

---

**Revista do Tribunal Superior do Trabalho**

---

### **Conselho Editorial**

Ministro do STF e Prof. Dr. Ricardo Lewandowski

Ministra do STF e Profa. Dra. Cármen Lúcia

Ministra do STF Rosa Weber

Ministro do STF e Prof. Dr. Edson Fachin

Ministro do STF aposentado e Prof. Marco Aurélio Farias Mello

Ministro do TST aposentado e Prof. Dr. Carlos Alberto Reis de Paula

Ministro do TST aposentado e Prof. Dr. Pedro Paulo Teixeira Manus (*in memoriam*)

Professora Dra. Esperanza Macarena Sierra Benítez (Universidade de Sevilha, Espanha)

Professora Dra. Maria do Rosário Palma Ramalho (Universidade de Lisboa, Portugal)

Desembargadora do Trabalho e Profa. Dra. Sayonara Grillo (UFRJ)

Professor Dr. Antonio Baylos Grau (Universidad de Castilla-La Mancha, Espanha)

Professor Dr. Hugo Barretto Ghione (Universidad de la República, Uruguai)

Professor Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)

Professor Dr. João Leal Amado (Universidade de Coimbra, Portugal)

Desembargador do Trabalho aposentado e Prof. Dr. Márcio Túlio Viana (UFMG e PUC Minas)

Professor Dr. Pedro Romano Martinez (Universidade de Lisboa, Portugal)

### **Equipe Editorial e Científica**

Ministro Mauricio Godinho Delgado (Editor-Chefe)

Ministro José Roberto Freire Pimenta

Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes

Ministra Morgana de Almeida Richa (Suplente)



PODER JUDICIÁRIO  
JUSTIÇA DO TRABALHO  
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

---

## Revista do Tribunal Superior do Trabalho

---

Ano 88 – nº 2 – abr. a jun. – 2022



Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209 – CEP 01302-000 – São Paulo-SP  
comercial@lex.com.br – www.lex.com.br

Revista do Tribunal Superior do Trabalho / Tribunal Superior do Trabalho. – Vol. 21, n. 1 (set./dez. 1946) – Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947-.

v.

Trimestral.

Irregular, 1946-1968; suspensa, 1996-1998; trimestral, out. 1999-jun. 2002; semestral, jul. 2002-dez. 2004; quadrimestral, maio 2005-dez. 2006.

Continuação de: Revista do Conselho Nacional do Trabalho, 1925-1940 (maio/ago.).

Coordenada pelo: Serviço de Jurisprudência e Revista, 1977-1993; pela: Comissão de Documentação, 1994-.

Editores: 1946-1947, Imprensa Nacional; 1948-1974, Tribunal Superior do Trabalho; 1975-1995, LTr; out. 1999-mar. 2007, Síntese; abr. 2007- jun. 2010, Magister; jul. 2010- , Lex.

ISSN 0103-7978

1. Direito do Trabalho. 2. Processo Trabalhista. 3. Justiça do Trabalho – Brasil. 4. Jurisprudência Trabalhista – Brasil. I. Brasil. Tribunal Superior do Trabalho.

CDU 347.998.72(81)(05)

**Equipe Editorial e Científica:** Comissão de Documentação e Memória – Presidente: Ministro Mauricio Godinho Delgado; Membros: Ministro José Roberto Freire Pimenta e Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes; Membro suplente: Ministra Morgana de Almeida Richa

**Organização e Supervisão:** Renyr Figuerêdo Corrêa – Coordenadora de Documentação

**Revisão:** José Geraldo Pereira Baião – Coordenadoria de Documentação

**Revisão em língua inglesa:** Cristiane Rosa Pitombo – Coordenadoria de Formação (Enamat)

**Capa:** Ivan Salles de Rezende (sobre foto de Marta Crisóstomo)

**Editores Eletrônicos:** Lex Editora S/A

**Tiragem:** 700 exemplares

*Os artigos publicados nesta Revista não traduzem necessariamente a opinião institucional do Tribunal Superior do Trabalho. A publicação dos textos obedece ao propósito de estimular o debate sobre questões jurídicas relevantes para sociedade brasileira e de refletir as várias tendências do pensamento jurídico contemporâneo. A seleção de artigos ocorre a cada trimestre por meio de edital convocatório elaborado pela Comissão de Documentação e Memória do TST e publicado no endereço eletrônico: <http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/revista-do-tst>.*

**Tribunal Superior do Trabalho**

**Sector de Administração Federal Sul**

Quadra 8, lote 1, bloco “B”, mezanino

70070-600 – Brasília – DF

Fone: (61) 3043-3056

E-mail: [revista@tst.jus.br](mailto:revista@tst.jus.br)

Internet: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)

**Lex Editora S.A.**

Rua da Consolação, 222 – 2º andar – Sala 209

01302-000 – São Paulo-SP

Fone: (11) 3019-0070

**Assinaturas:**

[comercial@lex.com.br](mailto:comercial@lex.com.br)

[www.lex.com.br](http://www.lex.com.br)

---

**Composição do  
Tribunal Superior do Trabalho**

---



## **Tribunal Pleno**

Ministro Emmanoel Pereira, Presidente do Tribunal  
Ministra Dora Maria da Costa, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
Ministro Renato de Lacerda Paiva  
Ministro Lelio Bentes Corrêa  
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga  
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho  
Ministro Mauricio José Godinho Delgado  
Ministra Kátia Magalhães Arruda  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministro José Roberto Freire Pimenta  
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes  
Ministro Hugo Carlos Scheuermann  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte  
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão  
Ministro Douglas Alencar Rodrigues  
Ministra Maria Helena Mallmann  
Ministro Breno Medeiros  
Ministro Alexandre Luiz Ramos  
Ministro Luiz José Dezena da Silva  
Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes  
Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior  
Ministro Alberto Bastos Balazeiro  
Ministra Morgana de Almeida Richa  
Ministro Sergio Pinto Martins

## **Órgão Especial**

Ministro Emmanoel Pereira, Presidente do Tribunal  
Ministra Dora Maria da Costa, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministro Lelio Bentes Corrêa  
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga  
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho  
Ministra Maria Helena Mallmann  
Ministro Breno Medeiros  
Ministro Alexandre Luiz Ramos  
Ministro Luiz José Dezena da Silva  
Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes

## **Seção Especializada em Dissídios Coletivos**

Ministro Emmanoel Pereira, Presidente do Tribunal  
Ministra Dora Maria da Costa, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho  
Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho  
Ministro Mauricio José Godinho Delgado  
Ministra Kátia Magalhães Arruda  
Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes  
Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

## **Subseção I da Seção Especializada em Dissídios Individuais**

Ministro Emmanoel Pereira, Presidente do Tribunal  
Ministra Dora Maria da Costa, Vice-Presidente do Tribunal  
Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho  
Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi  
Ministro Renato de Lacerda Paiva  
Ministro Lelio Bentes Corrêa  
Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga  
Ministro Augusto César Leite de Carvalho  
Ministro José Roberto Freire Pimenta  
Ministro Hugo Carlos Scheuermann  
Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão  
Ministra Maria Helena Mallmann  
Ministro Breno Medeiros  
Ministro Alexandre Luiz Ramos



## **Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais**

Ministro Emmanoel Pereira, Presidente do Tribunal

Ministra Dora Maria da Costa, Vice-Presidente do Tribunal

Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, Corregedor-Geral da Justiça do Trabalho

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministro Luiz José Dezena da Silva

Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes

Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior

Ministro Alberto Bastos Balazeiro

Ministra Morgana de Almeida Richa

Ministro Sergio Pinto Martins

### **Primeira Turma**

Ministro Hugo Carlos Scheuermann (Presidente)

Ministro Luiz José Dezena da Silva

Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior

### **Segunda Turma**

Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho (afastado temporariamente por integrar o Conselho Nacional de Justiça)

Ministra Maria Helena Mallmann (Presidente)

Ministro Sergio Pinto Martins

Desembargadora Margareth Rodrigues Costa (Convocada)

### **Terceira Turma**

Ministro Mauricio José Godinho Delgado (Presidente)

Ministro José Roberto Freire Pimenta

Ministro Alberto Bastos Balazeiro

## **Quarta Turma**

Ministro Ives Gandra da Silva Martins Filho (Presidente)

Ministro Maria Cristina Irigoyen Peduzzi

Ministro Alexandre Luiz Ramos

## **Quinta Turma**

Ministro Douglas Alencar Rodrigues

Ministro Breno Medeiros (Presidente)

Ministra Morgana de Almeida Richa

## **Sexta Turma**

Ministro Lelio Bentes Corrêa (Presidente)

Ministra Kátia Magalhães Arruda

Ministro Augusto César Leite de Carvalho

## **Sétima Turma**

Ministro Renato de Lacerda Paiva

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão (Presidente)

Ministro Evandro Pereira Valadão Lopes

## **Oitava Turma**

Ministro Aloysio Silva Corrêa da Veiga (Presidente)

Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte

# Ministros do Tribunal Superior do Trabalho



Emmanoel  
Pereira (Presidente)



Dora Maria da Costa  
(Vice-Presidente)



Guilherme A. C. Bastos  
(Corregedor-Geral)



