância nesse novo cenário jurídico.

Paralelamente a isso, também na segunda metade do Século XX, o surgimento do capitalismo pós-industrial contribuiu para o advento de uma

autêntica *sociedade de massas*, na qual as relações jurídicas passaram a ostentar caracteres de uniformidade e operar em amplo raio de destinatários, levando, por consequência lógica, os conflitos sociais a migrarem de uma perspectiva individualista e atomizada para uma dimensão coletivizada.

A tentativa de equacionar os problemas decorrentes dessa nova modalidade de conflitos ancorou-se, entre outros, nos mecanismos processuais de tutela coletiva, com a criação, por exemplo, de determinadas espécies de tutela, capazes de resultar em um provimento jurisdicional de eficácia ampla e com aptidão para irradiar seus efeitos a toda a coletividade envolvida no conflito. Exemplo disso é a criação da ação civil pública, por meio da Lei n. 7.347/1985, prevendo, em seu art. 16, a eficácia *erga omnes* da coisa julgada produzida em tais espécies de ação.

Todo esse enredo serve, pois, como pano de fundo para colocação do problema que ocupa a temática central deste trabalho: identificar os contornos do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos em sede de ação civil pública. A importância da questão se justifica, notadamente, em razão da previsão legislativa anteriormente mencionada, quanto à eficácia *erga omnes* da coisa julgada em ações civis públicas, e do regime constitucional brasileiro, a prever – ao menos expressamente – a eficácia *erga omnes* do controle de constitucionalidade apenas para o sistema de controle abstrato, junto ao Supremo Tribunal Federal.

2 OS SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**2.1 Pressuposto do controle de constitucionalidade: a supremacia da Constituição**

As Revoluções Burguesas do Século XVIII, preconizando a superação do modelo do Estado Absolutista – no qual o Príncipe dispunha de amplos e ilimitados poderes, cujo exercício se dava sem a participação dos súditos –, tiveram como algumas de suas reivindicações centrais a limitação do poder estatal, com o intuito de evitar o arbítrio, e a criação

¹⁷³ Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Doutor e Mestre em Direito do

Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP.

de mecanismos de participação do cidadão na dinâmica desse poder. Para tanto, foi concebido o modelo dos chamados *Estados Constitucionais*,¹⁷⁴ nos quais se defendia o império da lei, como reflexo da soberania popular e elemento limitador do exercício da potestade estatal, representando a Constituição a expressão máxima da vontade do povo.

O *constitucionalismo* encontra, assim, nas Constituições estadunidense de 1787 e francesa de 1791 seus referenciais históricos próximos mais eloquentes, fruto da ideia de que determinadas matérias deveriam ser cristalizadas no próprio texto da Constituição a fim de evitar que viessem a ser eventualmente suprimidas ou contrariadas pelos poderes constituídos – especialmente, pela via legislativa –,¹⁷⁵ no que se pode ver a clara presença de um ideal de superioridade das disposições constantes da Constituição.¹⁷⁶

A *supremacia constitucional*, portanto, corresponde ao postulado segundo o qual “qualquer ato jurídico – seja ele normativo ou de efeito concreto –, para ingressar ou permanecer, validamente, no ordenamento, há se mostrar conforme aos preceitos da Constituição”,¹⁷⁷ como característica própria das Constituições rígidas. Ancorados nessa premissa, os sistemas de controle de constitucionalidade encontraram seu pressuposto

de legitimação e desenvolvimento:

O sistema das Constituições rígidas assenta numa distinção primacial entre poder constituinte e poderes constituídos. Disso resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior, de competência limitada pela Constituição mesma.¹⁷⁸

2.2 Os sistemas de controle de constitucionalidade

Os sistemas de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos podem ser classificados, segundo a doutrina, a partir de diversas perspectivas: quanto ao órgão que o realiza, o controle pode ser político, jurisdicional ou misto, sendo que, em se tratando do controle jurisdicional, pode-se falar também em uma subclassificação do controle como difuso ou concentrado; em relação à forma de realização, esta pode ser incidental ou principal; no que tange ao momento de sua realização, o controle pode ser preventivo ou repressivo.¹⁷⁹

Para os limites estritos deste trabalho, urge tecer breves comentários sobre a classificação do controle quanto à forma de realização.

¹⁷⁴ “En un sentido ontológico, se deberá considerar como el *telos* de toda constitución la creación de instituciones para limitar y controlar el poder político. En este sentido, cada constitución presenta una doble significación ideológica: liberar a los destinatarios del poder del control social absoluto de sus dominadores, y asignarles una legítima participación en proceso del poder. Para alcanzar este propósito se tuvo que someter el ejercicio del poder político a determinadas reglas y procedimientos que debían ser respetados por los detentadores del poder” (LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Trad.: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 151).

¹⁷⁵ “Aí estão os três grandes objetivos, que, conjugados, iriam resultar no constitucionalismo: a afirmação da *supremacia do indivíduo*, a necessidade de *limitação do poder* dos governantes e a crença quase religiosa nas virtudes da razão, apoiando a busca da *racionalização do poder*” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 198).

¹⁷⁶ Nos célebres escritos sobre o federalismo norte americano, Alexander Hamilton, ainda no Século XVIII, já propunha: “Não há posição fundada em princípios mais claros que aquela de que todo ato de um poder delegado que contrarie o mandato sob o qual é exercido é nulo. Portanto, nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. [...] Uma Constituição é de fato uma lei fundamental, e

como tal deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir o seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do corpo legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida ao estatuto, a intenção do povo à intenção de seus agentes. [...] Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entre em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por essa última e não pelas primeiras” (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 480-481).

Esta conclusão não supõe de modo algum uma superioridade do poder judiciário sobre o legislativo. Supõe apenas que o poder do povo é superior a ambos, e que, quando a vontade do legislativo, expressa em suas leis, entre em oposição com a do povo, expressa na Constituição, os juízes devem ser governados por essa última e não pelas primeiras” (MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 480-481).

¹⁷⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

¹⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 296.

¹⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1054-1056.

2.2.1 Controle de constitucionalidade pela via incidental

O controle de constitucionalidade pela via incidental – também chamado de controle por via de exceção ou de defesa, por via indireta ou oblíqua ou, ainda, controle de constitucionalidade em concreto – ocorre “quando, no curso de um pleito judiciário, uma das partes levanta, em defesa de sua causa, a objeção de inconstitucionalidade da lei que se lhe quer aplicar”.¹⁸⁰ Pressupõe, assim, a análise da matéria pelo órgão do Poder Judiciário no bojo de um caso concreto, em sede de ação judicial, como questão prejudicial ao julgamento de determinada pretensão, e, por essa razão, os efeitos da decisão judicial são produzidos, em regra, unicamente entre as partes litigantes, sem, contudo, gerar eficácia geral (*erga omnes*) e sem retirar do ordenamento jurídico a norma questionada.¹⁸¹

Referido mecanismo de análise da constitucionalidade das leis remonta ao antológico caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, julgado pela Suprema Corte estadunidense, sob a liderança do *Chief Justice* John Marshall, no qual os julgadores deixaram de aplicar dada legislação inconstitucional a um caso concreto por entendê-la em desacordo com a Constituição (*judicial review*).¹⁸²

Uma observação, entretanto, faz-se relevante: a necessária distinção entre controle pela via incidental e controle difuso.

Ora, o controle difuso de constitucionalidade corresponde ao sistema que atribui competência a qualquer órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário para examinar a constitucionalidade dos atos normativos quando do exercício de sua função jurisdicional – como ocorre no caso brasileiro desde

a Constituição de 1891¹⁸³ –, não ficando tal atribuição circunscrita a um órgão específico, como uma corte constitucional. Embora a análise da constitucionalidade de atos normativos pela via incidental se manifeste, no mais das vezes, por meio do controle difuso, há também hipóteses relacionadas ao controle concentrado, como ocorre, por exemplo, no sistema alemão, no qual não é dado a quaisquer juízes pronunciar a inconstitucionalidade de atos normativos¹⁸⁴: entendendo pela inconstitucionalidade de determinada norma no julgamento de um caso concreto, os magistrados precisam suspender o processo e submeter a matéria ao prévio exame do Tribunal Constitucional, para, só então, poderem decidir a demanda.¹⁸⁵

No caso brasileiro, não se pode deixar de anotar também o julgamento paradigmático da ADI 3470,¹⁸⁶ que discutia a utilização do amianto em nosso país, no qual o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 9.055/1995, como questão prejudicial e pressuposta para a análise do bloco normativo impugnado de forma principal na ação direta. No referido precedente, o STF atribuiu eficácia *erga omnes* a essa declaração incidente, sustentando ter havido mutação constitucional do art. 52, X, da CRFB. Como fora realizada no bojo de uma ação direta de inconstitucionalidade – em sede de controle abstrato e concentrado, portanto –, tal precedente ainda gera dúvidas sobre seu alcance, isto é, se a eficácia *erga omnes* se daria, doravante, em quaisquer declarações incidentais de inconstitucionalidade pronunciadas pelo STF – seja em controle concreto, seja em controle abstrato de constitucionalidade, como há tempos defende o Min. Gilmar Mendes¹⁸⁷ – ou apenas quando essa

¹⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 302.

¹⁸¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 53-54.

¹⁸² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, op. cit., p. 1058.

¹⁸³ Ibidem, p. 1084.

¹⁸⁴ Assim estabelece o art. 100, (1), da Constituição Federal Alemã: “(1) Quando um tribunal considerar uma lei, de cuja validade dependa a decisão, como inconstitucional, ele terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da constituição de um Estado, ou à decisão do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental. Isto também é aplicável, quando se tratar da violação desta Lei Fundamental pela legislação estadual ou da incompatibilidade de

uma lei estadual com uma lei federal” (ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949**. Berlim: Parlamento Federal Alemão, 2019. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2021.).

¹⁸⁵ MENDES, Gilmar. Instituição e história das duas cortes judiciais. In: _____. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, [livro eletrônico].

¹⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3470**. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 6 mar. 2021.

¹⁸⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1131-1140.

declaração se desse em sede de controle abstrato.¹⁸⁸

2.2.2 Controle de constitucionalidade pela via principal

O controle de constitucionalidade pela via principal – também chamado de controle pela via de ação ou pela via direta ou, ainda, de controle abstrato – é aquele que “permite o controle da norma *in abstracto* por meio de uma ação de inconstitucionalidade prevista formalmente no texto constitucional”.¹⁸⁹ Como tal, prescinde da existência de um caso concreto ou conflito específico, podendo a verificação da constitucionalidade da norma ser instaurada no bojo de um processo que discuta a matéria apenas em tese como questão principal.¹⁹⁰

Sua origem histórica remonta à Constituição austríaca de 1920, na qual, por inspiração das ideias de Hans Kelsen, foi prevista a criação de um órgão específico – a Corte Constitucional –, que poderia ser provocado por meio de ação de iniciativa do Governo Federal para apreciação, em abstrato, da constitucionalidade das leis federais.¹⁹¹

Referido sistema de controle se caracteriza por ser instrumentalizado por meio de um *processo objetivo*,¹⁹² cuja finalidade precípua é fiscalizar, abstratamente, a compatibilidade dos atos normativos com a Constituição – daí a expressão “controle pela via principal” –, resultando em uma decisão apta a extirpar a norma impugnada do

mundo jurídico de forma definitiva e com eficácia geral.¹⁹³ Corresponde, assim, a mecanismo de controle “sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante”.¹⁹⁴

Em razão desses atributos, especialmente, do enorme impacto causado no ordenamento jurídico, a competência para o seu exercício costuma ser atribuída de forma exclusiva a órgãos específicos – geralmente, a um tribunal de cúpula (corte suprema) ou a uma corte constitucional¹⁹⁵ –, evitando-se, assim, que tamanha potestade possa ser exercida de forma capilarizada, a gerar insegurança jurídica e instabilidade política.

No Brasil, o controle abstrato de constitucionalidade assistiu aos seus primeiros lampejos com a Constituição de 1934, que criou a ação direta de inconstitucionalidade interventiva.¹⁹⁶ Entretanto, foi a promulgação da Constituição de 1988 que potencializou, sobremaneira, o referido sistema, ao ampliar o rol de legitimados para deflagrá-lo (art. 103 da CRFB/1988) e criar novas espécies de ações destinadas a viabilizar esse controle – como, por exemplo, a ação declaratória de constitucionalidade (inicialmente, inserida no § 4º do art. 103 da CRFB/1988 por meio da Emenda Constitucional n. 3/1993) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (inicialmente, prevista no então parágrafo único do art. 102 da CRFB/1988).¹⁹⁷

Além disso, também está expressa no texto

¹⁸⁸ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 317-321.

¹⁸⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 307.

¹⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1055.

¹⁹¹ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 309.

¹⁹² Em passagem extremamente didática, constante de parecer exarado nos autos da Representação n. 1405, o Min. Gilmar Ferreira Mendes, àquela época, na condição de representante do Ministério Público, assim se manifestou sobre os caracteres do processo objetivo: “[...] um processo sem sujeitos, destinado, pura e simplesmente, à defesa da Constituição [...]. Não se cogita, propriamente, da defesa de interesse do requerente (Rechtsschutzbedürfnis), que pressupõe a defesa de situações subjetivas. Nesse sentido, assentou o *Bundesverfassungsgericht* que, no controle abstrato de normas, cuida-se, fundamentalmente, de um processo unilateral, não-contraditório, isto é, de um processo sem partes, no qual existe um requerente, mas inexistente requerido [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Representação 1405**.

Relator: Min. Moreira Alves, 18 de maio de 1988. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264115>. Acesso em: 6 mar. 2021).

¹⁹³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 53-54.

¹⁹⁴ BONAVIDES, Paulo, op. cit., p. 307.

¹⁹⁵ “Em linhas gerais, o Tribunal Constitucional de Kelsen é um órgão independente, que possui *competência privativa para fiscalizar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos* de forma *abstrata*, isto é, independente de um caso concreto, quando provocado por ação *específica* para a análise da compatibilidade entre o ato infraconstitucional e a Constituição” (GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. O Supremo como Corte Constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro: organização do Estado e separação dos poderes**. vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, [livro eletrônico]).

¹⁹⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 51.

¹⁹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo:

constitucional a previsão da eficácia *erga omnes* das decisões em sede de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, § 2º, da CRFB/1988, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 45/2004), sendo que, quanto à arguição de descumprimento de preceito fundamental, a previsão está contida no art. 10, § 3º, da Lei n. 9.882/1999.

3 A COISA JULGADA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

3.1 Breves considerações sobre a ação civil pública e seu objeto

Em antológico e festejado estudo sobre o acesso à justiça, no qual realizaram uma aprofundada análise dos entraves para a efetivação do referido direito fundamental, Mauro Cappelletti e Bryant Garth identificaram três movimentos – a que chamaram de “ondas” –, relativamente uniformes, de respostas dadas pelos ordenamentos jurídicos ocidentais com o objetivo de contornar os problemas para esse acesso. A segunda onda de tais respostas, segundo os autores, “dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses ‘difusos’*”.¹⁹⁸

No Brasil, também se verificou a presença dessa segunda onda, como forma de viabilizar a tutela judicial de direitos não vinculados a um sujeito em específico, mas relacionados ao interesse de toda uma coletividade, do que é marco eloquente o

advento da ação popular (Lei n. 4.717/1965)¹⁹⁹ – embora, desde a década de 1940, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) já contasse com mecanismo de tutela de interesses coletivos, como o dissídio coletivo (arts. 856 e seguintes), sendo que, na década de 1950, também foi reconfigurada a ação de cumprimento como ferramenta dessa natureza, inclusive, com a previsão de substituição processual (art. 872, parágrafo único, com redação dada pela Lei n. 2.275/1954).²⁰⁰

É nesse contexto que surge a ação civil pública, criada pela Lei n. 7.437/1985, com o objetivo de tutelar judicialmente a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor e aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º, na redação original).

A consolidação do capitalismo pós-industrial,²⁰¹ contribuindo para o surgimento da sociedade de massas, aprofundou a necessidade de ampliação e aperfeiçoamento dos mecanismos de tutela judicial dos interesses metaindividuais,²⁰² do que é reflexo a publicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.078/1990), trazendo também toda uma sistemática para a tutela dos interesses coletivos em juízo. Além disso, o CDC reincluiu a regra do inciso IV no art. 1º da Lei n. 7.437/1985, prevendo a possibilidade de utilização da ação civil pública para a defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos – disposição que estava presente no projeto originariamente aprovado pelo Congresso Nacional para a ação civil pública, mas que fora vetada pela Presidência da

Saraiva, 2009, p. 1103-1106.

¹⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 31.

¹⁹⁹ PIZZOL, Patricia Miranda. Aspectos gerais da defesa dos direitos coletivos. In: PIZZOL, Patricia Miranda. **Tutela coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, [livro eletrônico].

²⁰⁰ “Em se tratando de ação coletiva de cumprimento, o sindicato autor da ação atua como substituto processual, espécie de legitimação extraordinária, uma vez que ele atua judicialmente em nome próprio (sujeito titular da ação), mas defendendo direitos ou interesses individuais homogêneos dos trabalhadores (titulares do direito material deduzido na ação). Cuida-se, aqui, de autêntica ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos, nos moldes do art. 8º, III, da CF e do art. 92 do CDC” (LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1574).

²⁰¹ Segundo a lição de Fábio Konder Comparato, são características desse novo modelo econômico: “a mudança do foco principal da atividade econômica, da produção industrial para a prestação de serviços; a supremacia das indústrias

baseadas no novo saber tecnológico, notadamente a informática e a robótica; e uma nova estratificação social, com o aparecimento de uma elite de poder (a *power elite* de C. Wright Mills), dotada de apreciável saber técnico” (COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista**: para compreender o mundo em que vivemos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, [livro eletrônico]).

²⁰² “Realmente, as características da vida contemporânea produzem a emersão de uma série de situações em que, longe de achar-se em jogo o direito ou o interesse de uma única pessoa, ou de algumas pessoas individualmente consideradas, o que sobrepõe, o que assume proporções mais imponentes, é precisamente o fato de que se formam conflitos nos quais grandes massas estão envolvidas, e um dos aspectos pelos quais o processo recebe o impacto desta propensão do mundo contemporâneo para os fenômenos de massa: produção de massa, distribuição de massa, cultura de massa, comunicação de massa e, por que não, processo de massa?” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública após 35 anos**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, [livro eletrônico]).

República, quando da publicação da Lei n. 7.347/1985.