Ives Gandra da Silva  
Martins Filho



Maria Cristina  
Peduzzi



Renato de Lacerda  
Paiva



Leílio Bentes Corrêa



Aloysio Corrêa da  
Veiga



Vieira de Mello Filho



Maurício Godinho  
Delgado



Kátia Magalhães  
Arruda



Augusto César Leite  
de Carvalho



José Roberto Freire  
Pimenta



Delaíde Alves  
Miranda Arantes



Hugo Carlos  
Scheuermann



Alexandre de Souza  
Agra Belmonte



Cláudio Mascarenhas  
Brandão



Douglas Alencar  
Rodrigues



Maria Helena  
Mallmann



Breno  
Medeiros



Alexandre Luiz  
Ramos



Luiz José Dezena  
da Silva



Evandro Pereira  
Valadão Lopes



Amaury Rodrigues  
Pinto Junior



Alberto Bastos  
Balazeiro



Morgana de  
Almeida Richa



Sergio Pinto  
Martins



# Sumário

<b>Apresentação</b> .....	15
<b>Presentation</b> .....	19
<b>I – DOUTRINA</b>	
<b>I.1 – Temas de Direito Individual do Trabalho</b>	
1. Trabalho escravo no Brasil: vergonhoso passado ou pesadelo presente? <i>Forced labor in Brazil: a shameful past or a contemporary ordeal?</i> <i>Emmanoel Pereira</i> .....	25
2. Apontamentos sobre a responsabilidade civil trabalhista contemporânea <i>Notes on contemporary labor civil responsibility</i> <i>Alberto Bastos Balazeiro e Afonso de Paula Pinheiro Rocha</i> .....	38
3. Jurisprudência de crise e direitos fundamentais <i>Crisis jurisprudence and fundamental rights</i> <i>Estêvão Mallet, Flávio da Costa Higa e Fernanda Antunes Marques Junqueira</i> .....	54
4. A ilegalidade aparente do regulamento sobre gerenciamento da fadiga humana dos aeronautas: um breve estudo do RBAC 117 <i>The apparent regulation illegality on the management of human fatigue in airplane pilots: a brief study on RBAC 117</i> <i>Carlos Vinicius Barbosa e Eduardo de Oliveira Cerdeira</i> .....	77
5. Os códigos de ética e de conduta como ferramentas de efetividade do <i>compliance</i> na análise judicial da dispensa por justa causa <i>The codes of ethics and conduct as tools for the effectiveness of compliance in the judicial analysis of dismissal for just cause</i> <i>Pedro Guilherme Beier Schneider e Guilherme Wunsch</i> .....	98
6. Inteligência artificial, trabalho humano e as leis da robótica de Isaac Asimov: quando a ficção científica se torna realidade <i>Artificial intelligence, human labor and isaac asimov's laws of robotics: when science fiction becomes reality</i> <i>Rodrigo Goldschmidt e Vivian Maria Caxambu Graminho</i> .....	112
<b>I.2 – Temas de Meio Ambiente do Trabalho</b>	
7. Proteção à saúde ocupacional dos trabalhadores em plataformas digitais <i>Occupational health protection of workers on digital platforms</i> <i>Gustavo Carvalho Chehab</i> .....	132

8. Sociedade do risco e sua repercussão no meio ambiente do trabalho  
*Risk society and its repercussion on the work environment*  
*Paulo Eduardo Vieira de Oliveira, Thamiris Cristina Rebelato e Willian de Melo*.....148

### **I.3 – Temas de Direito Processual do Trabalho**

9. A destinação adequada das condenações em dinheiro nas ações civis públicas trabalhistas  
*The proper destination of of monetary compensation in labor public civil actions*  
*Xisto Tiago de Medeiros Neto* .....165
10. Os precedentes judiciais como instrumento de erradicação da denominada “loteria judiciária”  
*Judicial precedents as an instrument to eradicate the so-called “judicial lottery”*  
*André de Araújo Chavante, Raimundo Simão de Melo e Samara Pereira Pettinati* .....183
11. A prova digital: um breve estudo sobre seu conceito, natureza jurídica, requisitos e regras de ônus da prova  
*Digital evidence: a brief study about its concept, legal nature, requirements and rules on the burden of proof*  
*José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva* .....199

## **II – NOTAS E COMENTÁRIOS**

- Semana da Memória da Justiça do Trabalho de 2022.....223
- TST e Correios lançam selo e carimbos postais comemorativos do Mês do Trabalhador .....225
- TST institui o lema “O Tribunal da Justiça Social” para uso institucional.....225
- Centenário de nascimento do ministro Luiz Philippe Vieira de Mello .....225
- Homenagem ao ministro Walmir Oliveira da Costa .....226
- Homenagem ao ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros .....227
- TST realiza sessão solene de posse de ministros .....227
- Justiça do Trabalho promove a 6ª edição da Semana Nacional da Conciliação Trabalhista.....228
- TST institui política de gestão da inovação .....228
- II Encontro Nacional de Memória do Poder Judiciário .....228
- Tema do mês .....229
- Acórdãos selecionados.....230

## Apresentação

A *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, em seu vol. 88, nº 2, relativa ao trimestre de abril a junho de 2022, dedica-se a temas de Direito Individual do Trabalho, de Meio Ambiente do Trabalho e de Direito Processual do Trabalho, bem como apresenta, no eixo “ACÓRDÃOS SELECIONADOS”, as ementas das decisões prolatadas pelo Tribunal Pleno do TST entre os anos de 2018 e 2022.

Para compor esta edição, a Comissão Permanente de Documentação e Memória selecionou 11 artigos jurídicos e científicos, cujos autores integram destacadas carreiras acadêmica e jurídica, como a exemplo do autor Ministro Emmanoel Pereira, Presidente deste Tribunal Superior e do CSJT.

Nesse quadro, o presente número do periódico jurídico e científico do TST divide-se em três grandes eixos: “DOCTRINA”, com três capítulos temáticos; “NOTAS E COMENTÁRIOS” e “ACÓRDÃOS SELECIONADOS”.

No eixo “DOCTRINA”, o primeiro capítulo trata dos “*Temas de Direito Individual do Trabalho*”. Integrado por seis artigos científicos de destacada importância, as reflexões apresentadas pelos autores perpassam por temas candentes e atuais. O trabalho escravo no Brasil é analisado por meio de um paralelo histórico-social do País e a atuação das instituições públicas, em especial, da Justiça do Trabalho. A responsabilidade civil trabalhista contemporânea é apresentada pelo Ministro do TST Alberto Bastos Balazeiro em coautoria com Afonso de Paula Pinheiro Rocha, a partir da evolução doutrinária em cotejo com questões atuais da jurisprudência deste Tribunal. Os direitos fundamentais são analisados na perspectiva atual da jurisprudência de crise, bem como o controle e o gerenciamento da fadiga humana dos aeronautas sob a ótica da aparente ilegalidade da norma administrativa que rege a matéria. Por fim, o primeiro capítulo apresenta os códigos de ética e de conduta como possíveis ferramentas de efetividade do *compliance* na análise judicial da dispensa por justa causa, além de instigante reflexão acerca do trabalho humano na perspectiva da ficção científica.

O segundo capítulo, “*Temas de Meio Ambiente do Trabalho*”, contém dois artigos. O primeiro apresenta importantes reflexões acerca da proteção à saúde ocupacional dos trabalhadores em plataformas digitais. O segundo analisa os conceitos de risco e de sociedade de risco de Ulrich Beck e Anthony

## APRESENTAÇÃO

Giddens, relacionando-os às situações vivenciadas pelos trabalhadores no meio ambiente laboral.

O terceiro capítulo dedica-se a “*Temas de Direito Processual do Trabalho*”. A abordagem perpassa pela destinação das condenações em dinheiro nas ações civis públicas trabalhistas, a partir da interpretação integrada do disposto no art. 13 da Lei nº 7.347/85 com a Constituição Federal de 1988. Após, analisam-se as elucidações do Ministro José Roberto Freire Pimenta quanto aos precedentes processuais instituídos pelo Código de Processo Civil de 2015 com o objetivo de erradicar o que os autores denominaram de “loteria judiciária”. Por fim, a proposta de delimitação dos contornos de uma teoria acerca das provas digitais, na qual se inclui delimitação conceitual, natureza jurídica, requisitos e definição do ônus da prova também integra esse terceiro capítulo temático.

Finda a parte específica da “DOCTRINA”, o periódico apresenta os eixos dedicados a “NOTAS E COMENTÁRIOS” e “ACÓRDÃOS SELECIONADOS”.

Neste segundo eixo, registram-se importantes notas. A primeira delas refere-se às ações comemorativas da Semana da Memória da Justiça do Trabalho. A importante semana comemorativa foi marcada por várias iniciativas, entre as quais se destacam o lançamento das segundas edições, revistas e atualizadas, dos livros históricos de acesso gratuito: “Bibliografia da História da Justiça do Trabalho: edição comemorativa dos 80 anos de Justiça Social no Brasil” e “Composições, Biografias e Linha Sucessória dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho”.

Outras iniciativas em comemoração ao mês do trabalhador e à Justiça do Trabalho também foram lançadas no significativo mês de maio. O Tribunal, em parceria com os Correios, lançou selo postal que, além de homenagear o trabalhador brasileiro, objetiva reforçar perante a sociedade a missão do TST como “Tribunal da Justiça Social”, lema esse que passou a ser utilizado, de forma institucional, especialmente em placas de sinalização do TST.

O centenário de nascimento do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello, as homenagens aos Ministros Walmir de Oliveira da Costa e Francisco Fausto Paula de Medeiros, a posse solene do Desembargador Sergio Pinto Martins como Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e ainda a posse solene dos Ministros Amaury Rodrigues Pinto Junior e Alberto Bastos Balazeiro e da Ministra Morgana de Almeida Richa – empossados de forma administrativa durante a pandemia da covid-19 – são outros importantes registros.

Marcaram, de igual modo, o emblemático mês de maio, a 6ª edição da Semana Nacional da Conciliação Trabalhista, com o *slogan* “Conciliar para



## APRESENTAÇÃO

Recomeçar”, e a instituição da Política de Gestão da Inovação no TST. Tudo objetivando prestar jurisdição célere e eficiente para àqueles que buscam a Justiça do Trabalho.

Além desses importantes lançamentos, registre-se a participação do TST, representado pelo Presidente da Comissão de Documentação e Memória, no II Encontro Nacional de Memória do Poder Judiciário realizado no Tribunal de Justiça de Pernambuco. O evento, cuja abertura ocorreu no dia 10 de maio – Dia da Memória do Poder Judiciário –, destina-se ao debate de temas afetos à valorização e preservação da história da identidade cultural e social da Justiça brasileira.

Destaque-se, por fim, a iniciativa da Comissão de Documentação e Memória, por meio da Biblioteca Délio Maranhão, denominada “Tema do Mês”. O produto disponibiliza seleção mensal de artigos sobre tema da seara trabalhista em destaque no cenário jurídico contemporâneo.