A reinclusão desse dispositivo permitiu, assim, à doutrina reconhecer que a ação civil pública, doravante, poderia ter por objeto quaisquer espécies de interesses coletivos, isto é, quer se tratassem de interesses difusos ou coletivos em sentido estrito, quer de direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, do CDC).²⁰³ Embora tenha havido alguma claudicação inicial nesse tocante, a jurisprudência terminou por pacificar a matéria e referendar a possibilidade de utilização ampla da ação civil pública, para quaisquer dessas espécies de direitos ou interesses, inclusive, reconhecendo ao Ministério Público legitimidade para tanto.²⁰⁴

3.2 A eficácia da coisa julgada em sede de ação civil pública

Conforme visto anteriormente, a criação da ação civil pública veio como uma resposta do ordenamento jurídico para a tutela judicial dos interesses coletivos em sentido amplo, sendo que o tratamento molecularizado desses direitos – em detrimento daquele atomizado e individual tradicionalmente dispensado –, busca atingir diversos objetivos, dentre os quais “substituir várias ações individuais, o que permite uma melhor atuação do Judiciário, além de proporcionar maior segurança jurídica, pois são evitados julgamentos conflitantes”. Assim, referido mecanismo “fortalece o Judiciário, racionalizando o seu trabalho, permitindo a sua participação nas grandes controvérsias nacionais”.²⁰⁵

Em razão disso, o art. 16 da Lei n. 7.347/1985 previu, em sua redação original – tal como o fizera o art. 18 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) –, que a coisa julgada em sede de ação civil pública produziria – salvo o caso de improcedência por insuficiência de provas (coisa julgada *secundum eventum probationis*) –, eficácia *erga omnes*, isto é, aptidão para atingir “a esfera jurídica de todos aqueles que estiverem, de alguma forma, envolvidos na matéria objeto da ACP”.²⁰⁶

É verdade que o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, veio a trazer novas luzes sobre o regramento da matéria, tendo o seu art. 103 estabelecido uma complementação e uma melhor explicitação da eficácia da coisa julgada produzida nas ações coletivas, sendo:

a) *erga omnes*, salvo se o pedido for julgado improcedente, por insuficiência de provas, quando o seu objeto for a defesa de interesses ou direitos difusos (CDC, art. 82, I, c.c. art. 103, I);

b) *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe de pessoas, exceto na hipótese de improcedência por falta de provas, quando a ação tiver por escopo a defesa de direitos ou interesses coletivos (CDC, art. 81, III, c.c. art. 103, III);

c) *erga omnes*, apenas em caso de procedência do pedido (*in utilibus*), para beneficiar todos os titulares dos direitos materiais correspondentes (CDC, art. 81, III, c.c. art. 103, III).²⁰⁷

Embora previsto no texto da legislação consumerista, referido regramento aplica-se

203

“Com o advento do CDC, o âmbito de abrangência da LACP foi ampliado, de sorte que podem ser propostas todas e quaisquer ações para a tutela dos direitos protegidos pela LACP (CDC 83, 90; LACP 21). [...] Não há mais limitação ao tipo de ação, para que as entidades enumeradas na LACP 5.º e CDC 82 estejam legitimadas à propositura da ACP para a defesa, em juízo, dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Ação civil pública – art. 1º. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Processuais Cíveis anotadas e comentadas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, [livro eletrônico]).

204

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS. CONTRATO PARA REALIZAÇÃO DE OBRA PÚBLICA. 1. O art. 127 da Constituição Federal estabelece a competência do Ministério Público para promover, por meio da ação civil pública, na forma do seu art. 129 e do art. 1º, IV, da Lei n. 7.347/85, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis. 2. É assente na doutrina e jurisprudência que o objeto da ação civil pública abarca quaisquer direitos transindividuais, sejam

eles difusos ou coletivos, ou mesmo individuais homogêneos, uma vez que a defesa judicial promovida por meio de tais ações não se esgota nas hipóteses contempladas no art. 1º da Lei n. 7.347/85. [...]” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 224.677/MT**. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 7 de junho de 2005. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=199900673620&dt_publicacao=01/08/2005. Acesso em: 6 mar. 2021).

205

PIZZOL, Patricia Miranda. Aspectos gerais da defesa dos direitos coletivos. In: PIZZOL, Patricia Miranda. **Tutela coletiva: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, [livro eletrônico].

206

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Ação civil pública – art. 16. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Processuais Cíveis anotadas e comentadas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, [livro eletrônico].

207

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 172.

regularmente à disciplina da ação civil pública, conforme cláusulas de abertura e de recíproca imbricação previstas no art. 21 da Lei n. 7.347/1985 e no art. 90 do CDC. Juntamente com as disposições constitucionais e outras constantes de diplomas legislativos – como, por exemplo, a Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) e o Código de Processo Civil –, formam um só bloco normativo de disciplina da tutela coletiva, motivo pelo qual “não há como deixar de reconhecer, em nosso sistema processual, a existência de um subsistema específico, rico e sofisticado, aparelhado para atender aos conflitos coletivos, característicos da sociedade moderna”,²⁰⁸ isto é, um “sistema integrado de acesso coletivo à justiça”.²⁰⁹

Ocorre que, por meio da Medida Provisória n. 1570/1997 – posteriormente, convertida na Lei n. 9.494/1997 –, foi dada nova redação ao art. 16 da Lei n. 7.347/1985: o dispositivo passou a prever que a eficácia *erga omnes* da coisa julgada produzida em sede de ação civil pública se daria apenas “nos limites da competência territorial do órgão prolator”.

A inovação gerou consideráveis comentários na doutrina e calorosos embates na jurisprudência.

Por um lado, há os que defendem a correção do novo texto legislativo, como, por exemplo, externou o Min. Marco Aurélio, no julgamento da medida cautelar na ADI 1576 pelo STF – que questionava a constitucionalidade do novo texto. Segundo ele, a nova redação teria servido apenas para melhor explicitar a matéria, na medida em que o dispositivo já limitava, “mesmo na redação primitiva, a coisa julgada erga omnes da sentença civil à área de atuação do órgão que viesse a prolatá-la”. Assim, a alteração da norma seria “pedagógica, a revelar o surgimento de efeitos erga omnes na área de atuação do juízo e, portanto, o respeito à competência geográfica delimitada pelas leis de regência”.²¹⁰

Entretanto, predominou, em âmbito doutrinário, uma visão crítica quanto à nova redação, pois seria “difícil compatibilizar essa espécie de limitação com a natureza jurídica da coisa

julgada (= que nada mais é do que uma qualidade da sentença, a da sua imutabilidade)”. Assim, “é incompreensível como se possa cindir territorialmente a imutabilidade assim constituída, limitando-a, por exemplo, a uma comarca, ou a uma cidade, ou até, em caso de juiz que atua em vara distrital, a apenas uma parte da cidade”.²¹¹

Na verdade, segundo a doutrina, tudo levava a crer que a nova redação decorreria de confusão dos “limites subjetivos da coisa julgada, matéria tratada na norma, com jurisdição e competência, como se, v.g., a sentença de divórcio proferida por juiz de São Paulo não pudesse valer no Rio de Janeiro e nesta última comarca o casal continuasse casado”.²¹² A prevalecer a interpretação literal do dispositivo, poder-se-ia ter “a produção de uma estranha sentença, com duas qualidades: seria válida, eficaz e *imutável* em determinado território, mas seria válida, eficaz e *mutável* fora desse território”.²¹³

Nesse contexto, a proposta hermenêutica prevalecente considerou como de nenhuma eficácia a nova redação dada ao dispositivo, ante as normas que regem o microsistema processual de tutela coletiva, como se vê, por exemplo, das lições de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, os quais, inclusive, atribuem a pecha da inconstitucionalidade ao dispositivo:

A norma, na redação dada pela L 9494/97, é inconstitucional e ineficaz. Inconstitucional por ferir os princípios do direito de ação (CF 5.º XXXV), da razoabilidade e da proporcionalidade e porque o Presidente da República a editou, por meio de medida provisória, sem que houvesse autorização constitucional para tanto, pois não havia urgência (o texto anterior vigorava há doze anos, sem oposição ou impugnação), nem relevância, requisitos exigidos pela CF 62 *caput* para que o Presidente da República possa, em caráter *absolutamente excepcional*, legislar por MedProv. Ineficaz porque a alteração

208 ZAVASCKI, Teori Albino. A “revolução” brasileira no domínio do processo coletivo. In: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, [livro eletrônico].

209 LEITE, Carlos Henrique Bezerra, op. cit., p.

87.

210 STF - ADI 1576 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1997, DJ 06-06-2003 PP-00029 EMENT VOL-02113-01 PP-00123. Ressalte-se que a referida ADI foi, posteriormente, extinta sem resolução de mérito.

211 ZAVASCKI, Teori Albino. Sentença e coisa julgada. In: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo**

coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, [livro eletrônico].

212

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Ação civil pública – art. 16. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Processuais Cíveis anotadas e comentadas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, [livro eletrônico].

213

ZAVASCKI, Teori Albino. Sentença e coisa julgada. In: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, [livro eletrônico].

ficou capenga, já que incide o CDC 103 nas ações coletivas ajuizadas com fundamento na LACP, por força do LACP 21 e CDC 90. [...]

Pela superveniência do CDC, houve *revogação tácita* da LACP 16 (de 1985) pela lei posterior (CDC, de 1990), conforme dispõe a LINDB 2.º § 1.º. Assim, quando editada a L 9494/97, não mais vigorava o LACP 16, de modo que ela não poderia ter *alterado* o que já não existia. Para que a “nova redação” da LACP 16 pudesse ter operatividade (existência, validade e eficácia *formal* e, por consequência, *material*), deveria a L 9494/97 ter *incluído* na LACP o art. 16, já que não se admite, no direito brasileiro, a repristinação de lei (LINDB 2.º § 3.º), e, ainda, a esse artigo incluído, dar nova redação. Portanto, também por esse argumento não mais existe o revogado sistema da coisa julgada que vinha previsto na LACP 16. O dispositivo legal que se encontra em vigor sobre o assunto é, hoje, o CDC 103.²¹⁴

No âmbito da jurisprudência do STJ, resgatando o passado próximo, uma primeira tentativa de pacificação da matéria se deu com o julgamento do REsp 1243887/PR, em que se estabeleceu: “os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido,

levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo”.²¹⁵ Entretanto, o caso – que tratava de expurgos inflacionários de poupadores do Banestado do Paraná – continha uma peculiaridade que foi importante para o desfecho do julgamento: o fato de se tratar de sentença já transitada em julgado, na qual, expressamente, constara que efeitos se estenderiam para além da comarca do órgão prolator da decisão, alcançando todo o Estado.

Assim, a matéria voltou a ser revisitada, desta feita, quando do julgamento do ERESp 1134957/SP, ocasião em que foi reafirmado o quanto decidido no REsp 1243887/PR e esclarecido ser “indevido limitar, aprioristicamente, a eficácia de decisões proferidas em ações civis públicas coletivas ao território da competência do órgão judicante”.²¹⁶

Dessa forma, pode-se dizer que a jurisprudência do STJ está posicionada no sentido de ser indevida a limitação geográfica de que trata o art. 16 da Lei n. 7.347/1985 e a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho também não discrepa dessa mesma orientação.²¹⁷

Finalmente, a matéria restou também pacificada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 1101937, em regime de repercussão geral (Tema 1075). Na ocasião, entendeu a Corte Suprema pela inconstitucionalidade da alteração promovida no art. 16 da Lei n. 7.347/1985, repristinando-se sua redação original, por ofensa à isonomia e ao

²¹⁴ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Ação civil pública – art. 16. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Processuais Cíveis anotadas e comentadas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, [livro eletrônico]. Registre-se, também, por oportuno, a existência de uma corrente intermediária, que propõe o seguinte: “O sentido da limitação territorial contida no art. 16, antes referido, há de ser identificado por interpretação sistemática e histórica. Ausente do texto original da Lei 7.347/1985, sua gênese foi a nova redação dada ao dispositivo pelo art. 2.º da Lei 9.494, de 10.09.1997. [...] O que ele objetiva é limitar a eficácia subjetiva da sentença (= e não da coisa julgada), o que implica, necessariamente, limitação do rol dos substituídos no processo (= que se restringirá aos domiciliados no território da competência do juízo). [...] Compreendida a limitação territorial da eficácia da sentença nos termos expostos, é possível conceber idêntica limitação à eficácia da respectiva coisa julgada. Nesse pressuposto, em interpretação sistemática e construtiva, pode-se afirmar, portanto, que a eficácia territorial a que se refere o art. 16 da Lei 7.347/1985 diz respeito apenas à eficácia das sentenças proferidas em ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 2.º-A da Lei 9.494/1997, e não, propriamente,

às sentenças que tratam de típicos direitos transindividuais” (ZAVASCKI, Teori Albino. Sentença e coisa julgada. In: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, [livro eletrônico]).

²¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial 1243887/PR**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 de outubro de 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100534155&dt_publicacao=12/12/2011. Acesso em: 6 mar. 2021..

²¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Embargos de Divergência em Recurso Especial 1134957/SP**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 24 de outubro de 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300519527&dt_publicacao=30/11/2016. Acesso em: 6 mar. 2021.

²¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **Embargos em Recurso de Revista 139700-61.2002.5.03.0050**. Relator: Min. Walmir Oliveira da Costa, 21 de novembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/3b1e51bee005b4c0a12d7065a18120f7>. Acesso em: 6 mar. 2021.

princípio da eficiência da atividade jurisdicional.²¹⁸

4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Após esse breve percurso, no qual se pretendeu fixar as principais premissas para o enfrentamento da questão central que ocupa este trabalho, cabe analisar, doravante, as possibilidades e contornos do controle de constitucionalidade em sede de ação civil pública. Para tanto, proponhamos um exemplo, que servirá de intróito ao raciocínio a ser desenvolvido.

Suponhamos que determinada lei federal, editada pela União sob o argumento de proteção à segurança pública, venha a determinar que os órgãos de fiscalização das relações de trabalho, quando de suas atividades de inspeção, passem a exigir a apresentação de certidão de antecedentes criminais de todos os trabalhadores da empresa fiscalizada. O Ministério Público, tomando conhecimento da matéria, ajuíza ação civil pública, postulando a condenação da União em obrigação de não fazer, consistente na abstenção da exigência da mencionada certidão, por entender a medida como discriminatória e desproporcional. Apresenta, como fundamento do pedido, a incompatibilidade da norma com a Constituição Federal.

Nesse contexto, eventual decisão que acolhesse a pretensão, por entender configurada a violação à Constituição, ainda que incursionando na matéria de forma meramente incidental, teria os mesmos *efeitos práticos* de uma decisão do STF em sede de controle abstrato, uma vez que suprimiria qualquer *efeito concreto* da norma editada, a despertar o debate em torno da possibilidade do controle de constitucionalidade nas ações civis públicas.

Uma primeira corrente, entendendo que a ação civil pública se assemelha muito a um processo objetivo – visto que a parte autora não defende situações subjetivas específicas, mas, sim, postula uma tutela de interesse público –, posiciona-se pela impossibilidade da declaração de inconstitucionalidade, mesmo que incidentalmente. Segundo essa vertente, a decisão acarretaria efeitos semelhantes aos produzidos nas ações de controle abstrato de constitucionalidade, ante a eficácia *erga omnes* da coisa julgada:

Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de

constitucionalidade, a decisão que, em ação civil pública, afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita. [...]

Em verdade, ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de dada norma infraconstitucional, é certo que o seu objetivo precípua haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a caso concreto, porque de caso concreto não se cuida. [...]

Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.²¹⁹

Noutro giro, defendendo a possibilidade, sem ressalvas, do controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública, está a doutrina de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery:

O objeto da ACP é a defesa de um dos direitos tutelados pela CF, pelo CDC e pela LACP. A ACP pode ter como fundamento a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. O objeto da ADIn é a declaração, em abstrato, da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, com a consequente retirada da lei declarada inconstitucional do mundo jurídico por intermédio da eficácia *erga omnes* da coisa julgada. Assim, o *pedido* na ACP é a proteção do bem da vida tutelado pela CF, CDC ou LACP, que pode ter como *causa de pedir* a inconstitucionalidade de lei, enquanto o *pedido* na ADIn será a própria declaração

²¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 1101937**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 8 de abril 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur4>

48446/false. Acesso em: 12 jul. 2024..

²¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 760, p. 11-39, fev. 1999, [documento eletrônico].

da inconstitucionalidade da lei. São inconfundíveis os objetos da ACP e da ADIn.²²⁰

Perfilhando uma corrente intermediária, Teori Albino Zavascki sustenta que, em regra, “não há empecilho algum a que, nesses limites, a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade seja incidentalmente averiguada, aferindo-se a aptidão ou não da norma para operar a incidência sobre os fatos e para produzir os correspondentes efeitos jurídicos”. Entretanto, quando eventual declaração de inconstitucionalidade na ação civil pública, ainda que incidental, venha a acarretar efeitos semelhantes ao de uma decisão em sede de controle abstrato de constitucionalidade, retirando qualquer

efeito concreto da norma analisada – como no exemplo citado ao início deste tópico –, a conclusão deveria ser diversa, pois, caso contrário, “significaria inadmissível deformação do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, a ser repelida”.²²¹

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência da Corte tem admitido, como regra, o controle incidental de constitucionalidade nas ações civis públicas,²²² mas tem também ressalvado as situações em que a utilização desta ação se dê com o intuito de atingir os mesmos *efeitos práticos* do controle abstrato de constitucionalidade²²³ ou mesmo quando se perceba a tentativa de dissimular esse mesmo sistema de controle, usurpando a competência do STF.²²⁴

²²⁰ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Ação civil pública – art. 1º. In: NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, [livro eletrônico].

²²¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Sentença com eficácia erga omnes e controle incidental de constitucionalidade. In: ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, [livro eletrônico].

²²² E M E N T A: RECLAMAÇÃO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO RECURSO DE AGRAVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE – QUESTÃO PREJUDICIAL – POSSIBILIDADE – INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PRECEDENTES – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. – O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Embargos de Declaração na Reclamação 1898**. Relator: Min. Celso de Mello, 10 de junho de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6438642>. Acesso em: 6 mar. 2021).

²²³ EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. OCUPAÇÃO DE LOGRADOUROS PÚBLICOS NO DISTRITO FEDERAL. PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTER TANTUM DA LEI 754/1994 DO DISTRITO FEDERAL. QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO DO DISTRITO FEDERAL DESPROVIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL PREJUDICADO.

Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Distrito Federal com pedidos múltiplos, dentre eles, o pedido de declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum da lei distrital 754/1994, que disciplina a ocupação de logradouros públicos no Distrito Federal. Resolvida questão de ordem suscitada pelo relator no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal não torna prejudicado, por perda de objeto, o recurso extraordinário. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido que se pode pleitear a inconstitucionalidade de determinado ato normativo na ação civil pública, desde que incidenter tantum. Veda-se, no entanto, o uso da ação civil pública para alcançar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos erga omnes. No caso, o pedido de declaração de inconstitucionalidade da lei 754/1994 é meramente incidental, constituindo-se verdadeira causa de pedir. Negado provimento ao recurso extraordinário do Distrito Federal e julgado prejudicado o recurso extraordinário ajuizado pelo Ministério Público do Distrito Federal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 424993**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 12 de setembro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491236>. Acesso em: 6 mar. 2021).