O último eixo desta edição da Revista do TST dedica-se à publicação das ementas de “ACÓRDÃOS SELECIONADOS” pela Comissão de Documentação e Memória, cujas decisões foram emanadas pelo Tribunal Pleno do TST entre os anos de 2018 e 2022.

Por fim, com gratidão à comunidade jurídica e acadêmica, que reconhece a importância deste periódico científico e institucional, bem como aos autores, aos Ministros e servidores desta Corte Superior – especialmente os membros desta Comissão de Documentação e Memória e os seus servidores –, encerra-se esta sintética APRESENTAÇÃO, desejando a todos uma proveitosa leitura.

*Mauricio Godinho Delgado*  
Ministro Presidente da Comissão  
de Documentação e Memória do TST



## Presentation

The Superior Labor Court Journal, in its Vol. 88, No. 2, for the quarter from April to June, 2022, dedicates itself on the topics of Individual Labor Law, Work Environment and Procedural Labor Law, as well as presents, as part of the “SELECTED RULINGS” axis, the summaries of the decisions handed down by the Full Court of the TST between the years 2018 and 2022.

In order to put together this edition, the Permanent Commission on Documentation and Memory selected 11 judicial and scientific articles, whose authors have distinguished academic and legal careers, such as the author Minister Emmanoel Pereira, President of this Superior Court and the Superior Council of Labor Justice (CSJT).

In this context, the present issue of the TST legal and scientific journal is divided into three main axes: “DOCTRINE”, with three thematic chapters; “NOTES AND COMMENTS” and “SELECTED RULINGS”.

As part of the “DOCTRINE” axis, the first chapter deals with “Topics on Individual Labor Law”. Comprising six scientific articles of extreme importance, the thoughts presented by the authors cover essential current topics. Slave labor in Brazil is analyzed from the perspective of a historical-social parallel of the country and the performance of public institutions, especially the Labor Court. Contemporary labour civil responsibility is presented by TST Minister Alberto Bastos Balazeiro in co-authorship with Afonso de Paula Pinheiro Rocha on the basis of doctrinal evolution in contrast with current issues related to jurisprudence of this Court. Fundamental rights are analyzed in the current perspective of crisis jurisprudence, as well as the control and management of the human fatigue in airplane pilots in view of the apparent illegality of the administrative rule that governs the matter. Finally, the first chapter presents the codes of ethics and conduct as possible tools for the effectiveness of compliance in the judicial analysis of termination for just cause, as well as a thought-provoking reflection on human work from the perspective of science fiction.

The second chapter, titled “Topics on Work Environment”, contains two articles. The first presents important thoughts on the protection of workers’ occupational health on digital platforms. The second analyzes the concepts of risk and risk society established by Ulrich Beck and Anthony Giddens, relating them to situations experienced by workers in the work environment.

## P R E S E N T A T I O N

The third chapter is dedicated to “Topics on Procedural Labor Law”. The approach involves the allocation of pecuniary penalties in public labor civil cases based on the integrated interpretation of the provisions of art. 13 of Law No. 7,347/85 together with the Federal Constitution of 1988. Afterwards, the explanations of Minister José Roberto Freire Pimenta regarding the procedural precedents established by the Civil Procedure Code of 2015 are analyzed in order to eradicate what the authors called “judicial lottery”. Finally, the chapter concludes with the proposal to outline the contours of a theory about digital evidence, which includes conceptual delimitation, legal nature, requirements and definition of the burden of proof.

After the “DOCTRINE” part, the journal presents the “NOTES AND COMMENTS”, as well as “SELECTED RULINGS” axes.

The second axis comprises important notes. The first one refers to the commemorative actions of the Labor Justice Memory Week. This important commemorative week was marked by several initiatives, among which the launch of the second, revised and updated editions of the historical books: “Bibliography of the History of Labor Justice: a commemorative edition of the 80 years of Social Justice in the Brazil” and “Compositions, Biographies and Line of Succession of the Ministers of the Superior Labor Court”

Other initiatives in commemoration of the month of the worker and Labor Justice were also launched in the significant month of May. The Court, in partnership with the Postal Service, launched a postage stamp that, in addition to honoring the Brazilian worker, aims to reinforce the TST’s mission as a “Court of Social Justice”, a motto that gained institutional use, especially on TST signposts.

The centenary of the birth of Minister Luiz Philippe Vieira de Mello, the tributes to Ministers Walmir de Oliveira da Costa and Francisco Fausto Paula de Medeiros, the solemn inauguration of Judge Sergio Pinto Martins as Minister of the Superior Labor Court and also the solemn inauguration of the Ministers Amaury Rodrigues Pinto Junior and Alberto Bastos Balazeiro, as well as Minister Morgana de Almeida Richa, all of whom were sworn in during the Covid-19 pandemic, are other important entries.

The 6<sup>th</sup> edition of the National Week of Labor Conciliation also marked the emblematic month of May, with the slogan “Conciliar para a Recomeçar” (“Conciliate in order to Restart”). Furthermore, the Innovation Management Policy was instituted at the TST – all with the aim of providing a prompt and efficient jurisdiction to those who seek Labor Justice.

## PRESENTATION

In addition to these important issues, we had the participation of the TST, represented by the President of the Permanent Commission on Documentation and Memory, in the 2<sup>nd</sup> National Meeting of Memory of the Judiciary Power held at the Court of Justice of Pernambuco. The event, whose opening took place on Judiciary Power Memory Day on May 10, was intended for the debate on topics related to the appreciation and preservation of the history of the cultural and social identity of Brazilian Justice.

Finally, the Permanent Commission on Documentation and Memory brought forth the initiative “Theme of the Month”, made possible through the Délio Maranhão Library. The idea is to provide a monthly selection of articles related to the labor sector and fitting squarely in the mold of the contemporary legal scenario.

The last axis of this edition of the TST Magazine is dedicated to the publication of the summaries of “SELECTED RULINGS” by the Permanent Commission on Documentation and Memory, whose decisions were posted by the Full Court of TST between the years 2018 and 2022.

Finally, I would like to express my gratitude to the legal and academic community, which recognizes the importance of this scientific and institutional journal, as well as to the authors, the Ministers and officers of this Superior Court, especially the members of this Commission on Documentation and Memory, as well as their associates. With this, we close this brief PRESENTATION, wishing you all a fruitful reading.

*Mauricio Godinho Delgado*

Presiding Minister of the TST’s Commission on  
Documentation and Memory



---

## **Doutrina**

---





# TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL: VERGONHOSO PASSADO OU PESADELO PRESENTE?

## *FORCED LABOR IN BRAZIL: A SHAMEFUL PAST OR A CONTEMPORARY ORDEAL?*

Emmanuel Pereira\*

RESUMO: Após, aproximadamente, século e meio da abolição da escravatura, com a assinatura da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, ainda é recorrente o crime de sujeição do trabalhador a condições análogas às de escravo no Brasil. A situação, em completo descompasso com as diretrizes da Constituição Federal de 1988, afronta, especialmente, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, a traduzir verdadeira escravidão moderna. O presente artigo busca analisar algumas condições em que essa prática criminosa persiste, num paralelo histórico-social do país e a atuação das instituições públicas, em especial, da Justiça do Trabalho, na busca das possíveis soluções para esse problema.

PALAVRAS-CHAVE: Escravidão. Dignidade. Trabalho. Justiça.

*ABSTRACT: Approximately a century and a half after the bill that abolished slavery in Brazil was passed on May 13th 1888, subjecting workers to slave-like conditions is a persistent practice in the country. This scenario of recurring modern slavery cases is incompatible with the Brazilian Constitution, especially with the constitutional principle of human dignity. This article intends to analyze the conditions that enable forced labor in Brazil from a social-historical perspective, and to describe the role of Brazilian State institutions in preventing this practice, especially the Labor Judiciary. Based on this analyzes, this article will propose possible solutions to eradicate forced labor in Brazil.*

*KEYWORDS: Slavery. Dignity. Labor. Justice.*

### 1 – Introdução

**E**mbrora abolida a escravatura no Brasil em 13 de maio de 1888, data em que assinada a Lei Áurea, portanto, há mais de um século, não são raras, ainda hoje, as manifestações sociais de intolerância na população brasileira.

---

\* *Ministro desde 30 de dezembro de 2002 e Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho para o biênio 2022-2024; foi advogado, por mais de 20 anos, Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Vice-Diretor e Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT na gestão de 2015-2016; Vice-Presidente do TST e do CSJT no biênio 2016-2018; Corregedor Nacional de Justiça Substituto durante o mandato como Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça no biênio 2019-2021.*

## DOCTRINA

Não obstante a imagem de um país liberal, com ampla aceitação da diversidade étnica, um olhar mais atento pode revelar a triste, injustificada e indevida realidade de condescendência social em face de atitudes racistas e de violação de direitos fundamentais do ser humano, a depender da origem ou etnia da vítima.

Essa pouca sensibilidade, provável resquício da história escravagista do país, é capaz de ser a principal responsável por nutrir o desrespeito gratuito e reiterado que alimenta um sistema propício ao crime de sujeição do trabalhador a condições análogas às de escravo, caracterizando o que se convencionou chamar de escravidão moderna.

O presente estudo busca identificar os fatores dessa problemática social, que impede a nação de alcançar seu objetivo fundamental: a promoção do bem de todos, numa sociedade livre de preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A intenção final é encontrar, a partir da identificação da origem do problema, soluções plausíveis, considerando, sobretudo, as atribuições das diversas instituições do Estado envolvidas no controle da prestação laboral no país.

## 2 – Repercussões do regime escravocrata no Brasil

Conquanto o Brasil tenha formalmente abolido o trabalho escravo com a Lei Áurea<sup>1</sup>, em 13 de maio de 1888, ou seja, há 133 (cento e trinta e três) anos, ainda pairam sobre a nossa cultura os resquícios do regime escravagista.

É fato que, mesmo naquele tempo, não se esperava que um simples ato, como a assinatura de uma lei, pudesse suplantar toda a estrutura arcaica que sustentava a escravatura no país. Afinal, a permanência do sistema escravocrata no decorrer de mais de três séculos foi garantida pela existência de interesses comuns de grandes e pequenos escravagistas.

Ao longo dos mais de 300 anos que antecederam a abolição da escravatura no Brasil não foi apenas a economia do país que ficou dependente da escravidão do homem. A sociedade, como um todo, foi fortemente impactada por essa estrutura desvirtuada, em que se permitiu a construção discriminatória de pensamentos voltados à formação de valores distorcidos, quanto à humanidade e aos direitos dos indivíduos. A esse respeito, reportou-se Wlamyra Albuquerque:

---

1 BRASIL. *Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm). Acesso em: 9 maio 2022.

## DOCTRINA

“A escravidão foi muito mais do que um sistema econômico. Ela moldou condutas, definiu desigualdades sociais e raciais, forjou sentimentos, valores e etiquetas de mando e obediência. A partir dela instituíram-se os lugares que os indivíduos deveriam ocupar na sociedade, quem mandava e quem devia obedecer. Os cativos representavam o grupo mais oprimido da sociedade, pois eram impossibilitados legalmente de firmar contratos, dispor de suas vidas e possuir bens, testemunhar em processos judiciais contra pessoas livres, escolher trabalho e empregador.”<sup>2</sup>

Comprovou a história que a passagem do abismo cultural do *status* de escravo para a verdadeira igualdade não se daria de forma tão fácil, pois alheia à mera vontade do legislador ou do jurista.

Tão dolorosa quanto a transformação de um homem livre em submisso é a trajetória do seu retorno à verdadeira liberdade. Essa última pode ainda ser mais pesada do que a agressão da primeira, porquanto igualmente violenta, mas também arrastada e demasiadamente lenta, cujos reflexos alcançam indefinidas gerações.

Na dureza do sistema escravocrata, vê-se uma sociedade transformando um homem. No processo de liberdade e de recuperação da igualdade e da dignidade, ainda é a vítima que, além da sua reorganização pessoal, deverá enfrentar a resistência da coletividade, na busca incessante por sua inteira aceitação. Em resumo, sempre será o indivíduo contra o todo. A essa sugestão, aliás, já se aliava Kopytoff:

“A escravidão não deve ser definida como um *status*, mas sim como um processo de transformação de *status* que pode prolongar-se uma vida inteira e inclusive estender-se para as gerações seguintes. O escravo começa como um estrangeiro [*outsider*] social e passa por um processo para se tornar um membro [*insider*]. Um indivíduo, despido de sua identidade social prévia, é colocado à margem de um novo grupo social que lhe dá uma nova identidade social.”<sup>3</sup>

A assinatura da Lei Áurea foi apenas o primeiro passo de um processo que, no Brasil, ainda se arrasta por mais de 13 décadas.

---

2 ALBUQUERQUE, Wlamyra R. de.; FRAGA FILHO, Walter. *Uma história do negro no Brasil*. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2006. p. 65.

3 KOPYTOFF, Igor. Slavery. *Annual Review of Anthropology*, v. 11, 1982. p. 221-222.

## DOCTRINA

E, mais triste que a *vergonha do passado*, com o registro histórico de ser o último país das Américas a abolir a escravidão<sup>4</sup>, é a realidade de um momento presente, em que aquele *pesadelo é constantemente revivido*.

*Quase um século e meio depois*, deparamos-nos, diariamente, com notícias envolvendo homens, mulheres e até crianças, submetidos a tratamento degradante, em razão de sua etnia, *reflexo social do erro nutrido no período escravocrata*.

A imprensa rotineiramente veicula notícias e vídeos de pessoas negras sendo agredidas ou ofendidas, gratuitamente, em situações que apontam para atitudes ou comportamentos racistas.

É inadmissível que isso ainda ocorra num Estado de direito.

Precisamos ter em mente que a República Federativa do Brasil tem, entre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), possui, como um de seus objetivos fundamentais, a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou outras formas de discriminação (art. 3º, IV), e, como direito humano fundamental, a igualdade de todos sem distinção de qualquer natureza (art. 5, *caput*)<sup>5</sup>.

No entanto, todo esse ideal vem sendo esmagado pela mentalidade escravagista, ainda presente no Brasil.

### 3 – A escravidão moderna

É flagrante e persistente a injustiça racial que assola nossa sociedade. E seus diversos tentáculos também são evidentes nas *relações de trabalho*.

Daí a origem da resistente problemática que envolve o combate ao trabalho em condições análogas às de escravo no nosso país.

É necessário combater o problema, particularmente no que toca à *certeza da impunidade dos que praticam abusos no intuito de alimentar a sede de dominação do homem pelo homem*.

Aqueles que, por meio do poder econômico, querem subjugar os que dependem, exclusivamente, da força do seu próprio trabalho para sobreviver

---

4 FOLHA DE SÃO PAULO. *Brasil decretava o fim da escravidão em 13 de maio de 1888*. São Paulo, 13 maio 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/brasil-decretava-o-fim-da-escravidao-em-13-de-maio-de-1888.shtml>. Acesso em: 9 maio 2022.

5 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

têm na impunidade o incentivo para a prática e para a continuidade de suas condutas abusivas.

É o retrato da *escravidão moderna*, que consegue ser tão desumana quanto a histórica.

Nos tempos atuais, não é apenas a ausência de liberdade que configura escravidão, mas, essencialmente, o desrespeito à dignidade do ser humano<sup>6</sup>.

Ao negar-se dignidade ao trabalhador, submetendo-o a situações degradantes, incompatíveis com a condição humana, têm-se por violados seus direitos mais básicos, ao ponto de colocar em risco sua saúde, sua segurança e até mesmo sua vida.

Tais circunstâncias vão desde a exigência de esforço excessivo, que supera as capacidades humanas, com sobrecarga e jornadas exaustivas, à imposição de trabalhos forçados e servidão por dívida. Essa conduta, que ainda conta com certa permissão social, não é apenas desumana e imoral, mas crime, tipificado em lei<sup>7</sup> (art. 149 do Código Penal)<sup>8</sup>.

Embora sem correntes e açoites, o fenômeno configura estado de total sujeição de um homem à arbitrariedade de outrem.

Essa exploração vai além da supressão de direitos trabalhistas. Faltam condições mínimas de saúde, segurança, higiene, alimento e água potável.

Em alguns casos, os trabalhadores ficam presos à servidão por dívidas, impostas pelos custos altos dos alimentos vendidos pelos próprios empregadores. Enganados, são submetidos até a restrição de liberdade, em um país que

---

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.412/AL. Tribunal Pleno. Redatora Ministra Rosa Weber. Publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* em 12 nov. 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.843.150/PA. 6ª Turma. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* em 2 jun. 2020.

7 BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

8 Nota: “Art. 149. Reduzir alguém a 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. § 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem” (Código Penal).

não admite prisão por dívidas, porquanto signatário do Pacto de San José da Costa Rica, há, aproximadamente, três décadas<sup>9</sup>.

Observe-se que, no Brasil, mesmo a excepcional possibilidade de prisão do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia deve ser tratada com muita cautela, conforme registra Sérgio Porto<sup>10</sup>:

“Ao tratarmos do pedido de prisão do devedor de alimentos, é necessário sabermos, desde logo, que este deve ser dirigido apenas contra o devedor relapso, recalcitrante, avesso ao cumprimento de suas obrigações. Certamente é esta a *mens legis* estabelecida nos arts. 733 do CPC e 19 da Lei de Alimentos. Com isto estamos a afirmar que o pedido de prisão do devedor visa atingir aquele que podendo implementar sua obrigação não o faz, revelando-se ladino. Esta posição leva por suporte o fato de que a prisão do devedor de alimentos não é pena, mas meio coercitivo de execução; visa compelir o devedor ao pagamento da dívida alimentar e não simplesmente puni-lo, tanto que pagando o devedor a prisão será levantada.”

Mesmo assim, ainda vemos trabalhadores aprisionados, a pretextos de terem contraído dívidas junto a seus patrões. Trata-se de verdadeira escravidão, em total desrespeito à dignidade do ser humano.

Esse foi o cenário responsável por ter sido o Brasil uma das primeiras nações a reconhecer, oficialmente, a existência de trabalho escravo contemporâneo em seu território. E o fez perante a Organização Internacional do Trabalho (OIT), em maio de 1995, ou seja, há mais de 27 anos.

#### 4 – Perfil das vítimas do crime de trabalho análogo ao de escravo

Em sua grande maioria, os aliciadores buscam homens jovens e fortes. O grupo representa 95% (noventa e cinco por cento) do total de trabalhadores resgatados<sup>11</sup>. Isso ocorre porque as tarefas para as quais esse tipo de mão de obra é utilizado exigem, em regra, força física. Nada diferente, portanto, daquele passado, do qual queremos nos afastar.

9 Nota: O Brasil ratificou sua adesão ao Pacto de San José da Costa Rica em 25 de setembro de 1992, por decreto-legislativo, depositando a respectiva Carta de Adesão no dia 6 de novembro do mesmo ano, pelo Decreto nº 678/92, de 6 de novembro de 1992.

10 PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 115-116.

11 REPÓRTER BRASIL. *Brasil fecha 2021 com 1937 resgatados da escravidão, maior soma desde 2013*. 28 jan. 2021. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2022/01/brasil-fecha-2021-com-1937-resgatados-da-escravidao-maior-soma-desde-2013>. Acesso em: 9 maio 2022.

## DOCTRINA

A carência de educação é ponto crucial. Segundo dados divulgados<sup>12</sup>, quase a totalidade dos trabalhadores resgatados nos últimos 20 anos eram analfabetos ou semianalfabetos.

Embora em percentual menor, as mulheres também são alvos dessa ação criminosa. Constituem parcela significativa dos aliciados para o trabalho análogo ao de escravo em setores como o têxtil, por exemplo. Além disso, compõem a maior parte das estatísticas de subnotificação em atividades domésticas e exploração sexual<sup>13</sup>.