²²⁴ EMENTA Constitucional e Processual Civil. Reclamação constitucional. Subsídio mensal e vitalício pago a ex-ocupantes do cargo de chefe do Poder Executivo. Ação civil pública. Contorno de ação direta de inconstitucionalidade. Usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. Reclamação julgada procedente. 1. A ausência de identidade entre os atores elencados como responsáveis pela prática dos atos lesivos ao patrimônio público e aos princípios da Administração Pública na narrativa apresentada na peça vestibular da ação civil pública e aqueles indicados para integrar o polo passivo da lide, bem como a constatação de que o adimplemento do benefício está fundamentado em ato normativo geral editado pelo Poder Legislativo do Estado do Mato Grosso e que o pedido de cessação do pagamento do benefício está fundamentado em normas constitucionais

A nosso ver, analisando a questão *de lege lata*, pensamos que não há como deixar de reconhecer a possibilidade ampla de controle incidental da constitucionalidade de atos normativos em sede de ação civil pública. Isso porque o controle incidental de constitucionalidade decorre do regime adotado por nossa Constituição e não há qualquer disposição na legislação restringindo a sua utilização de forma incidental, independente da modalidade de tutela buscada judicialmente – se individual ou coletiva. Aliás, cabe destacar que, na doutrina, há até mesmo quem reconheça nesse mecanismo os atributos correspondentes a um direito fundamental.²²⁵

Por outro lado, cabe destacar, conforme bem pontua Georges Abboud, que “a sentença proferida na ação civil pública não impede a reapreciação da mesma questão pelo STF em sede de controle abstrato por meio de ADIn ou ADC”,²²⁶ o que, portanto, demonstra que não há a produção integral dos mesmos *efeitos jurídicos* do controle abstrato – como, por exemplo, a imutabilidade da questão decidida, por força da coisa julgada. Também assim, como destaca o referido autor, a decisão em sede de ação civil pública não produz o “efeito vinculante aos particulares – algo apenas possível no controle abstrato de constitucionalidade”.²²⁷

Entretanto, não há como deixar de reconhecer também a acentuada repercussão política das decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade. Ainda que em caráter incidental, o reproche judicial a determinada norma jurídica, por incompatibilidade com a Constituição,

“es, esencialmente, control político y, cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es, en realidad, una decisión política”.²²⁸ Assim, quanto mais amplos os efeitos concretos produzidos pela declaração incidental de inconstitucionalidade, maior será o impacto político gerado pela decisão, o que, indubitavelmente, descamba, se não para um confronto, pelo menos, para uma tensão entre a legitimidade política da norma rejeitada e a legitimidade política do controle incidental e difuso de constitucionalidade.

Daí por que, maturando a problemática e imaginando possíveis soluções *de lege ferenda*, concordamos com a proposta aventada por Gilmar Mendes, inspirada no modelo alemão, para a criação de um *incidente de inconstitucionalidade*, que:

[...] permitiria fosse apreciada diretamente pelo STF controvérsia sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os atos anteriores à Constituição, a pedido do Procurador-Geral da República, do Advogado-Geral da União, do Procurador-Geral de Justiça e do Procurador-Geral do Estado, sempre que houvesse perigo de lesão à segurança jurídica, à ordem ou às finanças públicas. A Suprema Corte poderia, acolhendo incidente de inconstitucionalidade, determinar a suspensão de processo em curso perante qualquer juízo ou tribunal para proferir decisão exclusivamente sobre a questão federal suscitada.²²⁹

evidenciam a pretensão final da ACP de que se declare a inconstitucionalidade da parte final do art. 1º da Emenda à Constituição estadual nº 22/2003, esvaziando a eficácia da referida norma. 2. A pretensão deduzida nos autos da ação civil pública está dissociada da natureza típica das ações de responsabilização cível; se destina, antes, a dissimular o controle abstrato de constitucionalidade da parte final do art. 1º da Emenda nº 22/2003 à Constituição do Estado do Mato Grosso, que, ao extinguir a pensão vitalícia paga aos ex-ocupantes do cargo de chefe do Poder Executivo estadual, assegurou a manutenção do pagamento àqueles que já houvessem adquirido o direito de gozar o benefício. 3. Há usurpação da competência do STF inscrita no art. 102, I, a, da CF/88 quando configurado o ajuizamento de ação civil pública com o intento de dissimular o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo estadual em face da Constituição Federal. 4. Arquivamento da ação civil pública, ante a ausência de legitimidade ativa ad causam do Parquet estadual para propor ação direta de inconstitucionalidade perante a Suprema Corte, nos termos do art. 103 da CF/88. Precedentes. 5. Reclamação julgada procedente para cassar a decisão que julgou procedente o pedido formulado nos autos da ação civil pública, declarar a

incompetência do juízo de primeira instância e determinar o arquivamento da ação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Reclamação 19662**. Relator: Min. Dias Toffoli, 6 de setembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13250930>. Acesso em: 6 mar. 2021).

²²⁵ ABBoud, Georges. A importância de se conferir natureza de direito fundamental à *judicial review*. In: ABBoud, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, [livro eletrônico].

²²⁶ ABBoud, Georges. Controle difuso de constitucionalidade e declaração de não recepção de leis inconstitucionais em ações coletivas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 926, p. 571-606, dez. 2012, [documento eletrônico].

²²⁷ Ibidem, [documento eletrônico].

²²⁸ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Trad.: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 309.

²²⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 760, p. 11-39, fev. 1999, [documento eletrônico].

A criação do referido *incidente* teria o condão de permitir que a discussão da constitucionalidade da norma, nos casos de maior relevância e repercussão social – como naqueles em que os efeitos concretos do ato normativo fossem praticamente suprimidos pela decisão em controle incidental e difuso de constitucionalidade –, pudesse ser, desde logo, afetada ao Supremo Tribunal Federal, a quem, indubitavelmente, caberá a palavra final sobre a matéria, evitando-se, assim, um quadro de insegurança jurídica e acelerando-se a pacificação da questão.²³⁰ Aliás, seguindo lógica aparentemente semelhante, o CPC/2015 criou a figura do Incidente de Assunção de Competência – IAC (arts. 947 e seguintes).

É importante destacar, ainda, que a referida proposta – *de lege ferenda*, repita-se – “não altera, em seus fundamentos, o sistema difuso de controle de constitucionalidade, introduzido entre nós pela Constituição de 1891”,²³¹ pois quando:

[...] o ‘incidente’ não for argüido, e sempre haverá questões que não despertem o interesse dos legitimados especiais em um país com as dimensões do nosso, com tantas unidades federadas, o controle difuso da constitucionalidade, inclusive no subtipo controle coletivo, manter-se-ia intacto.²³²

A criação do referido incidente até chegou a ser objeto do substitutivo apresentado pelo Deputado Jairo Carneiro (PFL/BA), quando da tramitação da Proposta de Emenda à Constituição n. 96/1992, de iniciativa do então Deputado Hélio Bicudo (PT/SP) e que, posteriormente, resultou na Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário). Entretanto, o referido substitutivo sequer chegou a ser submetido a votação.²³³ De qualquer forma, pensamos que a ideia é benfazeja e salutar para melhor amortecer as tensões políticas decorrentes de algumas decisões de controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública.

5 CONCLUSÃO

Os sistemas de controle de constitucionalidade são pilares fundamentais na preservação da supremacia e da força da Constituição. Em um regime de democracia constitucional, a ausência de mecanismos judiciais efetivos para a defesa das normas constitucionais pode acarretar severas injustiças, além de colocar em risco os mais elementares direitos fundamentais do ser humano.

Por outro lado, a realização desse controle tem enorme potencial para gerar consideráveis tensões em matéria de legitimidade democrática, especialmente, quando passível de ser exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário e, ainda mais, no bojo de um provimento com eficácia *erga omnes*, como ocorre na ação civil pública.

Nesse contexto, à luz das ideias recolhidas e desenvolvidas ao longo deste ensaio, algumas inferências podem ser apresentadas, refletindo uma síntese conclusiva do percurso teórico até aqui desenvolvido:

i) os sistemas de controle de constitucionalidade se fundamentam na premissa da supremacia e da rigidez da Constituição. Podem ser estruturados, executados e classificados de diversas modalidades, sendo que, no controle pela via incidental, a coisa julgada tem eficácia restrita às partes, enquanto que, no controle pela via principal, a coisa julgada tem eficácia *erga omnes*;

ii) *de lege lata*, não há qualquer impeditivo para a realização do controle incidental de constitucionalidade em sede de ação civil pública, uma vez que a eficácia *erga omnes* da coisa julgada produzida nessas ações não gera a imutabilidade da discussão da questão constitucional e nem tem o condão de vincular sujeitos não relacionados com a matéria;

iii) *de lege ferenda*, seria salutar a criação de um *incidente de inconstitucionalidade* para viabilizar, em casos de maior relevância e destacado interesse social – como naqueles em que os efeitos concretos do ato normativo fossem praticamente suprimidos pela decisão em controle incidental e difuso de constitucionalidade decorrente de ação civil pública –, a afetação da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, permitindo, assim, um melhor equacionamento das tensões políticas provocadas pelo exercício da jurisdição constitucional.

²³⁰ PALU, Oswaldo Luiz. O controle coletivo de constitucionalidade no direito brasileiro – uma evolução democrática e simplificadora. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 765, p. 34-47, jul. 1999, [documento eletrônico].

²³¹ MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 760, p. 11-39, fev. 1999, [documento eletrônico].

²³² PALU, Oswaldo Luiz. O controle coletivo de

constitucionalidade no direito brasileiro – uma evolução democrática e simplificadora. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 765, p. 34-47, jul. 1999, [documento eletrônico].

²³³ SADEK, Maria Tereza. Controle externo do Poder Judiciário. In: SADEK, Maria Tereza. **Reforma do Judiciário**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 39-45. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/6kf82/pdf/sadek-9788579820335.pdf>. Acesso em: 15/1/2021.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Controle difuso de constitucionalidade e declaração de não recepção de leis inconstitucionais em ações coletivas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 926, p. 571-606, dez. 2012, [documento eletrônico].

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, [livro eletrônico].

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: MILARÉ, Édis (coord.). **Ação civil pública após 35 anos**. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, [livro eletrônico].

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. **A civilização capitalista**: para compreender o mundo em que vivemos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, [livro eletrônico].

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. O Supremo como Corte Constitucional. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (coord.). **Direito constitucional brasileiro**: organização do Estado e separação dos poderes. vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, [livro eletrônico].

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ação civil pública na perspectiva dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2008.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. 2. ed. Trad.: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas, 1787-1788**. Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, [livro eletrônico].

MENDES, Gilmar Ferreira. O controle incidental de normas no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 760, p. 11-39, fev. 1999, [documento eletrônico].

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade.

Constituição Federal comentada e legislação constitucional. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, [livro eletrônico].

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Leis Processuais Cíveis anotadas e comentadas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, [livro eletrônico].

PALU, Oswaldo Luiz. O controle coletivo de constitucionalidade no direito brasileiro – uma evolução democrática e simplificadora. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 765, p. 34-47, jul. 1999, [documento eletrônico].

PIZZOL, Patricia Miranda. **Tutela coletiva**: processo coletivo e técnicas de padronização das decisões. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, [livro eletrônico].

SADEK, Maria Tereza. Controle externo do Poder Judiciário. In: SADEK, Maria Tereza. **Reforma do Judiciário**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 66-133. Disponível em:

<<https://static.scielo.org/scielobooks/6kf82/pdf/sadek-9788579820335.pdf>>. Acesso em: 15/1/2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, [livro eletrônico].

Sites consultados

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949**. Berlim: Parlamento Federal Alemão, 2019. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 224.677/MT**. Relator: Min. João Otávio de Noronha, 7 de junho de 2005. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcor dao?num_registro=199900673620&dt_publicacao=01/08/2005. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Embargos de Divergência em Recurso Especial 1134957/SP**. Relatora: Min. Laurita Vaz, 24 de outubro de 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcor dao?num_registro=201300519527&dt_publicacao=30/11/2016. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). **Recurso Especial 1243887/PR**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 de outubro de 2011. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcor dao?num_registro=201100534155&dt_publicacao=12/12/2011. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Embargos de Declaração na Reclamação 1898**. Relator: Min. Celso de Mello, 10 de junho de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6438642>. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). **Reclamação 19662**. Relator: Min. Dias Toffoli, 6 de setembro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13250930>. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3470**. Relatora: Min. Rosa Weber, 29 de novembro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749020501>. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 1101937**. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 8 de abril 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur4>

48446/false. Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 424993**. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 12 de setembro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491236>. Acesso em: 6 mar. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Representação 1405**. Relator: Min. Moreira Alves, 18 de maio de 1988. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=264115>. Acesso em: 6 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Subseção I Especializada em Dissídios Individuais). **Embargos em Recurso de Revista 139700-61.2002.5.03.0050**. Relator: Min. Waldir Oliveira da Costa, 21 de novembro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/3b1e51bee005b4c0a12d7065a18120f7>. Acesso em: 6 mar. 2021.

EXPANSIVIDADE E COERCITIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Fernanda Itri Pelligrini²³⁴

Introdução

Este artigo tem por escopo analisar a eficácia das Normas Constitucionais sobre as Relações de Trabalho, propondo tratar-se, todo o conteúdo constitucional, de um cânone que deve agir sobre a compreensão, formação e execução das relações de trabalho, bem como no julgamento dos conflitos oriundos destas relações.

O estudo sobre as Relações de Trabalho é um estudo sobre as forças que se aplicam, contraditórias ou não, àquela relação, as quais agem inseridas dentro do *Zeitgeist* (espírito do tempo), razão pela qual é necessário compreendê-lo. Quando judicializada, estudo desta relação deve lançar o olhar sobre as forças atuantes no surgimento e desenvolvimento do fato posto para julgamento a fim de que uma nova força, a Judicial, interfira para que prevaleça a força reconhecida pelo grupo social como àquela necessária a sua manutenção e desenvolvimento, o Espírito da Constituição. O objetivo da interferência do Estado, por meio da aplicação da Justiça, não é o estabelecimento ou restabelecimento de um equilíbrio de forças em uma posta relação, o Estado não é neutro e tampouco o Estado-Justiça o é, embora seja imparcial. O Estado possui Princípios e Valores estabelecidos para reger a sociedade e todas as relações nela postas, esta bússola social é instituída por meio da Constituição Federal.

Desenvolvimento

A Constituição Brasileira de 1988 é Programática, de maneira que estabelece premissas fundantes de política pública e sociedade²³⁵, ressaltando-se o caráter super-rígido da Constituição quanto à sua estabilidade, posto que além de depender de processo legislativo diferenciado para sua alteração, em alguns pontos ela é imutável²³⁶, demonstrando que determinadas premissas direcionadoras da construção social não devem estar sujeitos a maré dos discursos circulantes de momento.

Importa ressaltar a diferença entre eficácia social da norma constitucional e eficácia jurídica desta mesma norma.

"A eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma; refere-se ao fato de que a norma é realmente obedecida e aplicada; nesse sentido, a eficácia da norma diz respeito, como diz Kelsen, ao "fato real de que ela é efetivamente aplicada e seguida da circunstância de uma conduta humana, conforme a norma se verificar na ordem dos fatos". É o que tecnicamente se chama efetividade da norma. A eficácia jurídica é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Em se tratando de normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de atingir os objetivos nela traduzidos, que vêm a ser, em última análise, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador. Por isso é que se diz que a eficácia jurídica da norma designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita; nesse sentido, a eficácia diz respeito à aplicabilidade, exigibilidade ou executoriedade da norma, como possibilidade de sua aplicação jurídica. O alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade." (SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Disponível em <https://arquivos.integrawebsites.com.br/66582/bc2c06fb00ef651400fb18045b1797b3.pdf>. Acesso 27.03.2024).

Dada esta diferença, ressalta-se o papel do Estado-Judiciário de garantir, além da eficácia jurídica da norma, a efetividade da norma constitucional. Assim, ainda que partindo da distinção entre eficácia social e eficácia jurídica da norma constitucional, na interpretação dos fatos posto para julgamento e das normas jurídicas a ele aplicáveis, deve o julgador agir de forma a dar efetividade à norma constitucional, isto porque o escopo jurídico da própria jurisdição é tornar ativo no caso concreto os objetivos das normas,

²³⁴ Juíza Titular da 2ª Vara do Trabalho de Santo André. Especialista em Psicologia Analítica- Abordagem Junguiana. Pós-Graduada e História Social da Arte. Foi Promotora de Justiça dos Ministérios Públicos Estaduais de Goiás e do Paraná, e Juíza do Trabalho Substituta no TRT da 3ª Região. Autora do livro Surdo e co-autora do livro Julgamento com Perspectiva de Gênero (coordenação de Lorena de Mello Rezende Colnago). E-mail: nandaitri@gmail.com.

²³⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra Editora. 2001, p. XXX

²³⁶ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Editora Atlas. 2006, p. 5

realizando o dever ser constitucional no mundo cotidiano²³⁷.

Pode-se por assim dizer que há um espírito constitucional direcionado para agir sobre o espírito do tempo (*Zeitgeist*) até que ele se integre ao espírito do tempo, ou seja, até que o conjunto das opiniões e das ações conscientes e inconscientes, formadoras da cultura de um determinado local e época, capazes de produzir pensamentos e pensadores e de moldar as relações sociais, desenhando eventos históricos, estejam conforme os ditames constitucionais. A Constituição Federal de 1988 expõe de forma bastante clara seu objetivo de interferir, e direcionar, moldando o *Zeitgeist*, tanto no preâmbulo, quanto em seu art. 3º.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifamos)

Art. 3º. **Constituem objetivos fundamentais** da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (grifamos)

Dentro deste contexto, o Poder Judiciário sendo o órgão que deve agir no conflito, substituindo a vontade das partes pela vontade da lei, a qual está subordinada a vontade constitucional, tem a função de ser o agente fomentador deste *Zeitgeist* desejado, desenhado e buscado pela Constituição

Federal. O voto da Ministra Carmen Lúcia na ADI 2.649 é o típico exemplo da atuação do Poder Judiciário como fomentador de um *Zeitgeist* que esteja agregado do espírito constitucional.

"Não apenas o Estado haverá de ser convocado para formular as políticas públicas que podem conduzir ao bem-estar, à igualdade e à justiça, mas a sociedade haverá de se organizar segundo aqueles valores, a fim de que se firme como uma comunidade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). E, referindo-se, expressamente, ao Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988, escolia José Afonso da Silva que "O Estado Democrático de Direito destina-se a assegurar o exercício de determinados valores supremos. 'Assegurar', tem, no contexto, função de garantia dogmático-constitucional; não, porém, de garantia dos valores abstratamente considerados, mas do seu 'exercício'. Este signo desempenha, aí, função pragmática, porque, com o objetivo de 'assegurar', tem o efeito imediato de prescrever ao Estado uma ação em favor da efetiva realização dos ditos valores em direção (função diretiva) de destinatários das normas constitucionais que dão a esses valores conteúdo específico" (...). Na esteira destes valores supremos explicitados no Preâmbulo da Constituição brasileira de 1988 é que se afirma, nas normas constitucionais vigentes, o princípio jurídico da solidariedade." (ADI 2.649, voto da rel. min. Carmen Lúcia, j. 8-5-2008, DJE de 17-10-2008).

As normas constitucionais, portanto, possuem aplicabilidade real e imediata às relações sociais e, assim sendo, às relações de trabalho, sendo dever do Juiz dar-lhes vida quando em risco de irrelevância devido a não conformidade espontânea dos atores sociais, lembrando o eminente mestre Rui Barbosa que "o Direito não jaz na letra morta das leis: vive na tradição judiciária, que as atrofia ou desenvolve"²³⁸, sendo ainda do mesmo mestre a lição no sentido de que não existe cláusula constitucional com valor meramente moral de conselhos, avisos ou lições²³⁹.