Nem as crianças estão livres desse cenário criminoso. No final do ano de 2021, foram encontradas duas crianças, com nove e 10 anos de idade, em uma fazenda do Vale do Jequitinhonha, em Minas Gerais, e adolescentes de 13, 15 e 17 anos, em Marcolândia, no Piauí<sup>14</sup>. O trabalho análogo à escravidão de crianças configura uma das piores formas de trabalho infantil nos termos do art. 3º, *a*, da Convenção nº 182 da OIT, ratificada pelo Brasil (Decreto nº 10.088/2019)<sup>15</sup>.

De acordo com o Ministério da Economia<sup>16</sup>, a atividade com maior número de crianças e de adolescentes resgatados nessas condições é a da produção de café, mas também já foram encontradas crianças no cultivo de fumo, soja, cana e laranja, na fabricação de farinha de mandioca e na extração de florestas nativas.

Não raro, quando o trabalho envolve tratamento de mandioca, são as crianças e os adolescentes que ficam no encargo de descascar o produto para ser processado, sem qualquer equipamento de proteção ou instrumentos que lhes facilite a tarefa, o que agrava a possibilidade de desenvolverem problemas respiratórios, além do risco de lesões permanentes, em total afronta ao art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal.

A exploração indevida da mão de obra e a exposição ao trabalho escravo também alcançam os imigrantes irregulares no Brasil, especialmente latinos.

---

12 ESCRAVO NEM PENSAR. *O trabalho escravo no Brasil*. Disponível em: <https://escravonempensar.org.br/o-trabalho-escravo-no-brasil>. Acesso em: 9 maio 2022.

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

15 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 182, sobre as piores formas de trabalho infantil*. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms\\_c182\\_pt.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c182_pt.pdf). Acesso em: 9 maio 2022.

16 BRASIL. Ministério da Economia. *Radar SIT: 314 trabalhadores foram resgatados de trabalho escravo em 2021*. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/trabalho/maio/radar-sit-314-trabalhadores-foram-resgatados-de-trabalho-escravo-em-2021>. Acesso em: 9 maio 2022.

Seres humanos que, na legítima busca pela sobrevivência, são submetidos a condições degradantes, em razão da origem e etnia.

Em dados históricos, registrados em artigo no Jusbrasil<sup>17</sup>, sabemos que, em fiscalização coordenada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, entre os anos de 2010 e 2011, foram resgatados 31 imigrantes do Peru, Bolívia e Paraguai encontrados em condições degradantes de trabalho em oficinas de costura irregulares, cujas peças confeccionadas eram vendidas em grandes marcas da indústria têxtil. Esses imigrantes cumpriam jornadas de trabalho exaustivas, com carga superior a 14 horas diárias em oficinas sem higiene e segurança, residiam e trabalhavam na mesma localidade, sem qualquer registro ou formalização contratual, totalmente desprovidos da tutela legal do Estado.

Todos esses elementos reforçam a conclusão de que também nas relações de trabalho contemporâneas se vê o reflexo da nefasta herança escravagista do Brasil.

Além disso, muitos dos escravizados têm histórico de trabalho infantil.

### **5 – Localidades mais sujeitas à ocorrência do crime de trabalho escravo**

Em pleno século 21, pessoas (homens, mulheres, crianças e adolescentes) são, diariamente, encontradas em condições, verdadeiramente, deploráveis.

Além de faltarem condições mínimas de saúde, segurança e higiene, ou mesmo água potável, precisam se restringir ao pouco de comida que lhes é fornecido, sendo obrigadas a se acostumarem com a fome e com uma jornada de trabalho exaustiva.

E, embora seja mais comum encontrarmos essa prática criminosa nos rincões do país, onde a fiscalização é mais difícil, a escravidão moderna não se restringe às áreas longínquas, situadas longe dos grandes centros urbanos.

Em 2017, um levantamento feito a partir da lista dos empregadores autuados por submeter trabalhadores a condições análogas a escravos<sup>18</sup> constatou que, dos 131 nomes da lista, Minas Gerais liderava a lista das Unidades da Federação com 42 nomes, seguida pelos Estados do Pará (16 nomes), Mato Grosso (com dez), Santa Catarina e São Paulo (com oito cada) e Goiás com

---

17 TÂMAR, Claudia. *Os imigrantes irregulares e o trabalho escravo no Brasil*. 2016. Disponível em: <https://claudiatamar.jusbrasil.com.br/artigos/358591221/os-imigrantes-irregulares-e-o-trabalho-escravo-no-brasil#:~:text=A%20explora%C3%A7%C3%A3o%20de%20m%C3%A3o%20de,e%20flexibiliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20direitos%20trabalhistas>. Acesso em: 9 maio 2022.

18 PÚBLICA. *No mapa, o trabalho escravo no Brasil*. 31 out. 2017. Disponível em: <https://apublica.org/2017/10/no-mapa-o-trabalho-escravo-no-brasil>. Acesso em: 9 maio 2022.

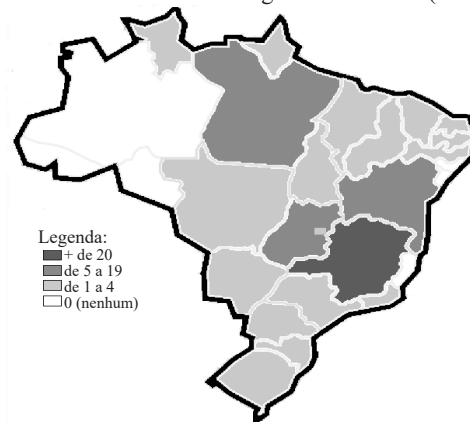


## DOCTRINA

sete. No total, 20 Unidades da Federação tinham pelo menos uma ocorrência de empregadores flagrados nessa situação.

Na lista divulgada no último dia 28 de abril<sup>19</sup>, aparecem 89 empregadores distribuídos em 21 Unidades da Federação e, novamente, Minas Gerais lidera a lista com 32 nomes inscritos (quase 36% do total), seguido por Bahia (com oito nomes ou 9% do total), Goiás (com sete nomes ou cerca de 8% do total) e Pará (seis nomes ou 6,7%). A lista consigna 926 trabalhadores resgatados entre 2016 a 2021.

Quantidade de empregadores por UF flagrados por submeterem trabalhadores a trabalho análogo ao de escravo (2016/2021)



Fonte: Ministério do Trabalho e Previdência Social, 2022

No ano passado, foi em uma fazenda do entorno do Distrito Federal que houve o maior resgate de trabalhadores em uma única unidade produtiva, onde foram encontradas nada menos que 116 (cento e dezesseis) pessoas<sup>20</sup> que atuavam, em situação de extrema vulnerabilidade, na produção de palha de milho, para a fabricação de cigarros artesanais.

Infelizmente, essa chaga social está disseminada em grande parte do Brasil, alcança trabalhadores de diversos setores e de várias idades.

19 BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. *Cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo*. 28 abr. 2022. Disponível em: [https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/areas-de-atuacao/cadastro\\_de\\_empregadores.pdf](https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/areas-de-atuacao/cadastro_de_empregadores.pdf). Acesso em: 9 maio 2022.

20 CORREIO BRAZILIENSE. *Maior resgate do ano tira 116 pessoas de trabalho análogo à escravidão*. 27 out. 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/10/4958688-maior-resgate-do-ano-tira-116-pessoas-de-trabalho-analogo-a-escravidao.html>. Acesso em: 9 maio 2022.

## 6 – Papel da Justiça do Trabalho no combate à exploração do trabalho análogo ao de escravo no Brasil – Escravidão moderna

Desde a sua criação, a Justiça do Trabalho preocupa-se com a problemática do trabalho escravo no Brasil.

Nos últimos 20 anos, *mais de 57 mil trabalhadores* brasileiros foram libertados de situações análogas às de escravo, em atividades em áreas rurais e urbanas do país<sup>21</sup>.

Só no ano passado, foram identificadas e libertadas quase 2.000 (duas mil)<sup>22</sup> pessoas encontradas em situação de escravidão moderna.

Essa operação foi responsável por recuperar mais de R\$ 3,7 milhões para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Além disso, aqueles que se beneficiaram desse crime foram obrigados a desembolsar mais de R\$ 10 milhões, para o pagamento de verbas salariais e rescisórias devidas aos trabalhadores resgatados<sup>23</sup>.

Esse resultado foi alcançado em ação integrada, que envolveu diversas instituições e a população brasileira, como um todo.

É esforço conjunto, que integra o sistema de combate à escravidão e que conta com o apoio de toda a sociedade, por meio de denúncias.

Nesse intuito, a Ouvidoria do TST, ao receber denúncias de trabalhadores sujeitos a tais condições, prontamente as encaminha ao Ministério Público do Trabalho, para investigação.

No âmbito jurisdicional, a Justiça do Trabalho julga, anualmente, milhares de casos envolvendo alegação de trabalho em condições análogas às de escravo.

Outra importante iniciativa da Justiça Social em prol de coibir tais práticas é a de colocar o Juiz mais próximo do cidadão, por meio da Justiça itinerante em localidades com elevados índices de ocorrência de escravidão moderna.

Embora a Justiça itinerante não tenha como foco apenas as causas ligadas à escravidão, sua atuação em áreas remotas possibilitou melhor acesso à Justiça, levando a presença do Estado-Juiz onde, antes, não se via o Juiz do Trabalho. Em áreas como o norte dos Estados de Tocantins e de Mato Grosso e o sul do Pará e do Maranhão – outrora conhecido como arco do trabalho escravo –, que concentravam boa parte dos casos nas décadas de 1990 e 2000, hoje há

---

21 REPÓRTER BRASIL, *op. cit.*

22 ESCRAVO NEM PENSAR, *op. cit.*

23 *Ibidem.*

uma menor incidência de casos, graças, dentre outros fatores, ao combate à impunidade pela atuação dos órgãos de fiscalização, do Ministério Público e da Justiça do Trabalho.