²³⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. Malheiros Editores. 2006. p. 147

²³⁸ Coletânea Mestre Rui Barbosa. O Dever dos Advogados e Posse de Direitos Pessoais. CAIXA. 2015. p. 201

²³⁹ "Não há, numa Constituição cláusulas, a que se deva atribuir meramente o valor moral de conselhos, avisos ou lições. Todas têm a força imperativa de regras, ditadas pela soberania nacional ou popular aos seus órgãos. Muitas, porém, não revestem dos meios de ação assenciaes ao exercício os direitos, que outorgam, ou os encargos, que

Ainda que exista na lição de Rui Barbosa menção a necessidade de se aguardar promulgação de lei para revestir algumas cláusulas de direito de ação, a realidade política e social da qual emergiu a Constituição Brasileira de 1988 torna muito mais ágil e direta a aplicabilidade constitucional, pois se coloca como modelo de *Zeitgeist*, de maneira que expande a sua atuação para além do palco jurídico e legislativo, alcançando a realidade cotidiana com a aplicabilidade imediata de todos os Princípios Fundantes da Constituição. A leitura e interpretação da programaticidade constitucional não está apartada do contexto de seu nascimento, Canotilho nos lembra que esta programaticidade congênita da CF de 1988 procurou, dentro do contexto histórico de queda de ditadura, estabelecer textos constitucionais substituindo “a pragmaticidade da Constituição brasileira de 1946, vinda do já anterior texto de 1934”²⁴⁰. Constituições que surgiram a partir do começo da década de 1980, entre elas a brasileira, eram “corolários da razão política e humanista, constituíam propostas do devir político e social”²⁴¹. Assim, temos que a Constituição Federal não estabelece apenas as liberdades negativas clássicas, mas estabelece liberdades positivas, assegurando a igualdade material entre os indivíduos, com força normativa de tal forma impositiva que não basta a uma lei ser considerada abstratamente constitucional para sua aplicabilidade, ela deve manter essa constitucionalidade em todos atos praticados, e fatos ocorridos, sob seus auspícios.

A constitucionalidade de uma norma, portanto, se prolonga no tempo, não se consumando em um fato ou ato único, de maneira que enquanto perdurar, no mundo fático, a relação jurídico-trabalhista, a conformação ou não desta relação com os ditames constitucionais vai se renovando e acompanhando o desenvolvimento da relação. Neste contexto a Constituição Federal deve ser vista como uma bússola, a guiar uma sociedade em constante movimento, e que estabelece suas relações jurídicas como parte integrante do caminho percorrido, em direção aos objetivos traçados em seu art. 3º (sociedade livre, justa e solidária). A utilização espontânea pelos atores sociais desta bússola, participando como construtores da conformação do sentido constitucional é capaz de ampliar o alcance e dar maior efetividade ao escopo do texto constitucional. No entanto, nas palavras de David

Hume “os homens com frequência agem conscientemente contra seus próprios interesses; por essa razão, a perspectiva do maior bem possível nem sempre os influencia”²⁴², de maneira que colocada sob julgamento a relação concreta deve o Estado-Juiz impedir os “processos informais de mudança da Constituição”²⁴³.

A efetivação dos objetivos de uma Constituição Programática, tal como a brasileira, encontra resistência em razão dos efeitos do costume, da postura mental circulante na sociedade, no entanto, utilizados os instrumentos para a efetivação constitucional, o mesmo fenômeno que era resistência se torna impulsionador. A entrada em vigor de uma Constituição se faz por um ato político rápido, mas a efetivação da nova ordem constitucional depende de mudanças de conduta que interferirão nas relações em seus aspectos sociais, econômicos e trabalhistas, e tal mudança depende de uma atualização dos costumes de toda a sociedade regida por aquela Constituição. O período de transição de costumes, que a depender da sociedade pode ser mais rápido ou se estender por muitas décadas, é o período em que a ordem constitucional está vulnerável ao que o Ministro Edson Fachin chamou de “processos informais de mudança da Constituição”. David Hume afirma que “o costume tem dois efeitos originais sobre a mente: confere a ela uma facilidade para realizar uma ação ou para conceber um objeto; e, posteriormente, uma tendência ou inclinação a fazê-lo”²⁴⁴.

A Constituição de 1988 lidou, a partir de sua promulgação, com os mencionados efeitos do costume, o que atrasou, em algumas décadas, sua efetiva aplicação no mundo fático, uma vez que a própria Corte Constitucional, responsável por garantir esta efetividade, estava vinculada ao raciocínio atávico de entender a Constituição como um documento político dependente de regulamentação legal. O Ministro Luís Roberto Barroso, em introdução à obra do constitucionalista Oscar Vilhena Vieira, explicita este fato.

“A própria Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos primórdios de vigência da Constituição de 1988, era resistente à efetivação das potencialidades do novo texto constitucional. Somente a partir de algum momento dos anos 2000,

impõem: estabelecem competências, atribuições, poderes, cujo uso tem de aguardar que a Legislatura, segundo o seu critério, os habilite a se exercerem” citação in LEITE, George Salomão. Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Senado Federal. 2020.p. 29.

²⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra Editora.2001, p. VI.

²⁴¹ *Ibidem*

²⁴² HUME, David; Tratado da Natureza Humana. UNESP.2009. p. 454

²⁴³ Palavras do Ministro Edson Fachin em seu voto no julgamento do Tema 548 de Repercussão Geral (Recurso Extraordinário RE1008166)

²⁴⁴ HUME, David; Tratado da Natureza Humana. UNESP.2009. p. 458

com modificações significativas na composição da Corte, em razão de aposentadorias, foi progressivamente se consolidando a ideia de que as normas constitucionais são normas jurídicas e, quando descumpridas, devem merecer intervenção e concretização judicial.²⁴⁵

O Ministro Barroso sublinha o fato de que se passou mais de uma década, desde a promulgação da Constituição Federal, até que a Corte Constitucional iniciasse a superação do comportamento atávico de resistência a efetividade jurídica do texto magno. A modificação de entendimento da corte não se deve, no entanto, somente à mudança de sua composição, mas sim ao fenômeno da modificação do costume, no caso, o costume dos Tribunais. Paralisada a roda do costume, a partir dos anos 2000, o Supremo Tribunal Federal, progressivamente, alterou o lado para o qual ela gira, estando cada vez mais inclinado a julgamentos que levem a concretização do Dever Ser previsto na Constituição Federal. Exemplo bastante significativo da nova postura da Corte é o julgamento, já mencionado, do Tema 548 da Repercussão Geral (RE 1.008.166)²⁴⁶, no qual a Ministra Carmen Lúcia resumiu, em seu voto, a postura da Corte ante a concretização dos ditames constitucionais: "Se a gente começar a dizer que temos de declarar um direito que foi declarado há 34 anos, não é comemoração, pode tocar o enterro. (...) O papel do tribunal constitucional é de dar igualdade de condições, de efetividade, de eficácia plena, jurídica e Social", e assim o fazendo demonstrou que, ainda que lentamente, o espírito constitucional abarcou o espírito da Corte e, ganhando força no objetivo de tornar-se parte integrante do próprio espírito do tempo.

A dificuldade cultural que atrasou, na Corte Constitucional, o entendimento de que a Constituição é um documento jurídico e deve ser efetivado, se faz presente, muitas vezes com força escalada, nos julgamentos de Primeira e Segunda instâncias, bem como, no meio em que ela deve

efetivamente se realizar, o meio social. Quanto ao meio social, o maior impedimento a realização do Dever Ser constitucional e, portanto, à institucionalização da Constituição Federal se encontra no hábito, bastante enraizado na cultura brasileira, de conviver com a legislação sem cumpri-la, o qual se mostra patente nas expressões populares que mencionam que uma lei "pegou" ou "não pegou". No texto da obra *O Português que nos Pariu*, analisando a formação cultural do povo brasileiro, a autora Ângela Dutra de Menezes estabelece uma relação entre o "jeitinho brasileiro" e as origens coloniais do País, propondo seu início no belo discurso do branco colonizador, estimulando a miscigenação e propalando a democracia racial, ao mesmo tempo em que arquitetava a ideologia da segregação, identificando este como o primeiro entre outros passos²⁴⁷ que levaram à construção de uma população que se orgulha de seu temperamento cordial²⁴⁸, cordialidade esta que permite que a lei seja descumprida sem ser confrontada, mantendo um discurso bonito quanto aos direitos mas uma prática diversa, causando antinomia entre a realidade e a imagem desta realidade.

Este caldo cultural empurra a Constituição Federal a uma posição de irrelevância jurídica e revogação informal, de maneira que, não basta a Corte Constitucional agir como guardião da efetividade jurídica e social do texto magno, sendo responsabilidade do Magistrado de todas as instâncias, ao analisar e julgar os fatos, verificar sua conformidade com os objetivos e princípios constitucionais, despiando-se do mito da neutralidade a fim de e que a Constituição Federal se institucionalize, ou seja, possa induzir comportamentos, bem como estabelecer limites, estando em uma posição de superioridade em relação à política cotidiana, canalizando "energias contraditórias e competitivas do meio social, dando-lhes capacidade organizativa, para que superem a tendência de autodestruição e de produção de injustiças, presentes nos sistemas políticos e nas sociedades".²⁴⁹

²⁴⁵ Vieira, Oscar Vilhena; *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. Martins Fontes. 2023 p. XIII

²⁴⁶ Tese: 1. A educação básica em todas as suas fases - educação infantil, ensino fundamental e ensino médio - constitui direito fundamental de todas as crianças e jovens, assegurado por normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata. 2. A educação infantil compreende creche (de zero a 3 anos) e a pré-escola (de 4 a 5 anos). Sua oferta pelo Poder Público pode ser exigida individualmente, como no caso examinado neste processo. 3. O Poder Público tem o dever jurídico de dar efetividade integral às normas constitucionais sobre acesso à educação básica.

²⁴⁷ Bastante interessante, também, a menção

da autora à estratégia de dom Manuel, rei de Portugal no início do Séc. XVI, que precisando atender ao desejo da noiva de que não existissem "assassinos de Cristo" em Portugal, mas sem querer abrir mão do dinheiro da comunidade judaica, costurou um acordo oficioso no qual os judeus se converteriam, tornando-se cristãos-novos, os quais no entanto continuavam com seus antigos hábitos, configurando-se assim uma manobra para não desistir dos benefícios nem do casamento, nem da comunidade judaica.

²⁴⁸ Menezes, Ângela Dutra; *O Português que nos Pariu*. Record. 2011.

²⁴⁹ Vieira, Oscar Vilhena; *A Constituição e sua Reserva de Justiça*. Martins Fontes. 2023 p. 131 e 132

Tal responsabilidade assume especial relevância no julgamento das relações de trabalho, dada às forças contraditórias de capital e trabalho que, sem a bússola constitucional, tendem à ruína da ordem econômica tal como prevista no art. 170 da Constituição Federal, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar, a todos, existência digna conforme os ditames da justiça social.

Em assim sendo, não se trata de no julgamento de uma causa declarar se uma lei, em abstrato, é ou não constitucional, trata-se de julgar a aplicação daquela lei àquele caso concreto, ou seja, se ao aplicá-la produz-se um resultado constitucional, de maneira que, se a aplicação de determinada lei, ainda que constitucional em abstrato, decorrer resultado inconstitucional em concreto, deve sua aplicação ser afastada pelo Magistrado, apenas para aquele caso concreto, utilizando-se da força normativa constitucional e das regras aplicáveis ao conflito de normas, prevalecendo sempre a Constituição Federal dada a sua hierarquia que, caso quebrada, desestabiliza todo o sistema jurídico.

Ressalte-se que a Súmula Vinculante 10 do STF²⁵⁰ não causa o efeito de tornar necessária a Reserva de Plenário nestes julgamentos, isto porque o controle efetuado desta forma não atinge, nem de forma integral tampouco em parte, o texto da lei, tratando-se tão somente de uma decisão hermenêutica sistemática para solucionar um conflito de normas aplicáveis ao caso concreto.

Há situações, no entanto, em que a discussão jurídico-trabalhista se constitucionaliza integralmente, de maneira que não mais se trata somente de um conflito existente entre a aplicação da lei e o escopo constitucional, mas de um conflito entre dois, ou mais, princípios constitucionais, nesta situação a solução do conflito não pode mais se dar por meio da hierarquia de normas, nem com o afastamento da validade de determinado princípio, ainda que somente ao caso concreto, posto que os princípios constitucionais irradiam permanentemente seus efeitos a todas as relações.

Importa mencionar o caso do Princípio da Livre Iniciativa, o qual se aplicado isoladamente pode ser utilizado para salvaguarda de relações jurídicas violadoras de outros princípios constitucionais, muitos dos quais voltados às relações de trabalho. O fato de que a Livre Iniciativa não pode ser utilizada de guarda-chuva para qualquer conduta, e que deve ser sopesado com os demais escopos constitucionais, ficou bastante explicitado no julgamento do RE 349.686, sobre a

restrição ao comércio de gás liquefeito de petróleo, gasolina e álcool, no qual a Ministra Ellen Gracie afirmou que "O princípio da livre iniciativa não pode ser invocado para afastar regras de regulamentação do mercado e de defesa do consumidor." (RE 349.686, rel. min. Ellen Gracie, j. 14-6-2005, 2ª T, DJ de 5-8-2005). Ainda, no que pertine a este princípio em específico, insculpido no art. 170 da CF, deve ser frisado que se trata de um princípio expressamente direcionado a uma finalidade constitucional, uma vez que o texto que o desenhou dispõe que "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social", de maneira que a aplicação deste princípio está subordinada a que seu resultado não prejudique o escopo constitucional, tal subordinação é mencionada e reconhecida pelo STF em vários de seus julgamentos, a exemplo:

As balizas da ordem econômica nacional fixadas no artigo 170 da Constituição Federal impõem que a livre iniciativa e a propriedade privada sejam compatibilizadas com a redução das desigualdades regionais e sociais, de forma a assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (ADI 5.657, rel. min. Luiz Fux, j. 17-11-2022, P, DJE de 28-4-2023).

A livre iniciativa (CF, art. 1º, IV e 170, caput) não se revela um fim em si mesmo, mas um meio para atingir os objetivos fundamentais da República, inclusive a tutela e preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225) (ADI 6.218, rel. min. Nunes Marques, red. do ac. min. Rosa Weber, j. 3-7-2023, P, DJE de 21-8-2023).

Assim, quando no julgamento do caso concreto o Magistrado identificar o conflito entre cláusulas constitucionais formadoras de princípios, o julgador não afastará a validade de determinado princípio, apenas aliviará no caso concreto o peso de um dos princípios para que o outro atue de forma prioritária²⁵¹.

"É por meio da racionalização e da argumentação contida na motivação da decisão judicial que os tribunais assumem o papel de discutir, publicamente, o alcance

²⁵⁰ "Viola a cláusula de reserva de plenário (no art. 97 da CF/1988) a decisão do órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do

poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte"; *Publicação - DJe nº 117/2008, p. 1, em 27/6/2008.*

²⁵¹

Vilhena, 2023: 314 e 315

dos princípios e dos direitos que constituem a reserva de justiça do sistema constitucional.”²⁵²

Conclusão

As normas constitucionais irradiam sua eficácia nas relações de trabalho, as quais devem ser compreendidas, executadas e julgadas de maneira a salvaguardar de irrelevância e revogação informal a Constituição Federal, assegurando que o Dever Ser constitucional se implemente na sociedade até que integre o *Zeitgeist*, institucionalizando o texto magno tal como programado pelo constituinte originário. Neste contexto, o Magistrado Trabalhista, de todas as instâncias, possui a função de agente fomentador do espírito constitucional e guardião daquilo que Oscar Vilhena Vieira identificou como Reserva de Justiça da Constituição Federal.

Bibliografia

1. CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra Editora. 2001
2. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. Editora Atlas. 2006
3. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. Malheiros Editores. 2006
4. Coletânea Mestre Rui Barbosa. O Dever dos Advogados e Posse de Direitos Pessoais. CAIXA. 2015
5. LEITE, George Salomão. Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Senado Federal. 2020
6. HUME, David; Tratado da Natureza Humana. UNESP. 2009
7. VIEIRA, Oscar Vilhena; A Constituição e sua Reserva de Justiça. Martins Fontes. 2023
8. MENEZES, Ângela Dutra; O Português que nos Pariu. Record. 2011
9. SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Disponível em <https://arquivos.integrawebsites.com.br/66582/bc2c06fb00ef651400fb18045b1797b3.pdf>. Acesso 27.03.2024

PARCEIRIZAÇÃO JURISDICIONAL COMO MODALIDADE DO PROCESSO ESTRUTURAL

Elisa Augusta de Souza Tavares²⁵³

Enoque Ribeiro dos Santos²⁵⁴

Introdução

Embora a caracterização do processo estrutural não seja inédita no Brasil, apenas recentemente e, principalmente, após o julgamento da ADPF 347 a comunidade jurídica vem entendendo a necessidade de debruçar-se sobre o instituto.

Todavia, defendemos que o processo estrutural vai além de simplesmente preencher um vazio do legislativo ou do executivo ou reconhecer um estado de coisas inconstitucional, mas por intermédio dele é possível implementar verdadeira transformação social ao lidar com a resolução de um problema estrutural, seja no âmbito judicial, seja no extrajudicial ou como método alternativo de resolução de conflitos.

O presente artigo trabalhará a caracterização e peculiaridades do processo estrutural e institutos que a ele se relacionam para uma análise com vistas à efetividade das decisões relacionadas a problemas estruturais por meio das chamadas medidas estruturantes, que para terem lugar dependem de um procedimento flexível e observância aos princípios e regras do microssistema da tutela coletiva.

Abordar-se-á, outrossim, e mediante o estudo de um caso concreto, o instituto da parcerização jurisdicional, modalidade de processo estrutural e que, como ferramenta integrante do microssistema da tutela coletiva trabalhista, implementou o diagnóstico, construção conjunta e correção prospectiva do problema estrutural relacionado aos interesses públicos primários em questão, baseando-se na abertura dos canais de acesso à justiça, proatividade e ativismo judicial dos membros do Ministério Público e Poder Judiciário.

Processo estrutural como ferramenta do microssistema processual da tutela coletiva

A noção de processo estrutural surgiu nos Estados Unidos da América e, conquanto a Suprema Corte estadunidense tenha se deparado com outros

processos estruturais em momentos anteriores, a exemplo do *Dred Scott v. Sandford* (1857) e *Plessy v. Ferguson*, é o *case Brown vs. Board of Education of Topeka*, de 1954, considerado o marco histórico do instituto para a comunidade jurídica internacional.

Por ocasião de seu julgamento, a Corte daquele país entendeu pela inconstitucionalidade da admissão de estudantes em escolas públicas com base na segregação racial e aceitou matrícula de uma estudante negra em uma escola pública dedicada à educação exclusiva de pessoas brancas, em razão do regime "separate, but equal".

Segundo escólio doutrinário de Owen Fiss,²⁵⁵

o sistema público foi o objeto do Caso Brown, mas com o tempo as reformas estruturais foram alargadas para incluir a polícia, prisões, manicômios, instituições para pessoas com deficiência mental, autoridades públicas de auxílio à moradia e agências de bem-estar social.

A ADPF 45 (arguição de descumprimento de preceito fundamental), que tratou do princípio da reserva do possível para a implementação de políticas públicas por parte do Poder Judiciário em caso de omissão dos outros Poderes da República, é tratada por muitos como a gênese do processo estrutural no Brasil e, muito embora se reconheça tratar-se de marco determinante para o processo estrutural, veremos, com base na conceituação e finalidade do instituto, que antes mesmo desse marco decisório a comunidade jurídica é desafiada por litígios estruturais, seja no âmbito público, seja no âmbito privado.

O primeiro raciocínio que temos de ter em mente ao nos depararmos a um processo estrutural é o seu escopo. Ele não se presta a resolver consequências do passado para um determinado

²⁵³ Juíza do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Mestranda em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho Contemporâneo pela Universidade de São Paulo (USP). Professora de cursos jurídicos preparatórios.

²⁵⁴ Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Doutor e livre docente em Direito do Trabalho pela USP – SP. Mestre em Direito Civil (UNESP-Franca). Professor convidado da Faculdade de Direito da Universidade Autônoma de Lisboa. Professor Convidado da Faculdade de Direito Aix-Marseille (França) e Professor Associado da Faculdade de Direito da USP. Ex-Procurador do Trabalho.

²⁵⁵ FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008.

caso concreto, mas sim atacar a causa e promover a resolução de um problema estrutural para a sociedade. Assim, é prospectivo e promove transformação social.

Por sua finalidade precípua de restauração da ordem, o processo estrutural se projeta para o futuro atacando as causas do estado de desconformidade e não as consequências de determinada situação de lesão.

A importância disso é que visa efetivamente corrigir o problema intrínseco da instituição que analisa pela implementação de medidas necessárias para que se tenha a correção da situação capaz de causar violações reiteradas e extingui-la.

E, em razão da finalidade de ser prospectivo e necessitar adaptar-se aos contornos e dificuldades práticas para a resolução do problema estrutural, o engessamento característico do modelo processual tradicional não se presta a atender suas peculiaridades e abrangência de seu propósito.

Como bem observa a literatura acerca do tema, um processo estrutural pode até ser tratado como um procedimento comum, mas não terá alcançado a sua finalidade.

Assim, possui características que os difere de um processo tradicional, cujos delineamento e caracterização se fazem de mister por parte do julgador e demais sujeitos do processo, pois para a sua veiculação e dada a sua projeção e particularidades é necessário o emprego de técnicas processuais flexibilizadoras, como as que atenuam as regras de congruência objetiva e da estabilização objetiva da demanda (art. 322, § 2º, do CPC), a ampliação do regime de participação do processo, atipicidade dos meios de prova (art. 369 do CPC), medidas executivas (art. 139, IV, do CPC) e instrumentos de cooperação judiciária (art. 69 do CPC).

E é nessa quadra de ideias que esclarece Arenhart ao tratar da diferenciação de processos coletivos nos modelos tradicional e estruturais:

o processo coletivo brasileiro, embora adaptado para atender algumas modalidades de interesses metaindividuais, ainda está longe de servir de palco adequado à tutela de interesses sociais. Porque mantém suas raízes no mesmo ideário do processo individual, carrega consigo os mesmos defeitos daquele e,

portanto, não é capaz de servir de cenário para políticas públicas.²⁵⁶

Nessa mesma direção, Camilo Zufelato e João Eberhardt Francisco destacam:

Un rasgo común entre los autores brasileños que estudian el proceso estructural es el reconocimiento de la necesidad de adaptar el proceso a los litigios, ya sean complejos, de interés público o estructurales, y para ello identifican posibilidades relacionadas con la consensualidad y flexibilidad del procedimiento establecido en el Código de Proceso Civil de 2015, en especial, pero no sólo, la llamada atipicidad de las medidas ejecutivas establecidas en los artículos 139, IV y 536, §1º, siguiendo y profundizando la lógica de adoptar la técnica de las protecciones específicas de las obligaciones de hacer y no hacer adoptadas en el marco del Código anterior.²⁵⁷

Consoante destaca Freddie Didier Júnior,

o processo estrutural se caracteriza por: (i) pautar-se na discussão sobre um problema estrutural, um estado de coisas ilícito, um estado de desconformidade, ou qualquer outro nome que se queira utilizar para designar uma situação de desconformidade estruturada; (ii) buscar uma transição desse estado de desconformidade para um estado ideal de coisas (uma reestruturação, pois), removendo a situação de desconformidade, mediante decisão de implementação escalonada; (iii) desenvolver-se num procedimento bifásico, que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido; (iv) desenvolver-se num procedimento marcado por sua flexibilidade intrínseca, com a possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso, de utilização de mecanismos de cooperação judiciária; (v) e, pela consensualidade, que abranja

²⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro. Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Processo Comparado: RPC**, v. 1, n. 2, p. 216, jul./dez. 2015.

²⁵⁷ ZUFELATO, Camilo; FRANCISCO, João Eberhardt. La acción civil pública del carbón como

modelo procesal para la reparación civil de daños ambientales complejos: una experiencia de proceso estructural en Brasil. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Sérgio Felix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2022.

inclusive a adaptação do processo (art. 190, CPC).²⁵⁸

A par das características apontadas *supra*, há ainda as da multipolaridade e complexidade. A primeira concerne a diversos núcleos de posições e interesses dentro de um mesmo polo. Diferentemente da lógica bipolar do processo tradicional, que contrapõe os interesses de dois polos (autor e réu) como sempre antagônicos e de que os interesses dos litisconsortes de cada um desses polos são sempre convergentes, pela natureza estrutural do problema, é comum a multiplicidade de interesses envolvidos até mesmo dentro de um mesmo polo da relação processual.

Pode coexistir ainda a característica da complexidade, que consiste em um problema que admite diversas soluções.

Contribuindo com a definição do instituto, Edilson Vitorelli conceitua o processo estrutural como

um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural. Essencialmente, o processo estrutural tem como desafios: 1) a apreensão das características do litígio, em toda a sua complexidade e conflituosidade, permitindo que os diferentes grupos de interesses sejam ouvidos; 2) a elaboração de um plano de alteração do funcionamento da instituição, cujo objetivo é fazer com que ela deixe de se comportar da maneira reputada indesejável; 3) a implementação desse plano, de modo compulsório ou negociado; 4) a avaliação dos resultados da implementação, de forma a garantir o resultado social pretendido no início do processo, que é a correção da violação e a obtenção de condições que impeçam sua reiteração futura; 5) a reelaboração do plano, a partir dos resultados avaliados, no intuito de abordar aspectos inicialmente não percebidos ou minorar efeitos colaterais imprevistos; e 6) a implementação do plano revisto, que reinicia o ciclo, o qual se perpetua indefinidamente, até que o litígio seja

solucionado, com a obtenção do resultado social desejado, que é a reorganização da estrutura.²⁵⁹

Para nós e, com base na definição de problema estrutural, bem assim o seu escopo e necessidade de uma sentença prospectiva que vise a reestruturação burocrática de um ente, entidade ou organização de natureza pública ou privada, responsável por um estado de desconformidade constitucional e não só a remoção do ilícito por ação ou omissão em determinado caso concreto, conceituamos processo estrutural como ferramenta dentro do microsistema processual da tutela coletiva, com diferenciação funcional, objeto e princípios específicos voltados ao atendimento de demandas estruturais e hábeis ao conhecimento, processamento e efetividade dos interesses públicos primários a elas relacionados.

Defendemos, outrossim, que conquanto se realce na doutrina a ausência de previsão de técnicas adequadas ao processamento de um processo estrutural, com o que se concorda, sem, contudo, deixar de observar que o microsistema processual citado, por meio de seu objeto, diferenciação funcional e princípios permite o manejo e flexibilidade necessários ao trâmite e finalidade desses processos.

Com efeito, a flexibilidade propugnada encontra respaldo em princípios norteadores do sistema, a exemplo do princípio da não taxatividade da ação coletiva, que consiste em que as ações coletivas poderão contemplar quaisquer tipos de interesses e direitos coletivos e qualquer limitação imposta pela legislação infraconstitucional, seja por limitação expressa, seja por ausência de regramento, deverão ser taxadas de inconstitucionais por malferirem a missão constitucional de tais ações.

Vale dizer, pelo princípio da não taxatividade da ação coletiva, que as ações coletivas poderão contemplar quaisquer tipos de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, em sentido amplo. Eventuais limitações impostas pela jurisprudência e legislação infraconstitucional deverão ser taxadas de inconstitucionais, pois ferem as disposições

258

DIDIER, Fredie. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Sérgio Felix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2022.

259

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2225. Acesso em: 28 nov. 2023.

expressas do texto constitucional (arts. 5º, XXXV e 129, III, da CF/1988).²⁶⁰

Assim, a ausência de previsão normativa procedimental mais detalhada para o processo estrutural não significa o arrefecimento de seu escopo e ideário, porquanto o microssistema da tutela coletiva confere respaldo a uma construção no caso concreto.

As novas redes de acesso ao sistema de justiça, no campo trabalhista, tem um papel fundamental na concretização dos direitos dos trabalhadores, na medida em que dispõe do expertise e do brainpower dos membros das organizações, que se situam no ambiente do subsistema jurídico, para a consecução da função e prestação desse subsistema, por meio dos programas condicionais e de procedimentos próprios na consecução das decisões jurídicas, que oferecerão como uma resposta ao seu público alvo, no sentido de generalizar congruentes expectativas normativas.²⁶¹

E na construção procedimental no caso concreto para o atendimento ao escopo do processo estrutural foi a diretriz dos Enunciados aprovados na III Jornada de Direito Processual Civil de 21/09/2023.²⁶²

Conforme Enunciado 220, no processo estrutural se faz necessária a adoção de medidas para a cooperação do Estado e da sociedade civil na construção de soluções para a controvérsia estrutural, mediante participação dos potenciais atingidos e beneficiários da medida estruturante.

Esse enunciado foi inspirado no Recurso Especial 1.854.882 e, conforme justificativa de sua proposição, baseia-se na necessidade de se observar um processo mais aderente à realidade dos interessados, resolvendo a raiz do problema e não somente suas consequências.

A par disso, a densidade do estuário normativo e principiológico no microssistema processual da tutela coletiva não apenas justifica, como embasa a construção procedimental na busca do escopo do processo estrutural que, em última análise, visa ao atendimento dos interesses públicos primários. Nesse sentido também se registra, de forma não excludente de outros no mesmo entendimento, princípios do microssistema a

embasar e justificar essa conclusão: da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva, máxima efetividade do processo coletivo, máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva, universalidade da jurisdição e primazia da tutela coletiva adequada, ativismo ou protagonismo judicial, ampla informação da demanda à sociedade e microssistema jurisdicional da tutela coletiva.

E nessa linha de flexibilização procedimental, seja no tocante à delimitação da prova e pedido, medidas executivas, entre outras que possibilitem a real reconfiguração do problema estrutural, é intrínseco à natureza do processo estrutural ser bifásico, em que primeiro se identifica o problema para, em uma segunda fase, estabelecer medidas para a intervenção e essa busca de restauração. É essa segunda fase a mais desafiadora e para a qual o modelo de processo tradicional se mostra carente de técnicas.

Nesse sentido, Camilo Zufelato e João Eberhardt Francisco destacam as fases da Ação Civil Pública estrutural relacionada ao desastre ambiental derivados da extração e exploração ambiental do carvão ocorrida nos anos de 1970 e 1980. Referida demanda foi proposta pelo Ministério Público perante a Justiça Federal de Criciúma em face da União, Estado de Santa Catarina e mais de vinte empresas carboníferas com o pedido de recuperação das áreas deterioradas:

La demanda civil ambiental pública fue presentada en 1993 y la sentencia de la misma fue proferida en el 2000. En ésta el juez reconoció la responsabilidad civil-ambiental de los demandados, a quienes se condenó a presentar proyectos de recuperación ambiental de las zonas deterioradas⁴. Se trata de una sentencia de naturaleza genérica, que reconocía el deber de indemnizar, pero no especificaba exactamente los medios para hacerlo. Es a partir de ahí que se inicia el cumplimiento de dicha sentencia, la cual se desarrolló en fases sucesivas. La primera de ellas fue aquella en la cual a los condenados se les presentaron los proyectos de recuperación ambiental, y la cual estuvo caracterizada por debates y divergencias en cuanto a las áreas alcanzadas por los daños ambientales, y también por las diferentes interpretaciones en cuanto a los proyectos

²⁶⁰ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Microssistema processual da tutela coletiva** – Parceirização jurisdicional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

²⁶¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. São Paulo: Mizuno, 2023. p. 284.

²⁶² Disponível em: <file:///C:/Users/e175064/Desktop/III%20Jornada%20de%20Direito%20Processual%20Civil.-1.pdf>.

de recuperación presentados por los demandados. Esta etapa tuvo como duración aproximadamente de 2000 a 2004.

La segunda fase procesal de cumplimiento de la sentencia contó con una participación más efectiva del Ministerio Público Federal y también con el acompañamiento del Ministerio del Medio Ambiente, en la cual se elaboró la Nota Técnica n.º 03 de 2006, lo que reveló el incumplimiento, por parte de los condenados, en el trabajo de recuperación del medio ambiente.

A partir de entonces, se inició una tercera fase, en la que se homogeneizaron los proyectos que debían presentar los condenados, así como la creación de un Grupo Técnico de Asesoramiento, responsable de encontrar soluciones de consenso, que fueron debatidas y dialogadas entre las partes. Fue durante este período (entre 2005 y 2010) que fueron celebrados los Términos de Ajuste de Conducta, nombre que se da a los acuerdos en las acciones civiles públicas.

La cuarta fase de cumplimiento de la sentencia se enfoca en la implementación de las actividades de recuperación ambiental previstas en los cronogramas aprobados, lo cual se realiza mediante el monitoreo técnico de especialistas, según el objeto de cada área que debía ser recuperada. Se creó incluso una página web para que el público pudiese acompañar los avances en el cronograma de obras.

Por último, es importante destacar que, después de esta demanda, la extracción de carbón en la región se realiza de manera planificada, mediante proyectos de recuperación de áreas en las que operan las empresas carboníferas. En resumen, el resultado se considera bastante positivo.²⁶³

Com efeito, muitos e longos caminhos podem ser utilizados para a satisfação do direito material reconhecido na fase declaratória do problema estrutural, sem que nenhum deles esteja previsto em lei.

Da mesma forma que também contribui para a efetividade da decisão que a execução envolva a participação de muitos autores, alguns dos quais sequer integraram a fase de conhecimento, o que

denota a necessidade de flexibilidade do procedimento já mencionada.

A divisão em fases viabiliza o gradual cumprimento das determinações judiciais e a avaliação de seus efeitos, não apenas da perspectiva do juiz e das partes, mas dos demais sujeitos impactados. Com a constante reavaliação dos resultados das etapas cumpridas permite-se a aferição da efetividade da implementação estrutural com o planejamento mais adequado das subsequentes, evitando custos desnecessários e efeitos colaterais indesejáveis para a sociedade.

E é natural – e deve ser monitorado – que, nessa longa etapa para a efetivação das medidas, o estado de coisas se modifique necessitando de adaptação e reformulação da próxima etapa para o atendimento do problema estruturante.

Nesse sentido também foi propugnado pelos enunciados aprovados na III Jornada de Direito Processual já mencionada. Citem-se como exemplos o da atuação dialógica e cooperativa do Magistrado e demais sujeitos processuais (Enunciado 221), a possibilidade de o juiz intimar o réu para apresentar plano de cumprimento da decisão e notificar as vítimas acerca do plano apresentado (Enunciado 224), a cooperação interinstitucional (Enunciado 231), além do esclarecimento de clareza solar contido no Enunciado 233 de que no processo estrutural, o papel do juiz não se limita a proferir decisões impositivas, mas também a diagnosticar o problema estrutural a partir da complexidade da situação que gerou a demanda e identificar as possibilidades jurídicas de atuação do Poder Judiciário para contribuir para um projeto de reestruturação.

Finalmente, o Enunciado 234 traz a diretriz de que no processo estrutural é pertinente a sucessão de decisões judiciais em etapas quanto à adequação, ao modo e ao prazo para a implementação das medidas de transição para a estrutura ideal, o que se coaduna com a necessária flexibilidade procedimental para o atendimento das peculiaridades e consecução de seu fim, que é a correção do problema estrutural.

Defendemos que o processo estrutural vai além de simplesmente preencher um vazio legislativo ou do executivo, ou ainda dar efetividade a um direito fundamental em um caso concreto, mas como ferramenta do microsistema da tutela coletiva e por intermédio de seu tratamento procedimental adequado é possível implementar efetividade aos

263

ZUFELATO, Camilo; FRANCISCO, João Eberhardt. La acción civil pública del carbón como modelo procesal para la reparación civil de daños ambientales complejos: una experiencia de proceso

estructural en Brasil. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Sérgio Felix; OSNA, Gustavo (org.). *Processos estruturais*. Salvador: JusPodivm, 2022.

diretos fundamentais ao lidar com a resolução de um problema estrutural no âmbito público ou privado.

Demandas estruturais e litígios no âmbito privado

Como já exposto, conquanto os litígios estruturais sejam comumente citados em se tratando de omissões dos Poderes Executivo e Legislativo ou no âmbito público, é um equívoco associar a reforma estrutural apenas a instituições públicas. Apesar de elas serem os réus mais comuns, instituições privadas podem perfeitamente demandar alterações estruturais para que resultados sociais desejáveis sejam produzidos.

A literatura alienígena é rica em exemplos e acordos estruturais relacionados a entes privados. Brandon Garreth analisa casos de acordos estruturais envolvendo empresas privadas tais como AIG, America Online, Bristol-Myers Squibb Co., Computer Associates, HealthSouth, KPMG, MCI, Merrill Lynch & Co., Monsanto e Time Warner.²⁶⁴

No caso do Brasil, recentemente fora amplamente divulgado com grande comoção e justificável repúdio um caso de racismo estrutural.

Fora celebrado um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) referentes às Ações Cíveis Públicas 5106733-42.2020.8.21.0001 e 5105506-17.2020.8.21.0001 ajuizadas pelo Ministério Público, figurando como réus e compromitentes as empresas CARREFOUR COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA e ATACADÃO S.A.²⁶⁵

Conquanto fora primordial à celebração do TAC o acontecimento de inenarrável gravidade relacionado a um homem negro espancado até a morte em um supermercado do grupo Carrefour em Porto Alegre, conforme notícias veiculadas em 20/11/2020, de se frisar que referidos termos não tiveram por escopo indenizar o caso concreto, mas atacar o problema estrutural que originou o ato nefasto, impedindo que outros ocorram ou a ele se assemelhem.