A Justiça do Trabalho tem sido rotineiramente acionada, em processos judiciais, para tratar questões como o cadastro de empregadores flagrados por submeter trabalhadores a condições análogas às de escravos (inclusive sobre a sua validade e a regularidade de sua publicação), o reconhecimento e o pagamento de direitos trabalhistas em favor dos trabalhadores resgatados da escravidão, o deferimento de medidas de urgência e acautelatórias para assegurar a fiscalização do trabalho, a repressão via coletiva ou civil pública a tais práticas, a fixação de dano moral coletivo, individual ou existencial e a execução fiscal de dívida ativa de multa administrativa decorrente do grupo móvel de combate ao trabalho escravo.

A Justiça do Trabalho cumpre, assim, o seu papel de ser a Justiça Social e de contribuir para que a Lei Áurea seja efetivada, apesar do fardo da herança histórica e cultural, que ainda persiste em desafiar a sociedade brasileira e os fundamentos, objetivos e princípios da República Federativa do Brasil.

### 7 – Conclusão

O Trabalho análogo a condições de escravo no Brasil sempre preocupou a Justiça do Trabalho, enquanto instituição do sistema de Justiça especializado no tratamento dos litígios envolvendo o mundo do trabalho. A chamada escravidão moderna, frequentemente encontrada nos dias atuais, em que há dominação do homem sobre o homem pela submissão do poder econômico dos mais gananciosos, traduz situação a ser cuidadosamente analisada.

A dificuldade que as instituições brasileiras encontram no combate a essa chaga perpassa por raízes culturais arcaicas, exigindo análise não apenas sob o ponto de vista econômico, mas também sob a perspectiva histórico-social do País. Reclama, portanto, uma abordagem interdisciplinar.

O longo período de mais de 300 anos em que prevaleceu o regime escravocrata no Brasil deixou cicatrizes profundas na sociedade brasileira. O prejuízo alcança desde um déficit social, origem de um verdadeiro abismo socioeconômico e cultural entre classes, até a existência de um cruel e injusto preconceito, tão intimamente fixado no pensamento coletivo, que, por vezes, mesmo os mais atentos, se veem traídos por tais distorções.

Pior que a discriminação clássica, facilmente detectada e passível de imediata repressão, é a discriminação disfarçada ou mesmo inconsciente,

incrustada no mais íntimo do ser, não admitida nem reconhecida. Por essa última, lamentavelmente, a prática do crime de submeter trabalhadores a condições análogas às de escravo parece ofender a sociedade, em grau mais ou menos elevado, a depender da origem da vítima. Mesmo a indignação social pela exploração do trabalho infantil de algumas crianças parece ser menor do que a de outras.

A hipótese, passível de análise, concentra-se no traço cultural ainda resiliente, que parece oferecer certa invisibilidade social para o problema, certa apatia, que acaba sendo um conivente catalisador para a manutenção das práticas de exploração, não apenas ao arrepio da legislação trabalhista, mas de verdadeira negação de toda ordem jurídica protetiva.

A conscientização social é essencial para o combate à prática indevida de sujeição de homens, mulheres, adolescentes e até crianças a condições degradantes e à escravidão moderna. A denúncia é um mecanismo importantíssimo para a atuação do Estado nesse segmento, exigindo que agentes públicos adotem medidas urgentes e necessárias para a sensibilização da sociedade, com vistas a pôr um fim nesse martírio.

No âmbito jurisdicional, a Justiça itinerante na seara trabalhista representa importante mecanismo capaz de coibir tais práticas, aproximando o Judiciário do cidadão e trazendo efetividade ao ideal de acesso à justiça.

### 8 – Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Wlamyra R. de; FRAGA FILHO, Walter. *Uma história do negro no Brasil*. Brasília: Fundação Cultural Palmares, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. 45. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/lim3353.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm). Acesso em: 9 maio 2022.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 9 maio 2022.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Seção 1 – 9/11/1992, p. 15562, Brasília, DF, 9 nov. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRETO%20No%20678%2C%20DE,22%20de%20novembro%20de%201969](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm#:~:text=DECRETO%20No%20678%2C%20DE,22%20de%20novembro%20de%201969). Acesso em: 9 maio 2022.

BRASIL. Ministério da Economia. *Radar SIT*: 314 trabalhadores foram resgatados de trabalho escravo em 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2021/>

## DOCTRINA

trabalho/maio/radar-sit-314-trabalhadores-foram-resgatados-de-trabalho-escravo-em-2021. Acesso em: 9 maio 2022.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Previdência Social. *Cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo*. 28 abr. 2022. Disponível em: [https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/areas-de-atuacao/cadastro\\_de\\_empregadores.pdf](https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/areas-de-atuacao/cadastro_de_empregadores.pdf). Acesso em: 9 maio 2022.

BRASIL. *Os imigrantes irregulares e o trabalho escravo no Brasil*. Disponível em: <https://claudiatamar.jusbrasil.com.br/artigos/358591221/os-imigrantes-irregulares-e-o-trabalho-escravo-no-brasil#:~:text=A%20explora%C3%A7%C3%A3o%20de%20m%C3%A3o%20de,e%20flexibiliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20direitos%20trabalhistas>. Acesso em: 09 mai. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito nº 3.412/AL. Tribunal Pleno. Redatora Ministra Rosa Weber. Publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* em 12 nov. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.843.150/PA. 6ª Turma. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* em 2 jun. 2020.

CORREIO BRAZILIENSE. *Maior resgate do ano tira 116 pessoas de trabalho análogo à escravidão*. 27 out. 2021. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2021/10/4958688-maior-resgate-do-ano-tira-116-pessoas-de-trabalho-analogo-a-escravidao.html>. Acesso em: 9 maio 2022.

ESCRAVO NEM PENSAR. *O trabalho escravo no Brasil*. Disponível em: <https://escravonempensar.org.br/o-trabalho-escravo-no-brasil>. Acesso em: 9 maio 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. *Brasil decretava o fim da escravidão em 13 de maio de 1888*. São Paulo, 13 maio 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/brasil-decretava-o-fim-da-escravidao-em-13-de-maio-de-1888.shtml>. Acesso em: 9 maio 2022.

KOPYTOFF, Igor. *Slavery. Annual Review of Anthropology*, v. 11, 1982.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 182, sobre as piores formas de trabalho infantil*. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms\\_c182\\_pt.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c182_pt.pdf). Acesso em: 9 maio 2022.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e prática dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: RT, 2011.

PÚBLICA. *No mapa, o trabalho escravo no Brasil*. 31 out. 2017. Disponível em: <https://apublica.org/2017/10/no-mapa-o-trabalho-escravo-no-brasil>. Acesso em: 9 maio 2022.

REPÓRTER BRASIL. *Brasil fecha 2021 com 1937 resgatados da escravidão, maior soma desde 2013*. 28 jan. 2021. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2022/01/brasil-fecha-2021-com-1937-resgatados-da-escravidao-maior-soma-desde-2013>. Acesso em: 9 maio 2022.

TÂMAR, Claudia. *Os imigrantes irregulares e o trabalho escravo no Brasil*. 2016. Disponível em: <https://claudiatamar.jusbrasil.com.br/artigos/358591221/os-imigrantes-irregulares-e-o-trabalho-escravo-no-brasil#:~:text=A%20explora%C3%A7%C3%A3o%20de%20m%C3%A3o%20de,e%20flexibiliza%C3%A7%C3%A3o%20de%20direitos%20trabalhistas>. Acesso em: 9 maio 2022.

Recebido em: 09/05/2022

Aprovado em: 31/05/2022

# APONTAMENTOS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL TRABALHISTA CONTEMPORÂNEA

## NOTES ON CONTEMPORARY LABOR CIVIL RESPONSIBILITY

Alberto Bastos Balazeiro\*

Afonso de Paula Pinheiro Rocha\*\*

**RESUMO:** Trata-se de artigo que objetiva revisitar os fundamentos da responsabilidade civil em sua concepção contemporânea para derivar prescrições práticas para o enfrentamento de desafios das novas e complexas formas de interação social. Apresenta uma evolução doutrinária que aponta para uma funcionalização da responsabilidade civil e seu distanciamento de uma perspectiva clássica para a tutela de danos decorrentes de riscos socialmente inaceitáveis. Faz-se o cotejo com questões atuais da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Responsabilidade Civil. Dano. Política Judiciária.

**ABSTRACT:** This article aims to revisit the foundations of civil responsibility in its contemporary concept, to derive practical prescriptions to face the challenges of new and complex forms of social interaction. The paper presents the evolution of said doctrine over time, which has stirred civil responsibility towards a more functional perspective, instead of the classical perspective for the tutelage of damages resulting from socially unacceptable risks. A comparison is made with current issues of the jurisprudence of the Superior Labor Court.

**KEYWORDS:** Civil Responsibility. Damages. Judicial Policy.

### 1 – Introdução

O artigo almeja trazer à reflexão alguns apontamentos sobre a responsabilidade civil contemporânea, com um enfoque no que as atualizações doutrinário-jurisprudenciais podem trazer de implicações práticas tanto para a caracterização das situações de dano trabalhista como para a metodologia de quantificação e praxe judiciária no reconhecimento de ilícitos indenizáveis e imposição de reparações financeiras.

Discute-se a funcionalização pela qual a teoria da responsabilidade civil perpassa na contemporaneidade e como isso evidencia a necessidade de um

\* Ministro do Tribunal Superior do Trabalho; mestre em Direito – UCB; ex-Procurador-Geral do Trabalho. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3825494436577083>. E-mail: [gabb@tst.jus.br](mailto:gabb@tst.jus.br).

\*\* Pós-doutorando em Direito – UNIFOR; doutor em Direito UNIFOR; MBA em Direito Empresarial FGV/Rio; procurador do trabalho; vice-coordenador adjunto da CONAP/MPT; secretário jurídico adjunto do MPT. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8780452662640899>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8150-4689>. E-mail: [afonso.rocha@mpt.mp.br](mailto:afonso.rocha@mpt.mp.br).

aprimoramento constante dos magistrados para o adequado manejo dos institutos na praxe judiciária.

Destaca-se a evolução da pauta de situações indenizáveis na sociedade atual, com alguns apontamentos específicos sobre questões que têm se mostrado recorrentes na contemporaneidade, propondo-se algumas linhas diretivas para reflexão de modo a conferir eficiência, previsibilidade e efetiva transformação social decorrente das decisões da Justiça do Trabalho.