Conforme constante dos considerandos do TAC objeto de estudo, o racismo estrutural é um conjunto sistêmico de práticas sociais, culturais, políticas, religiosas e históricas desenvolvidas e mantidas em uma sociedade de modo a manter e perpetuar hierarquização de um grupo social, mediante a manutenção de dominações, privilégios, legalizações, relações de poder e de submissão, que

se perpetuam independentemente das formas de expressão, sentimentos ou manifestações individuais de racismo, pois está arraigado na estrutura da vida política, econômica, social e jurídica, o que pode ser verificado por dados estatísticos que evidenciam a desigualdade social e econômica de determinado grupo em virtude de sua cor, raça ou etnia.

E mencionado instrumento registra ainda, em seus considerandos, o escopo fundamental voltado às empresas privadas e transnacionais que aqui atuam, o que deixa claro que o litígio estrutural em exame não se relaciona aos entes públicos, fato que não os isenta, obviamente, de zelar e abolir qualquer prática de racismo estrutural em suas instituições.

o consenso de que é fundamental que o combate ao racismo estrutural, bem como a qualquer forma de violência avance com o maior engajamento das empresas privadas brasileiras e das transnacionais que aqui atuam, não apenas em demonstrações públicas ou em campanhas de marketing, mas igualmente por meio da efetiva implementação da diversidade em seus quadros e do firme e incessante combate ao racismo no ambiente corporativo ou empresarial, inclusive quando eventualmente envolvidas empresas terceirizadas ou fornecedoras.²⁶⁶

Do caso em análise verifica-se, portanto, que ao contrário de um litígio não estrutural, em que a remoção ou indenização resolve o litígio, se a violação for apenas removida ou indenizada no caso concreto, o problema será resolvido apenas de modo aparente ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro. Portanto, não teremos uma decisão estrutural.

Também se verifica no presente caso não se tratar de demanda multipolar ou complexa, o que é entendido como característica essencial a um processo estrutural por parte da doutrina, mas que, a nosso ver, não é essencial para a sua configuração.

Por outro lado, é essencial para a diferenciação entre um litígio estruturante e um não estruturante, tomar em consideração o resultado da pura e simples remoção da violação como meio jurídico capaz de resolver o litígio no caso concreto. Por ser prospectivo, o litígio estruturante não se

²⁶⁴ GARRETT, Brandon L. Structural reform prosecution. *Virginia Law Review*, v. 93, p. 853-957, 2007.

²⁶⁵ TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/imprensa/arq>

[uivos/tac_carrefourassinado.pdf](#). Acesso em: 28 nov. 2023.

²⁶⁶ TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/media/areas/imprensa/arq> [uivos/tac_carrefourassinado.pdf](#). Acesso em: 28 nov. 2023.

satisfaz com a remoção da violação, aliás, esta pouco ou nada importa, pois que apenas um tronco e não a causa raiz do problema estruturante. O litígio estruturante se volta à raiz do problema para reestruturá-la e, doravante, reestabelecer o estado de conformidade.

E para resolver esse estado de desconformidade, a solução do problema não pode dar-se com apenas um único ato, como uma decisão que certifique um direito e imponha uma obrigação. Há necessidade de intervenção para promover uma reorganização ou uma reestruturação da desconformidade. Essa intervenção normalmente é duradoura e exige um acompanhamento contínuo.

A nosso ver, a arena do processo estrutural é o tratamento dos direitos fundamentais em situação de crise estrutural, no âmbito público ou privado. Maior que sua grandeza, por não se restringir a um simples processo coletivo de lógica binária, é o desafio da busca da reestruturação do estado de coisas ideal para o qual se faz de mister o adequado manejo de técnicas processuais do microssistema da tutela coletiva, bem assim a criatividade judicial e do Ministério Público, além da abertura dos canais de acesso à justiça para a construção e efetividade das decisões.

Parceirização jurisdicional

Como já mencionado alhures, o microssistema processual da tutela coletiva trata-se de subsistema no sistema jurídico com princípios próprios, objeto, autonomia e diferenciação funcional, sobre as quais se assentam as ferramentas para a busca de seu desiderato, qual seja o atendimento a interesses públicos primários e satisfação dos direitos fundamentais.

E no escopo da resolução dos problemas estruturais insere-se a figura da parceirização jurisdicional, que é modalidade de processo estrutural e, conquanto teve sua origem no processo do trabalho, a ele não se restringe.

Segundo palavras do criador da figura da figura da parceirização jurisdicional,

[...] a grande novidade está na "emergência" desse fato novo e inusitado, sem precedentes, de que é possível a atuação conjunta, em parceirização jurisdicional, de dois órgãos do Estado Soberano, um totalmente vocacionado para a atividade jurisdicional com *expertise* individual ou atomizado, caso do Poder Judiciário Trabalhista, e outro, com *expertise* jurídica nos conflitos moleculares, com envolvimento na litigância de interesse

público e de alta relevância social, utilizando-se dos meios judiciais e extrajudiciais, porém, ambos voltados a um mesmo objetivo: solucionar o conflito de interesses e entregar os bens sociais constitucionais a seus legítimos titulares.²⁶⁷

Trata-se de método de resolução de conflitos moleculares dotado de princípios e procedimento próprio e tem por escopo promover mudanças comportamentais e de atitude no relacionamento entre magistrados e membros do MP que atuam como parceiros na construção do acordo estrutural.

Temos um protagonismo na figura dos agentes de transformação social, o Juiz e o Ministério Público, em razão da forte presença do interesse público primário.

Com a reconfiguração democrática e papel das instituições do Estado para efetivar os direitos fundamentais, formas rígidas devem dar espaço a formas mais flexíveis e abertas na condução do processo coletivo, notadamente nos processos estruturais.

E a parceirização jurisdicional é processo estrutural cujo êxito se configura e baseia na junção do Ministério Público e Poder Judiciário como agentes de transformação social a promover reestruturação da ordem afetada e implemento das medidas estruturantes.

De tal grandeza é a sua complexidade que, dentro do subsistema processual da tutela coletiva, figura com princípios próprios e peculiares ao desiderato de uma construção de solução estrutural. Assim, além de se lhes aplicar os princípios do microssistema da tutela coletiva, por nele integrar, aplicam-se-lhes outros específicos que passaremos a expor.

São princípios específicos do fenômeno da parceirização o acesso ao sistema de justiça, participação pelo e no processo, tutela coletiva adequada, boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores, ativismo judicial, flexibilização da técnica processual, intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social e razoabilidade ou proporcionalidade.

O acesso ao sistema de justiça não se confunde com o acesso à justiça. Enquanto o primeiro baseia-se na inafastabilidade da jurisdição, o acesso ao sistema de justiça foi viabilizado pela Constituição Federal de 1988, que promoveu a afirmação do modelo de democracia participativa no Brasil, resultando na criação de um amplo sistema de garantias de direitos materiais e, por

consequente, de uma gama de instrumentos processuais constitucionais para a viabilização de tutela de interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Ao lado das inovações retromencionadas, acresça-se o fortalecimento do Judiciário e do Ministério Público e a ampla possibilidade de a cidadania organizada acessar o sistema de justiça.²⁶⁸

Os princípios de participação pelo e no processo consistem, para o primeiro, na participação da sociedade organizada no acesso ao sistema de justiça, por meio do processo, seja judicial, administrativo ou extrajudicial; o segundo consiste na efetiva integração das partes no processo.

O mandamento nuclear da tutela coletiva adequada guarda íntima relação com a flexibilização procedimental e relaciona-se à escolha do melhor caminho ou modo de resolução do conflito.

De se destacar o princípio da flexibilização da técnica processual tal qual previsto para a parcerização. Enquanto o microsistema do processo coletivo tem em seu rol o princípio da não taxatividade das ações coletivas, no que finalisticamente se infere a não taxatividade do procedimento, para a parcerização essa flexibilidade é expressa e não comporta discussão.

Não há se falar de engessamento procedimental para o atendimento às particularidades e transposição de obstáculos que se é necessário para a celebração e adimplemento de um acordo estrutural.

A boa-fé, cooperação das partes e procuradores nada mais são que balizas éticas para o bom curso procedimental.

O ativismo judicial é de fundamental importância para o fenômeno em apreço e não se restringe à figura do juiz, estendendo-se ao Ministério Público, dizendo respeito ao protagonismo e proatividade no sentido de aplicar o direito com a finalidade de transformar a realidade social do país, portando-se como agentes de transformação social.

Como a jurisdição é inerte e deve ser provocada, a junção do Ministério Público e Magistratura é essencial ao ativismo estrutural. Uma nomenclatura também adequada para o princípio seria ativismo estrutural, não restringindo sua primeira impressão a uma atitude proativa apenas

do Judiciário, situação que não permitiria o alcance e atendimento a seu postulado.

E umbilicalmente ligado ao princípio do ativismo judicial está o da intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social.

Nesta esteira, consideramos por analogia a plena aplicação do princípio da relevância social para legitimar a atuação do Ministério Público do Trabalho nos casos de parcerização jurisdicional trabalhista, dada a similitude dos princípios da vulnerabilidade, fundamento do CDC (Lei 8.078/90) e da proteção do trabalhador, núcleo protetivo do Direito do Trabalho, e pelo fato de que o *Parquet* estaria a defender lesões a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos trabalhadores, especialmente na área da saúde, cujos danos extrapolam o mero direito individual, divisível, determinado, desses indivíduos, para atingir os interesses de toda a sociedade.²⁶⁹

A missão constitucional do Ministério Público preconizada pelo art. 129, III, da CF/88 é intrínseca ao interesse social e atuação proativa.

Por fim, elenca-se como princípio específico da parcerização jurisdicional o da razoabilidade ou proporcionalidade, que é utilizado para aferir a legitimidade da restrição de direitos.

Nessa esteira, Robert Alexy, referindo-se à importância material das razões que fundamentam a intervenção em sua lei epistêmica do sopesamento:

Enquanto princípios, eles [os direitos fundamentais] exigem que a certeza das premissas empíricas que fundamentam a intervenção seja tão maior quanto mais intensa for a intervenção. Isso conduz a uma segunda lei do sopesamento, com o seguinte conteúdo: Quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia (ALEXY, 2011, p. 617).²⁷⁰

A tríade proporcionalidade em sentido estrito, necessidade e adequação são aferidas à luz do caso concreto. Uma determinada restrição pode atender a esses requisitos em determinado caso

²⁶⁸ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Microssistema processual da tutela coletiva – Parcerização jurisdicional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 240-241.

²⁶⁹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **O microssistema da tutela coletiva**. Parcerização

jurisdicional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 244/245

²⁷⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

concreto, mas idêntica restrição pode até mesmo ser abusiva de direitos fundamentais, em outro.

É o exemplo de uma restrição de CNH (carteira nacional de habilitação) de um devedor que causa danos por seu comportamento recalcitrante em desobediência às regras de trânsito. Nesse caso, não apenas é proporcional, razoável e necessário, como salutar e preventivo para evitar outros danos e até acidentes fatais.

Situação diversa é a apreensão de CNH de um devedor de um contrato de natureza civil ou mercantil que utiliza seu veículo para o próprio sustento.

Esbarra flagrantemente na proporcionalidade a apreensão desse veículo em detrimento do sustento do devedor.

Elencados os princípios, definição, escopo e plêiade normativa da parcerização jurisdicional, verifica-se tratar-se de ferramenta integrante do microssistema da tutela coletiva a operar solução reestruturante, prospectiva e com efetiva transformação social.

A parcerização Jurisdicional vai além de tratar-se de simples sinônimo do processo estrutural, para tratar-se de sua previsão metodológica e principiológica mais completa atualmente no direito pátrio.

O fenômeno da parcerização jurisdicional na prática

A parcerização jurisdicional não se trata de mera criação teórica, mas constitui fruto de experiência já colocada em prática e com êxito.

Tendo em vista o escopo da parcerização e seus ganhos para a sociedade, ousar dizer que, independentemente de resultados econômicos favoráveis, já se tem o êxito quando se promove a união do Ministério Público e Juizes em verdadeiro protagonismo Estatal rumo à efetividade dos direitos fundamentais.

No presente caso, a parcerização fora implementada no interior do Estado do Paraná, com a união do Ministério Público e Juizes do Trabalho, com vistas a evitar a falência de um hospital da cidade de Cascavel, situação que afetaria o direito à saúde da população (dano difuso) e os postos de trabalho (individuais homogêneos).

Com efeito, com o TAC descumprido, caso o Procurador do Trabalho promovesse a execução do título executivo que tinha em mãos, que é a ferramenta oferecida pelo modelo de processo tradicional, acarretaria indubitavelmente na falência do hospital.

E aqui repise-se o princípio da proporcionalidade norteador da ferramenta

estrutural do microssistema da tutela coletiva. A execução do TAC para o cumprimento de débitos trabalhistas levaria o hospital à ruína, afetando os contratos vigentes, a saúde da população e a própria satisfação integral do título executivo.

Mas na busca de sua missão constitucional no atendimento dos interesses públicos primários, o Ministério Público buscou uma solução estrutural preservando postos de trabalho e um dos dois únicos hospitais da cidade que atendia o serviço público de saúde por meio do SUS (Serviço Único de Saúde), promovendo uma série de medidas proativas embasado nos princípios da parcerização e em diálogo institucional com todos os envolvidos e a participação do Sindicato.

Em outras palavras, se executasse e exigisse o pagamento imediato das multas pelo descumprimento dos TACs celebrados com o hospital, este fatalmente viria a fechar as portas, descontinuar suas atividades, dispensar todos os trabalhadores, paralisar os serviços de saúde à população, posto que não estava conseguindo nem mesmo pagar os salários correntes dos empregados, por problema de fluxo financeiro.

Nesse momento, adveio o requerimento do patrono judicial do Hospital requerendo ao Ministério Público do Trabalho a não execução das multas por descumprimento do TAC, a concessão de um prazo de carência de seis meses para realinhamento do fluxo de caixa da empresa, se possível com a suspensão dos bloqueios judiciais nas Varas do trabalho, pelo mesmo prazo, com a reunião de todos os processos de execução e de conhecimento para pagamento, em conjunto, no Poder Judiciário Trabalhista local [...].

A finalidade do requerimento foi justamente a preservação da empresa, a manutenção dos cem empregos existentes, a regularização paulatina dos direitos individuais homogêneos dos trabalhadores, e dos serviços públicos de saúde para toda a população de Cascavel e região.

O procurador do Ministério Público do Trabalho estabeleceu contato com o Magistrado do Foro Trabalhista de Cascavel, [...], que, após debater o assunto com os demais Juizes Trabalhistas locais, deu plena anuência ao avanço das negociações, tendo inclusive participado de audiências na sede do Parquet Laboral com esse desiderato.

Esse processo – que denominamos de parcerização jurisdicional trabalhista – culminou em um Acordo Judicial celebrado por todos os Juizes Titulares das Varas do Trabalho de Cascavel, pelo Procurador do Ministério Público do Trabalho local, dos sócios e dirigentes do Hospital inquirido, pelo Sindicato da categoria profissional, pelos credores trabalhistas com processos individuais ajuizados [...] e por um fiscal do Ministério Público do Trabalho e Emprego.

[...]

De acordo com as últimas notícias veiculadas, a Comissão de Gestão Compartilhada vem se reunindo há mais de quinze meses, e a efetividade da atuação do Poder Judiciário Trabalhista e do Ministério Público do Trabalho já se fez notar, pelos seguintes resultados já alcançados: o nosocômio conseguiu não só manter o número de empregados, como realizou cerca de mais vinte novas contratações. [...] O faturamento mensal duplicou. Trinta e três ações trabalhistas foram integralmente liquidadas e cento e quarenta e três parcialmente liquidadas.²⁷¹

O êxito do implemento das medidas se deu em razão da união de propósitos, o que se verifica com iniciativas proativas como audiências na sede do Ministério Público com a presença do Magistrado, suspensão dos bloqueios judiciais e do TAC com reunião dos processos em execução, atendendo a um interesse público maior de reestruturação para um estado de conformidade.

Fora criada uma Comissão de Gestão Compartilhada dirigida pelo Magistrado e Procurador do Trabalho com reuniões mensais com a presença dos envolvidos e discussão dos assuntos financeiros e econômicos para a verificação e comprovação do cumprimento das tratativas.

Quinze meses após as tratativas, as notícias deram conta de o hospital não apenas se manter em atividade, como tendo realizado vinte novas contratações e adimplido trinta e três execuções, além de o faturamento duplicar.

Não fosse o protagonismo e ativismo dos membros do Ministério Público e Poder Judiciário, bem assim os demais princípios da parcerização nesse caso tão bem delineados, o hospital teria encerrado suas atividades e, muito provavelmente, sequer pago a multa do TAC, quicá as dívidas trabalhistas.

Observam-se todas as características de um processo estrutural aqui tratadas, seja no tocante aos direitos fundamentais envolvidos; seja pela complexidade para a solução estrutural, no sentido de uma ampla possibilidade de soluções; seja pela necessidade de um procedimento flexível e adaptado à realidade mutável própria de um problema estrutural, envolvendo a sociedade local e necessitando da construção de uma correção do estado de coisas inconstitucional de forma prospectiva.

E os princípios da parcerização foram mais que mandamentos nucleares, mas definiram e orientaram cada passo dado.

Verifica-se, aliás, que os Enunciados da III Jornada de Direito Processual Civil relacionados ao Processo Estrutural foram todos insculpidos nos princípios da parcerização trabalhista aqui tratados, bem como podem ser identificados nas medidas empreendidas pelo Ministério Público e Poder Judiciário no caso concreto de Cascavel. O Processo Estrutural, seus desdobramentos e base principiológica, portanto, não se trata de instituto novo. Oxalá, contudo, seja nova a visão do intérprete para o seu real implemento.

O mais importante da parcerização ou processo estrutural não é o neologismo acadêmico, até porque em uma ciência pragmática como o Direito, o que contribui para a sociedade apenas no papel, passa a ter sua importância e tempo dedicado questionados.

Por isso, o que se defende e conclui, com base no caso concreto trazido, é que a união do Ministério Público e Juízes, com o aparato Estatal e abertura democrática dos canais de acesso à justiça no âmbito do microsistema da tutela coletiva, amplia e torna mais eficaz a salvaguarda dos interesses públicos primários e efetivação dos direitos fundamentais.

Conclusão

Ao estudarmos qualquer instituto jurídico devemos questionar acerca de sua utilidade para a sociedade no sentido de implementar, contribuir ou facilitar o exercício de seus direitos, sendo os fundamentais de patamar mínimo inafastável.

Os processos estruturais, embora já existentes de longa data, voltaram a ser comumente citados após o julgamento da ADPF 347 como ferramentas de reestruturação do estado de coisas inconstitucional.

Todavia, esses processos desbordam dos limites do tratamento do estado de coisas inconstitucional ou implemento de políticas públicas em caso de omissão dos poderes Executivo ou Legislativo no caso concreto, este último caso remontando à sua origem no direito estadunidense, para também curar pela efetividade dos direitos fundamentais por meio do tratamento de problemas estruturais decorrentes da atuação burocrática de entes, organizações ou instituições do âmbito público ou privado.

E a extensão do instituto, bem como seu escopo de efetividade aos direitos fundamentais pela abertura dos canais de acesso à justiça, vão além da

271

arena meramente judicial, para abranger os processos extrajudiciais e métodos alternativos de solução de conflitos.