### 2 – Revisitando os fundamentos da responsabilidade civil

Um dos pontos centrais de preocupação de uma sociedade massificada e pautada por múltiplas interações cada vez mais complexas e elaboradas se volta para o que é indenizável e quando deve ser indenizável. Numa sociedade que presta grande atenção ao aspecto econômico-financeiro e tende a monetizar muitas situações, fica evidente a importância da reflexão sobre quem arca com os custos – ou no jargão econômico – as externalidades negativas das várias atividades sociais produtivas.

Perceba-se que esse interesse é uniforme ao longo de várias searas do direito. Reforçando essa concepção, José Jairo Gomes<sup>1</sup> aponta para a responsabilidade civil como ponto de convergência no qual se ancoram as diversas áreas do direito (Comercial, Trabalhista, Tributário, Político e Eleitoral) e do qual essas searas derivam suas peculiaridades, sempre em constante mutação, pois derivadas da própria mutação das relações sociais.

Particularmente a essa nota distintiva, Eugênio Facchini Neto<sup>2</sup> destaca que “(...) dificilmente haverá no Direito Civil matéria mais vasta, mas confusa e de mais difícil sistematização do que a da responsabilidade civil”. Assim, embora seja difícil uma definição ampla e fechada, José Affonso Dallegrave Neto, por sua vez, destaca o caráter sistemático e ausência de definição legal expressa:

“(...) responsabilidade civil, vista como instituto jurídico, não contém definição legal, contudo, doutrinariamente, pode ser concebida como a sistematização de regras e princípios que objetivam a reparação do dano patrimonial ou a compensação do dano extrapatrimonial causados diretamente por agente – ou por fato de coisas ou pessoas que dele dependem – que agiu de forma ilícita ou assumiu o risco da atividade causadora da lesão.”<sup>3</sup>

1 GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 220.

2 FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 76, n. 1, jan./mar. 2010, p. 19.

3 DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 100.

Assim, é possível dizer que existe a “responsabilidade civil” enquanto gênero, como categoria geral de várias “responsabilidades” próprias das diversas searas jurídicas não penais, incluindo a trabalhista.

Para além da seara temática, existem outras categorizações importantes de responsabilidade civil. Por exemplo, a contraposição entre responsabilidade civil subjetiva e objetiva, fundada no fundamento do dever de reparação. A primeira voltada à teoria subjetivista, baseada na culpa do agente causador do dano, a quem se imputa a responsabilidade. Já a segunda se liga à teoria objetivista, que se afasta da indagação por culpa, centrando foco no dano e nexos.

Adicionalmente, também se relacionam as dinâmicas de responsabilização objetiva com a teoria do risco: determinados tipos de risco implicariam responsabilização objetiva, ou seja, a ordem jurídica julga que o risco criado, por si só, já é fundamento para a reparação no interesse social. É nesse ponto que convém diferenciar as chamadas responsabilidade civil objetiva comum e agravada. Esta última, uma tipologia que difere da comum ao não admitir nem mesmo as excludentes normais de responsabilidade – caso fortuito, força maior e fato exclusivo da vítima. É uma concepção verdadeiramente jurisprudencial decorrente do influxo doutrinário especialmente no campo administrativo e ambiental<sup>4</sup>.

Essa miríade de fundamentação e comportamentos em diversos campos de incidência aponta para uma multiplicidade de possíveis justificações e dinâmicas de efetivação. Logo, estudar os contornos deste cerne essencial da responsabilidade civil é vislumbrar as possíveis implicações para as várias searas jurídicas e derivar para a trabalhista, nosso ponto de atenção, implicações úteis, tanto para a efetividade de direitos como para a própria concepção de uma política judiciária voltada à pacificação de conflitos e focada na efetividade e duração constitucional razoável do processo.

### **3 – Responsabilidade civil trabalhista contemporânea, seus desafios e a política judiciária**

A responsabilidade civil contemporânea perpassa, consoante Caitlin Mulholland<sup>5</sup>, por uma crise nos elementos ou paradigmas clássicos, pautada por revoluções e múltiplos pontos de indefinição doutrinária. Anderson Schrei-

4 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 11.

5 MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.



ber<sup>6</sup> aponta que existem progressivas propostas de descarte ou mitigação dos elementos clássicos, muitas vezes sem os corretos delineamentos teórico-metodológicos, resultando no que se pode falar de “erosão” dos filtros tradicionais de responsabilidade civil. Por sua vez, Teresa Ancona Lopez<sup>7</sup> destaca que a rapidez das mudanças sociais coloca grande evidência sobre a responsabilidade civil e nem mesmo a moderna teoria do risco consegue acompanhar a plethora de situações postas à tutela judicial.

Independentemente dessa multiplicidade de autores e visões doutrinárias sobre os contornos da responsabilidade civil atual, é possível, em alguma medida, reconhecer os elementos centrais dessa movimentação doutrinária e jurisprudencial: expansão da responsabilidade civil como mecanismo de tutela em várias searas jurídicas; argumentação axiológica e principiológica ao fundamentar o dever de reparação; erosão dos conceitos clássicos para facilitar a reparação de danos e insuficiência da função reparatória pura.

Com efeito, já é lugar comum destacar a filtragem constitucional que se opera no Direito Civil e, por corolário, no Direito do Trabalho. Historicamente se vivencia o declínio das codificações como forma de centralização dos diplomas normativos, para dar lugar a microsistemas de diplomas legislativos autônomos e não unificados em codificação. Consoante Luciano Timm:

“Pode-se atribuir a concepção do fenômeno da descodificação a Natalino Irti, que difundiu o termo quando publicou seu artigo intitulado *L'età della decodificazione*, em 1978, demonstrando que o modelo de Estado pós-Segunda Guerra Mundial – chamado de Estado Social – transformou a legislação europeia, promovendo uma verdadeira fuga do Código Civil italiano (de 1942) em direção ao eixo principiológico e valorativo da Constituição daquele país (a chamada constitucionalização do Direito Civil). (...) No Brasil, só em 1984, encontra-se o assunto tratado na doutrina, por Orlando Gomes, com o enfoque proposto por Irti; e, em 1992, quando Osmar Brina Corrêa Lima comentou o texto de Varela. O Professor Clóvis do Couto e Silva abordou o assunto em *O Direito Civil em perspectiva histórica*, mas sob o enfoque de Arthur Steinwerter, preferindo chamar o fenômeno em tela de descentralização jurídica, ao invés de descodificação.”<sup>8</sup>

6 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11.

7 LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 105, p. 1223-1234, jan./dez. 2010a. p. 15.

8 TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, constitucionalização, reprivatização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 1, n. 10, p. 6417-6453, 2012.

Há uma revolução do papel da ordem jurídica antes calcada numa relatividade de relações privadas, para representar uma relevância para o papel social do direito. Não por outra razão a chamada “funcionalização social” ocorre nos diplomas normativos. No mesmo sentido, a constatação de Eugênio Facchini Neto,

“(...) o direito privado se desloca em direção ao público, como se percebe na elaboração da categoria dos interesses e direitos coletivos e difusos (metaindividuais ou supraindividuais), mas igualmente na funcionalização de inúmeros institutos típicos do direito privado, como é o caso do reconhecimento da função social da propriedade (do que se encontram traços já na Constituição de 34, e, de forma clara, a partir da Constituição de 46, embora a expressão ‘função social da propriedade’ somente apareça na Carta de 1967), função social do contrato (incorporado expressamente ao novo Código Civil – art. 421 e art. 2.035, parágrafo único), na função social da empresa (Lei nº 6.404/76 – Lei das S.A. –, art. 116, parágrafo único, e art. 154), na função social da família (...), na percepção da existência de uma função social até na responsabilidade civil.”<sup>9</sup>

Assim, é possível dizer que a responsabilidade civil se coloca em patamar contemporâneo de funcionalização, ou seja, é instituto cuja aplicação visa a atender uma determinada função social. Nesse particular, é explicitada mudança progressiva na concepção da responsabilidade civil, consoante Luiz Edson Fachin:

“Em verdade, parece que o campo atual da responsabilidade civil é plural e heterogêneo, aberto a desenvolvimentos e interrogações.

Vimos do modelo tradicional, segundo o qual não havia responsabilidade sem culpa, passamos por um padrão intermediário de acordo com o qual a responsabilidade civil gira em favor da vítima (é a plenitude do direito de danos), alargando os interesses tutelados, incluindo o dano da vida em relação, o dano biológico, entre outros, e chegamos ao tempo atual, para indicarmos, nos dias presentes, as possibilidades inquietantes de um modelo que tem, em seu perfil, o controle, quer das atividades, quer das limitações de reparação ou compensação. A responsabilidade civil, em síntese, ambiciona a autoridade de emitir a última palavra sobre os danos reparáveis ou compensáveis.”<sup>10</sup>

---

9 FACCHINI NETO, *op. cit.*

10 FACHIN, Luiz Edson. *Responsabilidade civil contemporânea no Brasil*: notas para uma aproximação. 2013. Disponível em: <https://www.fachinadvogados.com.br/artigos/FACHIN%20Responsabilidade.pdf>.

Giselda Hironaka, por sua vez, coloca de forma clara a instrumentalização da responsabilidade civil na contemporaneidade como veículo de realização de direitos sociais e civis:

“Se for o caso de observar um horizonte histórico de responsabilidade civil, este instituto contemporâneo é um instituto que hoje exige uma reformulação de concepção e clama por uma concepção ético-política, vale dizer uma concepção que vá além da sua singela compreensão dogmática ou burocrática. A compensação e a reparação, porque são formas concebidas contemporaneamente para o reequilíbrio da vida social, não podem simplesmente procurar restabelecer um mesmo estado anterior de pouca cidadania. Clama também por obrigação e responsabilidade civil, mas pode – ou melhor, deve – fazer da responsabilidade civil um instrumento para garantia de direitos sociais e de exercício de direitos civis por todos os cidadãos, inclusive o direito à propriedade.