Tratou-se de um caso prático de parceria jurídica, modalidade de processo estrutural, em que se realizou uma solução estruturante exitosa baseada no complexo normativo e principiológico do microsistema do processo coletivo, bem assim em princípios específicos, com destaque para a proatividade e ativismo dos membros do Ministério Público e Juízes.

Analizou-se que o processo estrutural, enquanto ferramenta inserida no microsistema da tutela coletiva, com finalidade, características e princípios voltados à efetividade dos interesses públicos primários visa solucionar um problema estrutural e, em razão das características essenciais que lhes define, não presta ao seu fim um procedimento engessado, como o modelo processual tradicional.

E concluímos que, conquanto da inexistência de previsão legal detalhada para a flexibilização de procedimento ao processo estrutural, o microsistema da tutela coletiva e, mais especificamente a parceria jurídica, possuem complexo normativo e princípios que não apenas legitimam, como norteiam esse procedimento.

No dizer de Barbosa Moreira,

quando por porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria capacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades.²⁷²

A parceria jurídica possui metodologia e principiologia respaldada no microsistema do processo coletivo que, se corretamente tratada, potencializa o êxito na construção e correção coletiva de direitos.

Para resolver um problema estrutural é necessário um processo estrutural. E para manejar um processo estrutural é necessária uma mentalidade estruturante.

Talvez um nome mais adequado para o instituto seja Processo "Reestruturante" e não "Processo Estrutural". Por outro lado, nomes pouco importam quando se constata que sua finalidade já se é buscada há muito tempo com outros nomes,

porém sem grande êxito, pois não se consegue uma solução jurídica para o futuro sem também olhar e pensar o Direito para o futuro.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro. Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Processo Comparado: RPC**, v. 1, n. 2, p. 216, jul./dez. 2015.
- ARIZA, Libardo José. *The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia*. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 129-159.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. Redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Fundação Getúlio Vargas, [s.l.], v. 215, p. 151-179, 1 jan. 1999.
- BAUERMANN, Desirê. Structural Injunctions no Direito Norte-Americano. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Sérgio Felix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45-DF. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 28 nov. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347-DF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 28 nov. 2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 976 Distrito Federal. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticia/NoticiaStf/anexo/ADPF976MC1.pdf>. Acesso em: 28 nov. 2023.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural. 1 set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural/>. Acesso em: 28 nov. 2023.

CORTE CONSTITUCIONAL. **Residents of Joe Slovo Community, Western Cape v Thebelisha Homes and Others (CCT 22/08)**. Braamfontein, 2009. p. 3. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPHC/2008/255.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

DIDIER, Fredie. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Sérgio Felix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2022.

FISS, Owen. Two models of adjudication. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (coord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: JusPodivm, 2008.

GARRETT, Brandon L. Structural reform prosecution. **Virginia Law Review**, v. 93, p. 853-957, 2007.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2225. Acesso em: 28 nov. 2023.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 39, jul./set. 1985.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Direito processual coletivo trabalhista**. São Paulo: Mizuno, 2023.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Microsistema processual da tutela coletiva – Parceirização jurisdicional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. **Processo coletivo do trabalho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/media/areas/impressao/arquivos/tac_carrefour_assinado.pdf. Acesso em: 28 nov. 2023.

ZUFELATO, Camilo; FRANCISCO, João Eberhardt. La acción civil pública del carbón como modelo procesal para la reparación civil de daños ambientales complejos: una experiencia de processo estrutural en Brasil. In: ARENHART, Sergio Cruz; JOBIM, Sérgio Felix; OSNA, Gustavo (org.). **Processos estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2022.

APONTAMENTOS SOBRE A NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Rui Anaquim Pinto²⁷³

Gabriel Lopes Coutinho Filho²⁷⁴

Este breve texto foi produzido com base nas reflexões práticas e deduzidas dos acórdãos do Desembargador Aposentado Luiz Antonio Moreira Vidigal, colhidas ao longo da observação de suas experiências como magistrado do TRT2. O tema foi escolhido pelas questões que sempre suscitou e ainda merecem atenção.

Introdução

Não raro encontramos nos recursos de conhecimento dirigidos aos tribunais regionais e superiores a alegação de nulidade processual por falta de prestação jurisdicional, combinado com o argumento de cerceamento de defesa. É tal a intensidade da verificação do argumento que coloca em marcha um inevitável desejo de entendimento do argumento de modo a examinar quais as razões de sua apresentação e se há uma efetiva razão para movê-lo no âmbito dos recursos, com especial atenção à área trabalhista.

Nosso percurso nesta breve abordagem, que tentará ser mais reflexiva, examinará a questão do direito constitucional de produção de prova, os direitos e deveres do magistrado, aspectos das negativas de pressão mais contundentes e, ao final, uma melhor definição do tema de modo a contribuir com a reflexão que se propõe à generalidade dos operadores do Direito do Trabalho.

O processo como índice de civilidade.

A discussão sobre a existência de um direito subjetivo prescinde mesmo da prévia existência de um direito material, haja vista, por uma parcela significativa da história humana, a força é que ditava o exercício do direito entre homens e seus agrupamentos, de que natureza fosse.

Todavia, com o avanço civilizatório, ainda que mediado por interesses diversos, especialmente os de natureza econômica, há um aspecto de dominação chamado de invasão vertical assim

entendido como uma transformação cultural do dominado, substituindo valores, usos e costumes anteriores por outros, da força dominadora, deixando de lado a ideia de que a invasão territorial seria a única forma efetiva de aplicação do poder²⁷⁵.

Essa noção é bem compreendida, por exemplo, tomando modernamente as obras de Adorno²⁷⁶ que refletem profundamente a sociedade contemporânea a partir de uma dominação que tem o lucro como objetivo máximo, mas que domina a partir de uma formidável estrutura cultural, moldando a visão de mundo em que ainda estamos imersos.

É nesse contexto que a ideia de relações civilizadas está ligada uma ideia de ética e de racionalidade típicas da uma construção²⁷⁷.

Uma conclusão pontual (e que indicamos como um registro de crítica ao modelo de processo judicial) é que ele, o processo judicial, está inserido como um instrumento de proteção especialmente patrimonial a serviço do sistema, nos protegendo da possível e bem vinda crítica ao posicionamento ideológico de alguma leitura.

O sistema processual é nosso "locus" de atuação e a ele estamos ligados umbilicalmente se o desejo é o de conseguir algum resultado útil usando a base doutrinária e os instrumentos técnicos conceituais e positivados disponíveis e aceitos pelo próprio sistema.

A prestação jurisdicional completa garantida constitucionalmente.

Um sistema jurídico serve para estabelecer o cumprimento concreto das regras nacionais e internacionalmente estabelecidas, naquilo que a doutrina chama de competência, assim entendida como o poder cerceador da vontade do particular (incluindo a do Estado se atua como parte e não como poder), pela atuação obrigatória deste em face

²⁷³ Pos graduado "latu sensu" em Direito Social pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 2008. Servidor do TRT2 desde 04/07/1988. Analista judiciário. Servidor, integrou o gabinete do Desembargador Luiz Antonio Moreira Vidigal de 18.06.2002 até sua aposentadoria em março de 2024.

²⁷⁴ Mestre e Doutor em Direito, pela PUC-SP Juiz do Trabalho substituto. integrou a 7ª Turma do TRT2 sob presidência do Desembargador Luiz Antonio Moreira

Vidigal. Foi juiz titular da 1ª VT de Cotia, unidade onde o Desembargador Luiz Antonio Moreira Vidigal.

²⁷⁵ SANTOS, Mario Ferreira dos. *Filosofia da Crise*. Vol. 1, Ed. E Realizações, 2018

²⁷⁶ ADORNO, Theodor W. *Introdução à sociologia*. Tradução de Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Editora UNESP, 2008

²⁷⁷ SCHWEITZER, Albert. *A filosofia da civilização*. 1987

de seu monopólio da jurisdição, assim estabelecido como expressão de sua vontade soberana.

A Constituição da República Federativa do Brasil, CRBF/1988, assegura, no artigo 5º, inciso XXXV, que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Trata-se da concretização constitucional da garantia de exame de apreciação e de cunho decisório de todas as questões jurídicas levadas ao Poder Judiciário, por meio dos instrumentos processuais disponíveis, incluindo as atuais atividades ou procedimentos pré-processuais para solução adequada de conflitos e a desjudicialização de métodos de solução consensual.

Decisões judiciais podem padecer de vícios sanáveis.

As decisões judiciais, como qualquer obra humana, podem padecer de vícios que as tornem carentes de completude e clareza cognição, portanto, consideradas viciadas.

As normas processuais acolhem como vícios sanáveis pelos embargos de declaração, segundo Arruda Alvin²⁷⁸, em "*obscuridades, contradições ou ainda erros materiais que possam estar presentes nos pronunciamentos judiciais, inclusive naqueles a que a lei atribui irrecorribilidade cabendo, pois, recurso de apelação ou agravo de instrumento*", cada qual aplicável ao ramo processual que lhe é afeto.

Esses vícios são corrigíveis buscando o aperfeiçoamento e a melhor prestação possível.

A base legal infraconstitucional alinha-se à correção das decisões que contenham esses vícios, por meio do embargos de declaração, previstos no Código de Processo Civil e na Consolidação das Leis do Trabalho, em vigor.

A dúvida outrora existente sobre a natureza jurídica dos embargos de declaração já não se justifica sob o espeque do mero incidente de natureza declaratória, haja vista que a doutrina atual majoritária admite os embargos declaratórios como natureza recursal.²⁷⁹

Ainda segundo o Arruda Alvin, os embargos de declaração são classificados como "*recursos de fundamentação vinculada, porquanto sua admissibilidade está atrelada à arguição de vícios*" indicados na norma.

Isso é particularmente importante pois o "*mérito*" dos embargos de declaração localiza-se justamente nesses vícios arguidos, razão pela qual é sempre salutar que seja feita a distinção

interpretativa entre erros de procedimento e erros de julgamento.

Os erros de julgamento, assim considerados aqueles que dizem respeito ao mérito da causa, só podem ser alterados por meio de recurso próprio em sentido estrito, haja vista não se cogitar, nessa hipótese, de ausência ou insuficiência dos elementos integrativos da lógica essencial da sentença, mas de ataque do interessado a possível não prevalência da análise conceitual e meritória nela empreendida.

Já alguns erros de procedimento podem ser alterados pelos embargos de declaração que, de curial sabença, se prestam à solução de imperfeições materiais e omissões, contradições e obscuridades²⁸⁰.

Assim, a alegação muito comum de ausência ou negativa de prestação jurisdicional, por mero inconformismo da parte com o resultado meritório da ação, não pode ser entendido como "vício" sanável pela via declarativa dos embargos de declaração e, na grande maioria dos casos, acaba por ser superada a crítica à construção de textos padronizados e repetidos pelos juízes com a finalidade de dar celeridade aos julgamentos. Afinal, não se reconhece como exigível abordagem expressa e específica acerca de cada uma e todas as proposições erigidas pelas partes, mormente em relação àquelas que por via natural ou lógica se mostrem razoável e suficientemente discernidas e resolvidas no âmbito da fundamentação.

É compreensível que o atual volume de processos em trâmite no judiciário implique na necessidade de algum grau de "automação" das decisões, fato que não compromete necessariamente a qualidade da jurisdição. Aliás, com a gradual introdução das novas ferramentas de inteligência artificial, tudo indica que em breve não nos deverá de surpreender nos depararmos com reais dificuldades para distinguir locuções decisórias produzidas pela ação humana de outras introduzidas pelos logaritmos.

De todo modo, sempre que devidamente expostas as proposições de solução do caso concreto, a expressiva demanda de novos exames pela via inadequada dos embargos de declaração mal manejados, tende a acentuar a entrega de novos arrazoados repetitivos, porquanto tendentes a apenas reiterar o que já está posto, sobretudo quando efetiva e segura ente se entrega a esgota a prestação jurisdicional exigível na espécie.

Esgotando o tema no particular, caso os embargos de declaração indiquem vícios efetivos e

²⁷⁸ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora RT - 19ª Edição - 2019.

²⁷⁹ MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito processual. Volume 3. Rio de Janeiro: Forense. 1969.

²⁸⁰ CPC/2015, Art. 494. Publicada a sentença, o juiz

só poderá alterá-la:

I - para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais ou erros de cálculo;
II - por meio de embargos de declaração.

ínsitos à essencialidade do litígio, seu julgamento não deverá avançar enquanto não devidamente eliminadas dúvidas quicá oriundas de razoáveis suscitações em torno de algo sobre o qual não houve a indispensável exposição do juízo dissuasório próprio da questão.

Afinal, o que o jurisdicionado validamente pode invocar é a apresentação da solução da questão posta, segundo a fundamentação jurídica que constitui o poder/dever do Magistrado de cumprir e fazer cumprir a lei, expondo sua compreensão acerca do caso concreto e da subsunção deste à norma jurídica, de molde a operar-lhe os efeitos e fazer atuar a vontade da "ratio" ali discernida.

Elementar que, sem que se vislumbrem devidamente elucidados e consubstanciados os fatores legais e fáticos da contenda e esmiuçado o raciocínio lógico que lhe seja determinante da solução, não se apresentarão suficientemente convincentes os elementos da entrega da prestação jurisdicional.

Assim, não raro que vícios que não foram sanados pelo juízo "*a quo*" nem mesmo por ocasião dos primeiros embargos, possam eventualmente propiciar razoabilidade à apresentação de novos embargos de declaração (- *forma mais célere e econômica de solução do vício*), inclusive sem qualquer penalidade, ou se inadequados forem, sancionados sejam pelas multas processuais que, de qualquer modo, são situações reformáveis na instância superior.

E resta ainda a via de sua reparação pela preliminar do recurso cabível à etapa processual, cujo resultado poderá ser a anulação da própria sentença de embargos de declaração, retornando os autos para o juízo "*a quo*", que é solução menos célere, porém, com efeitos de cognição melhor alicerçada e salutareas quando constatada a manutenção do vício mesmo após perseguida e exaurida a via declarativa.

Causas de nulidades de decisões judiciais que levam à falta de prestação jurisdicional. Algumas questões presentes cotidianamente.

Como comentamos, o primeiro caso mais comum do argumento de negativa de prestação jurisdicional é a discordância do resultado cognitivo da decisão judicial, e esse resultado não é precisamente o caso de correção por meio dos embargos, posto não se tratar de erro de procedimento no sentido específico do que preceitua a norma acerca das hipóteses de cabimento dessa medida dita recursal de índole declarativa e até mesmo modificativa caso se verifique que do vício constatado possa resultar solução em sentido outro.

Omissão

Observamos que o caso mais recorrente e

pertinente de negativa de prestação jurisdicional se dá pelo vício da omissão.

Autêntica hipótese de omissão ocorre se o juiz não se pronunciar sobre algum pedido ou argumento relevante apresentado por pelo menos uma das partes no processo. A lei não lhe impõe que discorra em sua fundamentação acerca de cada uma e todas as proposições trazidas pelos litigantes, mas que haja exposição dos elementos de compreensão que propiciem vislumbrar a substância da causa e seus fatores decisórios aptos a afastar quaisquer dúvidas ou sofismas que possam comprometer-lhe as estruturas e ocasionar o retorno à jurisdição originária.

A decisão que acolhe a tese da negativa por omissão pode relacionar-se a fatos processuais que interessam à parte serem examinados e dissuadidos sob a luz de fatores de prova específicos, ou ainda questões de direito em torno das quais vicejem controvertidas interpretações.

A melhor forma de externar processualmente uma omissão em decisão judicial é fazendo o cotejo e a demonstração analítica entre o objeto de análise requerido e a decisão de modo a torná-lo perceptível.

O processo se desenvolve pela constante persecução de um silogismo no qual o conjunto de seus atos coordenados deve levar à segura constatação de que todos os indispensáveis quadrantes de análise foram diligentemente percorridos e empreendidos em tudo quanto de relevante haja para o justo deslinde da causa.

Neste momento é necessária uma observação estilística. Algumas vezes, por um aspecto de mero formalismo de linguagem típico da atividade legal, pode haver uma percepção incorreta do conteúdo narrativo, mas essa situação atinge muito mais o "*jus postulandi*" que o profissional do direito.

Exemplo desse estilo é o texto padrão conhecido "*Pretende o embargante a reforma do julgado pelo meio impróprio, razão pela qual rejeito os embargos.*" Talvez até em razão de cuidado com o desdobramento do estilo, alguns Tribunais possuem programas de escrita jurídica simplificada que sugerem aos seus magistrados, tal como, a exemplo, o TRT do Paraná, com o Programa Piloto de Linguagem Simples no TRT 9ª Região. Essa iniciativa contribui para a percepção geral de que todos os temas questionados em juízo foram examinados.

As decisões superiores acolhem a tese de que a decisão judicial não é omissa se deixa de examinar todos os argumentos apontados pelas partes. Importa a uma adequada prestação jurisdicional que tenha sido apresentada e decidida com fundamentação articulada e que esteja alinhada ao art. 489, § 1º, do CPC, não se considerando fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que "(I) se

limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (II) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (III) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (IV) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (V) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; além de deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção (ou "distinguishing") no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Observe-se que o vício não vem da ausência de exame da matéria, mas do exame que entende desnecessário ao enfrentamento de todos os argumentos para chegar a uma decisão.

Esse entendimento, em especial, é indicado no inciso "IV" do referido artigo de lei, ainda que, em abstrato e a contrário senso, a decisão não precisa explicar porque não considera um argumento que invalida uma conclusão.

Mas, ainda nesse aspecto, torna-se necessário o exame sistemático do § 3º do mesmo art. 489, do CPC: "A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé".

Interessa-nos pontuar que a omissão judicial que caracteriza o vício processual suscetível de nulidade só se opera e só se "convalida", na hipótese de não haver provocação da parte para sua correção, por meio do manejo de embargos de declaração. Ou seja, quando a parte prejudicada pela omissão da sentença se omite do ônus de provocar o Juízo, dá margem à convalidação do vício de omissão em seu desfavor.

Não se pode perder de vista que a preclusão é um dos vetores de impulso da causa à medida que torna superadas as questões que não tenham sido oportuna e adequadamente suscitadas de molde a se obter a tutela cabível no instante adequado a sua invocação.

Sem a apresentação dos competentes embargos de declaração, ao tempo e ao modo legalmente determinados, presume-se que a parte se contentou com a prestação jurisdicional, mesmo imperfeita. Sempre latente o brocardo "*dormientibus non succurrit jus*". E, nesse caso, a parte inerte suporta os efeitos processuais da preclusão e os efeitos potencialmente materiais de uma omissão, visto que além de encerrar-se o "*iter*" instrumental que poderia trazer à tona o ponto ou questão omitido, este acaba banido por toda a contenda, deixando de nela gerar os correspondentes efeitos pretendidos por quem o invoca.

Portanto, se a parte apresenta embargos declaratórios que em sua dialeticidade não sejam aptos a fazer ver efetiva ocorrência de algum dos defeitos específicos da decisão, passíveis de serem compreendidos como omissão, contradição, obscuridade ou defeito material, o princípio da economia e celeridade, igualmente constitucionais, autoriza a decisão mais sintética do magistrado, sem dar azo à possibilidade de vício que o nulifique. Ainda que a sentença tenha sido silente em relação a algo, o efeito devolutivo amplo assegurado pelo § 1º do artigo 1013 do CPC/2015 inviabiliza, em alguns casos, que se cogite do prejuízo insuperável a que se refere o art. 794 da CLT.

De outro prisma, se dessa mesma sintética fundamentação adotada como solução dos embargos, analisada à luz dos argumentos do embargante, não resultar exposição de fundamentos que propicie compreender o efetivo fator de solução adotado pelo Juízo e apto a denotar dissuasão e esgotamento do tema, persistirá ali uma lacuna a latentemente suscitar a indesejada anulação para que o ato maculado pela falha seja reparado.

Decisão genérica.

Outra hipótese de nulidade por negativa de jurisdição ocorre se a decisão é vaga e não aborda as questões específicas do caso. Fredie Didier Jr., Rafael Oliveira e Paula Braga entendem que "*A motivação tem conteúdo substancial, e não meramente formal*". Considerando que as decisões judiciais indicadas na norma processual em vigor atingem não só as tradicionais sentenças de mérito, mas toda e qualquer decisão, é adequado afirmar que expressões bem conhecidas do foro até em despachos, a exemplo simples "Indefiro", ou também o conhecido e ininteligível "Defiro em termos" devem ser ultrapassados por não serem fundamentadas.

Todavia, questões postas a exame fora do seu tempo adequado podem receber um despacho como "*Aguarde-se a resposta do ofício já expedido*" ou "*aguarde o trânsito em julgado*", apesar de serem quase telegráficas, não exigem maiores explicações no momento.

São expressões que, usadas com parcimônia e bom senso, tornam a prestação jurisdicional mais célere e não podem ser capituladas como "*nulas por ausência de prestação*", pois elas encerram muito pouca carga decisória, mais consentânea ao tipo de despacho ordinatório e, em seguida, logo são complementadas com despachos mais completos. Nenhum mal causam ao andamento ou mérito do processo, ao revés, são preponderantemente tendentes à objetividade prática que torna mais célere o desenvolvimento do feito. Insista-se, caso autenticamente necessários, os embargos declaratórios podem e devem ser manejados, sempre com o leal propósito de acerto e busca dos bons resultados que a todos importa no objetivo

comum de realização da tutela jurisdicional para o processo e as partes.

Decisões com fundamentação insuficiente:

Na decisão genérica ou de modesta especificidade expositiva, é possível entendê-la como meramente formal e aceitável ou impossível de ser aceita por lhe faltar o mapeamento que permita ao leitor constatar ter havido o exame na extensão e concretude ao caso. Na decisão com fundamentação insuficiente, temos um quadro ligeiramente distinto.

Se uma decisão não explica adequadamente os motivos determinantes da deliberação judicial, apresentando os pontos de fato e de direito que foram considerados, que foram aceitos ou ainda rejeitados, podemos ter uma figura carregada com alguma subjetividade, inclusive prejudicando a sequência processual, pois dificulta localizar algum objeto material de impugnação em específico.

Tal, curiosamente, não significa dizer que essa decisão necessariamente padeça de nulidade, pois, apesar de sua lacunosa ou até obscura fundamentação, a conclusão nela obtida poderá vir a ser confirmada por subsídios outros considerados razoavelmente devolvidos, ainda que não detidamente esmiuçados na decisão embargada.

Examinando melhor, é possível entender que uma decisão pode ter como defeito o resultado de um segmento do procedimento que padeceu de ausência de dialeticidade e de evidente dissociação entre as razões de decidir e de recorrer no caso concreto.

Pelo princípio da dialeticidade, considera-se indispensável que a parte recorrente exercite o seu ônus persuasivo no sentido de fazer ver o vício da decisão que o habilita a postular nova apreciação da lide pelo mesmo prolator.

Cabe evidentemente à parte expor os motivos pelos quais haverá de levar a ver o ponto omissivo, nebuloso ou obscuro que, caso identificável, deva ser esclarecido e declarado como determinante ou não de solução em sentido outro.

Se das proposições estabelecidas como razões de decidir da decisão embargada emergirem fundamentos que, a despeito de inespecíficos, forem suficientemente amplos e condizentes com a matéria debatida, e logicamente coesos e condizentes com a solução da causa, sempre se poderá admitir o princípio da ampla devolutividade para se superar pontuais e inexpressivas discussões, estereis, ademais, ao propósito de obter efeito modificativo por via imprópria.

As vertentes de substancial relevo na compreensão e solução da lide devem prioritariamente ser elucidadas com maior zelo e

especificidade, de maneira a restringir e desestimular o fomento meramente retórico de renitência ou apego a teses que de imediato devem ser repelidas pelo sentido claro e inequívoco do posicionamento adotado pelo Juízo conforme suas razões de decidir.

Tendo sido devidamente apreciados os fatos e/ou as razões pelas quais não se teria aplicado corretamente o direito ao caso concreto, conforme as proposições defendidas por cada qual dos litigantes, abre-se a qualquer expectador do processo, mesmo leigo em letras jurídicas, a possibilidade de constatar que o litígio foi efetiva e minuciosamente conhecido e solucionado em sua inteireza, mesmo que não se tenham tecido considerações ao nível das minúcias, mas ainda assim conferindo aos atores e a qualquer expectador da contenda a possibilidade a possibilidade de percorrer o mesmo roteiro de formação da convicção e assim ofertar a segurança jurídica fundamental alicerçada nos consagrados princípios do devido processo legal.

Sem debate dos fatos e razões de decidir, que são apresentados e exercitados pelas partes, naturalmente a decisão judicial poderá padecer de parca musculatura apta a lhe dar sustentação e viabilidade de sucesso. A indispensabilidade do advogado, elevada a regra constitucional no artigo 133 da CRFB/1988, atrai sua responsabilidade e exige, como contrapartida, que seus ofícios operem na realização da jurisdição, fornecendo substrato fático e jurídico, o que inclui por conseguinte, propor o debate de todos os argumento necessários à comprovação de suas teses.

Alegação de ausência de prestação jurisdicional.

Cada segmento interessado na decisão judicial tem que estar atento e ser preciso na indicação do elemento que entende viciá-la nos termos da lei processual. O CPC em seu art. 494²⁸¹ estabelece que o juiz só possa alterar a sentença em duas hipóteses. A primeira, nos estreitos limites do seu inciso I, que pode ser inclusive de ofício, para corrigir "inexatidões materiais ou erros de cálculo". Porém é no precioso inciso II, com o embargo de declaração, que o magistrado pode amplamente "alterar" a sentença, inclusive reconhecendo inexatidões tais que o obrigue a prolatar decisão em sentido completamente distinto da anterior.

A extensão reveladora do dispositivo encontra-se sob medida ao tema da correção da decisão originária, integrando-a de modo a alcançar a prestação jurisdicional idealmente mais completa, pois, relembrando a noção de Humberto Barros, "*Ao exercer o direito de ação, o autor torna-se credor do Estado. Este passa a dever-lhe a solução do conflito.*"

Por isso, afirma-se que a sentença corresponde à entrega da prestação jurisdicional."

Todavia, correspondendo à responsabilidade constitucional, a parte assistida por profissional deve indicar em seu percurso recursal o tema apresentado, a resposta dada na decisão interessada, revelando o adequado manejo dos embargos de declaração com o autêntico propósito de dissipar verdadeiras imperfeições.

E, relevante ao advogado, é frisar (1) o tema apresentado a ser examinado, (2) o destaque da omissão, obscuridade ou contradição para apreciação em sede de embargos de declaração, (3) a eventual resposta desses embargos e, (4) sendo importante, repetição do contexto dessa resposta jurisdicional e a relevância subjacente ao potencial dissuasório desse ponto ou questão.

Por parte da autoridade, torna-se relevante examinar o aspecto apresentado nos embargos de declaração e aplicar uma inteligência científica importante que é a "técnica do *rapport*", na qual a conformação dos argumentos pela repetição (ou espelhamento) de um aspecto do problema é usado como chave de criação de confiança de que tal aspecto foi considerado em uma determinada resposta qualquer (no caso, a sentença dos embargos de declaração).

Tal exercício, entretanto, não pode ser dissociado do sincero propósito mútuo de obtenção de tutela razoavelmente abrangente, equânime e autenticamente tendente ao esgotamento da análise do litígio em suas profundezas e particularidades cruciais e realmente necessárias à adequada prestação jurisdicional. Vale notar que, no mais das vezes, a eliminação da dúvida é dependente da simples menção direta ao ponto nodal da alegação de omissão e a afirmação ou reafirmação da convicção dali obtida é o que basta para que se dissipe a dúvida sobre ter ou não havido apreciação do tema.

O oriente comum a ser perseguido, enfim, sempre será o de se obter a consubstanciação do ideal de Justiça mediante a exposição integralmente fundamentada acerca dos elementos de solução da contenda, segundo o que determina a lei e ordena aos fatos conforme a disciplina que lhes é ínsita, velando para não se deixar margem a nódoas de imprecisão ou insuficiência expositiva e nem a estéreis discussões razoavelmente superadas no contexto óbvio da decisão.

Jurisprudência no TRT-2 e no TST

Como já adiantamos, as arguições com base no conceito de negativa de prestação jurisdicional são frequentes mas com índices de sucesso

questionáveis.

Para além dos argumentos já apresentados, o TST possui súmula sobre o tema (atualizada em decorrência do CPC de 2015) – Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017)

TST Súmula 459 . RECURSO DE REVISTA. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

O conhecimento do recurso de revista, quanto à preliminar de nulidade, por negativa de prestação jurisdicional, supõe indicação de violação do art. 832 da CLT, do art. 489²⁸² do CPC de 2015 (art. 458 do CPC de 1973) ou do art. 93, IX, da CF/1988.

Há possibilidade de extrair uma inteligência jurídica da Súmula 459 do TST para aplicação analógica ao Recurso Ordinário, na medida em que caso o processo seja acompanhado por profissional devidamente habilitado, é dever do advogado indicar precisamente as violações legais que entende configuradas no processo, preservando o "*jus postulandi*". Ainda mais notando que a reforma trabalhista estabelece honorários profissionais equivalentes aos destinados aos profissionais civis, lembrando que várias são as matérias civis nas quais as partes também guardam desequilíbrios jurídicos e econômicos justificadores.

Não podemos esquecer que a arguição de nulidade por negativa de prestação jurisdicional deve ser apresentada articuladamente ao TST no corpo do RR, nos termos da sua atual redação, e deve ser requerida expressamente no recurso de revista, indicando a apresentação de embargos de declaração contra a decisão do Regional pois, caso contrário, não ficará configurada a omissão indicada no art. 897-A da CLT. O trecho dos embargos declaratórios apresentados ao Regional deverá ser transcrito no corpo do recurso de revista (o que não deixa de ser um *~rapport~*).

Além do trecho destacado dos embargos, deverá ser transcrito também o trecho da decisão do Regional que rejeitou os embargos. Trata-se, aqui, de cumprimento de pressupostos de admissibilidade do Recurso de Revista, pois permitirão o exame da alegação!o de omissão de forma direta, a simples leitura. Essa inteligência jurídica pode e deve ser exercitada por cautela nos Recursos Ordinários. Sem os embargos de declaração a decisão omissa se aperfeiçoa e se cristaliza.

Súmula 297²⁸³ do TST e

²⁸² CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-Book, n.p.

²⁸³ TST SUM-297 PREQUESTIONAMENTO. OPORTUNIDADE. CONFIGURAÇÃO (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

prequestionamento.

Diz a Súmula 297 em sua redação atual:

TST SÚMULA 297
PREQUESTIONAMENTO.

OPORTUNIDADE. CONFIGURAÇÃO

I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.

II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.

III. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos embargos de declaração.

Note-se que a Súmula 297 se adiantou à alteração legislativa vinda com a Reforma Trabalhista de 2017. O prequestionamento ocorre de forma explícita se o julgado regional adotou a tese arguida. No entanto, se não houve pronunciamento sobre o tema é de rigor opor os embargos declaratórios para, só então, caso a autoridade responsável pela decisão embargada deixar de se manifestar específica e explicitamente teremos a figura aperfeiçoada do prequestionamento. Se, provocada a autoridade, ela ainda não se manifesta, temos a hipótese de um prequestionamento implícito ou tácito. Sem esse procedimento o art.897-A da CLT não se aperfeiçoa e prejudica o exame do recurso proposto.

Correção Parcial e Mandado de Segurança.

Primeiramente, é necessário sublinhar que as decisões que podem ser caracterizadas como defeitos ou vícios que habilitam naturalmente o uso dos embargos de declaração possuem natureza judicante, razão pela qual fica enfraquecido o argumento de uso desses instrumentos legais (Correção Parcial e Mandado de Segurança) como supedâneos processuais.

O Regimento Interno da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho (Republicação) Resolução Administrativa Nº 1455, de 24 de Maio de 2011, estabelece o cerne objetivo da Correção Parcial como remédio administrativo estreito para, conforme art.13, corrigir erros, abusos e atos contrários à boa ordem processual e que importem em atentado a fórmulas legais de processo, quando para o caso não haja recurso ou outro meio processual específico.

O texto da norma administrativa merece um exame mais detalhado.

Iniciando pela parte final da norma, a existência dos embargos de declaração, não obstante a discussão sobre sua natureza jurídica, pode ser considerado um meio processual válido, especialmente utilizado em conjunto cautelarmente com outros remédios cabíveis de modo a evitar preclusão.

Outro remédio é o Mandado de Segurança, igualmente válido, ainda que também de uso estreito em sua aplicação, eis que exige, conforme art.1º da Lei nº 12.016/ 2009, a indicação do ato coator e a vestimenta correta das figuras de "*abuso de poder*" e "*violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade*".

Os recursos trabalhistas, em regra, são recebidos somente no efeito devolutivo, o que justifica o uso do mandado de segurança para suspensão de alguma ordem judicial questionável. Todavia, as Correções Parciais observam o parágrafo único do art.13, da Resolução Administrativa Nº 1455, supra apresentada,

Parágrafo único. Em situação extrema ou excepcional, poderá o Corregedor-Geral adotar as medidas necessárias a impedir lesão de difícil reparação, assegurando, dessa forma, eventual resultado útil do processo, até que ocorra o exame da matéria pelo órgão jurisdicional competente.

Situações extremas

São bastante raras as situações extremas que justificam a interferência da autoridade corrigente na atividade judicante dos magistrados²⁸⁴. Os casos mais interessantes

I. Diz-se prequestionada a matéria ou questão quando na decisão impugnada haja sido adotada, explicitamente, tese a respeito.

II. Incumbe à parte interessada, desde que a matéria haja sido invocada no recurso principal, opor embargos declaratórios objetivando o pronunciamento sobre o tema, sob pena de preclusão.

III. Considera-se prequestionada a questão jurídica invocada no recurso principal sobre a qual se omite o Tribunal de pronunciar tese, não obstante opostos

embargos de declaração. in Livro de Súmulas <https://tst.jus.br/documents/10157/63003/LivroInternet+%286%29.pdf/778cc371-66ec-6b88-8310-fabd1504f0a5?t=1691685168350>. Acesso em 10/07/2024.

284 Nota; Correção Parcial ou Reclamação Correicional 1000135-67.2023.5.00.0000 Relator: DORA MARIA DA COSTA Processo Judicial Eletrônico Data da Autuação: 01/03/2023. in <https://www.conjur.com.br/wp-content/>

situam-se em processos coletivos, dada a própria projeção social dessas demandas.

Por óbvio que situações extraordinárias merecem igualmente soluções judiciais plenas de sensibilidade e fundamentadas. Se as decisões de efeitos suspensivos em Correições Parciais são mais raras, os Mandados de Segurança trafegam com mais confiança na Justiça pelo exame de casos históricos acessíveis.

Das conclusões pontuais para oportunas reflexões.

Sabedores de que a Revista da Amatra2 é bem recebida e lida em diversos grupos de advogados trabalhistas, o objetivo deste pequeno texto é servir de ponto de partida para reflexão e aplicação prática de alguns dos aspectos que aqui destacamos e que pontuaram estas impressões atinentes a tema, aliás, de atenta preocupação do Exmo. Desembargador Luiz Antonio Moreira Vidigal que, em sua inspiradora trajetória como Magistrado, nos trouxe interessantes apontamentos inscritos nas fundamentações de dezenas dos acórdãos de sua lavra e que foram aqui revisitados, acentuando-o como dignitário de nossa especial menção por ocasião do honroso ensejo que nos é dado de apresentá-las.

Assim concluindo, os aspectos principais deste texto podem ser assim resumidos:

-A preliminar por negativa de prestação jurisdicional começa a ser construída, cautelosamente, muito antes de apresentado o Recurso Ordinário ou o Recurso de Revista. Exige exame detalhado dos termos das peças, fatos e fundamentos de direito.

-O uso dos embargos declaratórios deve ser empreendido sem medos ou hesitações que ponham em risco a perfeita elucidação do direito controvertido, porém (até desnecessário dizer), com responsabilidade. O exame detido dos fatos e argumentos apresentados pela parte é fundamental para obtenção de uma decisão juridicamente completa e a clareza e objetividade da linguagem argumentativa é de crucial importância para obtenção da integrativa prestação jurisdicional.

-Sem a correção oportunamente vindicada da decisão, especialmente a de mérito, fica prejudicada qualquer alegação futura de nulidade por negativa de prestação jurisdicional.

-Decisão de mérito contrária aos interesses da parte não significa negativa de prestação jurisdicional.

-Omissão é um dos maiores casos de arguição de negativa de prestação jurisdicional e a parte deve externar articuladamente, analiticamente, onde se localiza o pedido, se houve debate dialético do tema e sob quais proposições e,

finalmente, onde se localiza objetivamente o vício da decisão que, se não for sanado, possa ser apto a fulminá-la de nulidade.

-A decisão que não demonstrar uma distinção que afirma, ou não conduzir seu expectador à sua simples e completa compreensão do entendimento que veicula, tem forte indício de nulidade a rigor do que prescreve o art. 489, § 1º, V, do CPC, e merece ser questionada.

-Devemos ter cuidado com decisões genéricas. Os Embargos de Declaração proporcionam a dialeticidade necessária à revisão de recursos.

-É bem estrito o acolhimento do argumento de questão extraordinária para fundamentar um pedido de suspensão de efeitos de decisão em Correição Parcial sob alegação de negativa de prestação jurisdicional.

Esperamos que estas provocações sejam bem aproveitadas pelo leitor.

Bibliografia

- SANTOS, Mario Ferreira dos. *Filosofia da Crise*. Vol. 1, Ed. E Realizações, 2018
- ADORNO, Theodor W. *Introdução à sociologia*. Tradução de Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Editora UNESP, 1968/2008a
- SCHWEITZER, Albert, A filosofia da civilização.
- MARQUES, José Frederico instituições de Direito processual Volume 3. Rio de Janeiro: Forense. 1969.
- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Manual de Direito Processual Civil. São Paulo: Editora RT - 19ª Edição - 2019
- CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-Book, n.p.).



AMATRA.2