Se, todavia, se pretender apenas considerar a responsabilidade civil como um simples instituto jurídico – que pode simplesmente ser reduzido à condição de ser uma garantia da propriedade – certamente a sociedade brasileira poderá deixar de contar com mais uma excepcional vertente endereçada a uma substancial alteração de uma cultura de violência e de exclusão social.”<sup>11</sup>

Das lições acima, é importante destacar que a própria responsabilidade civil e seus elementos passam a ser percebidos por uma ótica de instrumentação para a concreção de demais valores constitucionais, não apenas a salvaguarda, por si só, e abstrata da reparação de um *status quo* patrimonial.

Logo, para cada funcionalização, é possível uma ressignificação dos cânones clássicos e advogar a maleabilidade e multiplicidade de funções para a responsabilidade civil, a exemplo de: a) a ideia de responsabilidade pressuposta enquanto formulada por Giselda Hironaka<sup>12</sup>; b) a teoria do risco concorrente enquanto formulada por Flávio Tartuce<sup>13</sup>; c) a teoria da imputação sem nexo de causalidade, enquanto formulada por Pablo Malheiros Frota<sup>14</sup>; d) as teorias de instrumentalização da responsabilidade civil e construção da responsabili-

---

11 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 346.

12 A exemplo das teorias expostas em: HIRONAKA, *op. cit.*

13 A exemplo do exposto em: TARTUCE, Flávio. *Teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva*. Tese de Doutorado. USP – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

14 A exemplo da teoria exposta em: FROTA, Pablo Malheiros. *Imputação sem nexo causal e responsabilidade por danos*. Tese de Doutorado. UFPR – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

dade civil preventiva enquanto formulada por Thaís Venturi<sup>15</sup>; e) as teorias de configuração de responsabilidade solidária e subsidiária em contratos coligados e redes contratuais<sup>16</sup>; f) utilização de danos punitivos (*punitive damages*) no âmbito da responsabilidade civil e especialmente em relação ao Direito do Trabalho e ilícitos trabalhistas.

Independentemente dessa multiplicidade de novas contribuições doutrinárias, na praxe judiciária os desafios são de enquadrar novas situações como tais em que se opera o dever de indenizar. Nesse particular, conforme Ricardo Lorenzetti:

“(...) percebemos uma crise da teoria geral da responsabilidade civil, a qual, com o fito de manter a vigência dos princípios conceituais amplamente elaborados, acaba por dotá-los de uma abstração cada vez maior, com o fito de abranger hipóteses heterodoxas. Deste modo perdem sua unidade normativa.”<sup>17</sup>

Assim, até mesmo a distinção clássica entre responsabilidade civil contratual e extracontratual possui uma pressuposição fundamental de que não há participação das Cortes na definição às obrigações contratuais. Tal noção é falsa, pois, mesmo em relações contratuais, sempre haverá necessidade de complementação jurisdicional de pontos confusos ou omissos em maior ou menor grau<sup>18</sup>.

Logo, mais do que contornos abstratos segmentados e estanques, a responsabilidade civil se volta à natureza do dever de indenizar, buscando identificar que tipos de situações merecem a intervenção estatal para a efetivação de um dever de reparação.

Assim, o próprio agir do Judiciário, ao reconhecer essa expansão de novas tipologias de dano e do que pode ser indenizável, acaba por sinalizar à sociedade um estímulo à litigiosidade, que deve ser sopesado com balizas claras para evitar uma litigiosidade predatória ou irresponsável.

Nesse particular, convém chamar a atenção de que a relação entre a responsabilidade civil e a tutela processual se estreita ainda mais do que

---

15 A exemplo da teoria exposta em: VENTURI, Thaís Gouveia. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. Tese de Doutorado. UFPR – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

16 A exemplo das teses expostas em: TORRES, Andreza Cristina Baggio. *Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo*. Curitiba: Juruá, 2007.

17 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998. p. 50.

18 ROBERTSON, Andrew. On the distinction between contract and Tort. Universidade de Melbourne. Faculty of Law. *Public Law and Legal Theory Program*. Research Paper n. 40, 2003.

simplesmente permitir influência na litigiosidade ou destinação adequada de valores decorrentes de indenizações ditas punitivas. A teoria processual pode fornecer nova lógica à responsabilidade civil que se desloca da reparação e se volta para a prevenção.

Autoras como Thaís Venturi (2012) e Glenda Gondim (2015), em suas teses de doutoramento, abordam exatamente a contínua evolução das concepções sobre a responsabilidade civil sob o prisma do substrato social subjacente. Se a sociedade industrial e a multiplicação de danos aos quais as pessoas ficaram sujeitas embasaram a teoria da responsabilidade civil objetiva, a contemporaneidade e a concepção de sociedade de riscos passam a demandar respostas para as ameaças de danos em face de sua probabilidade. O substrato social passa a demandar sistema de responsabilidade civil genuinamente preventivo.

Para Teresa Ancona Lopez, os princípios da prevenção e da precaução são elementos do que se pode entender por responsabilidade civil preventiva, esta, a seu turno, decorrente da sociedade de risco<sup>19</sup>. Thaís Venturi, por sua vez, reforça a ideia de que a concepção de responsabilidade civil preventiva é a adequada para a tutela de riscos abstratos e concretos, sendo um desdobramento normal da evolução da ideia jurídica de responsabilidade. Destaca, inclusive, que a praxe judiciária já vem internalizada à prevenção ao tratar da responsabilidade civil:

“A internalização dos princípios da precaução e da prevenção no âmbito da responsabilidade civil, portanto, longe de suscitar uma renovada espécie de responsabilidade civil subjetiva fundada na culpa presumida, em verdade viabiliza, por via de uma imputação objetiva fundada, seja no risco abstrato, seja no risco concreto, um redimensionamento do Direito de responsabilidade. Um tal redimensionamento direciona a responsabilidade civil para o futuro, potencializando tanto o respeito aos deveres de cuidado que a sociedade civil como um todo deve observar (e, assim, inibindo a ilicitude com vistas a evitar a ocorrência dos danos), como facilitando eventuais reparações de danos decorrentes da inobservância daqueles.

(...)

Os tribunais nacionais já vêm, por diversos meios, internalizando a precaução no direito da responsabilidade civil, seja para fundamentar o direito à reparação de pessoas vitimadas pela ausência da adoção de

---

19 LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010b. p. 141.

cuidados especiais na implementação da prestação de determinadas obrigações, seja para fundamentar a inversão do ônus da prova ou a concessão de tutelas inibitórias em ações de responsabilidade em matéria ambiental e em matéria de saúde dos consumidores.

E se isso corresponde à verdade, temos então como demonstradas (quando menos por tal fundamentação) a possibilidade e a necessidade da coexistência entre duas técnicas distintas de responsabilidade civil, ambas atreladas ainda à noção central do dano: a tradicional técnica reparatória, voltada à mais perfeita e integral indenização dos danos já infligidos às vítimas, e a nova técnica preventiva, ambas possivelmente coordenadas pelos princípios da prevenção e da precaução, direcionados na tentativa de evitar a ocorrência dos danos (e com isso preservar a integralidade dos direitos), ou viabilizar justa indenização em caso de danos atrelados à exposição das vítimas a especiais riscos.”<sup>20</sup>

Assim, a responsabilidade civil dialoga com o processo e mesmo com a noção de processo estrutural de nossa contemporaneidade<sup>21</sup>. A imposição do dever de indenizar pode ser utilizada de maneira eficiente em autos individuais e principalmente coletivos, de modo a conseguir a prevenção de danos e comportamentos contrários ao direito.

É essa multiplicidade de funções que permite falar em um verdadeiro amálgama de funções para a responsabilidade civil, já que as diversas funções (pedagógica, punitiva, dissuasória, exemplificativa) são invocadas em conjunto, sem maiores diferenciações, mas com objetivo comum de evitar a repetição de danos e procurar promover mudança na conduta da parte a quem foi imputada responsabilidade.

Desse encadeamento lógico, parece seguro afirmar que a contemporaneidade deslocou a prioridade da indagação do que é passível de indenização,

---

20 VENTURI, *op. cit.*, p. 207-211.

21 Neste particular, o Direito argentino mostra-se como interessante evidência de que a responsabilidade civil deve ser tomada enquanto sistema com múltiplas funções e interface processual. Com efeito, o Código Civil argentino promulgado em outubro de 2014, foi elaborado por uma comissão designada pelo Decreto 191/2011, presidida pelo civilista Ricardo Luis Lorenzetti e integrada por Elena Highton de Nolasco e Aída Kemelmajer de Carlucci. Este código e seus dispositivos tratam a responsabilidade civil exatamente como um sistema com três funções básicas (art. 1078): a) função preventiva da ocorrência de danos (arts. 1710 e seguintes) que engloba o dever de prevenir, mitigar o dano ou não o agravar; b) função dissuasória (art. 1715) referenciando-se expressamente à medidas processuais a serem deferidas pelos juízes; c) função ressarcitória (arts. 1716 e seguintes), estabelecendo, inclusive, que os fatores de imputação de responsabilidade são objetivos ou subjetivos. O Código argentino apresenta ainda tratamento explícito para situações de responsabilidade de grupos ou autores anônimos; assunção ou diminuição de riscos, bem como identifica a existência de uma esfera privada coletiva que deve se harmonizar com os direitos individuais.

para o que deve ser permitido indenizar e como o fazer. Esse deslocamento pressupõe, inclusive, que o enfoque de análise deve ser consequencial.

#### 4 – Breves apontamentos sobre questões atuais na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho

Algumas questões interessantes em curso no Tribunal Superior do Trabalho podem ser beneficiadas de um novo olhar sob o prisma das reflexões aqui empreendidas. Na bela síntese do Eminentíssimo Ministro Alexandre Agra Belmonte, é possível divisão esquemática do dano moral trabalhista:

“Os danos morais trabalhistas podem ocorrer por ofensas:

1) De natureza individual:

1.1) Por ofensas aos atributos valorativos da personalidade (à integridade moral da pessoa humana e ao bom nome da pessoa jurídica). São as violações à honra, à imagem;

1.2) Por ofensas aos atributos físicos ou ‘materiais’ da personalidade (à integridade física da pessoa humana). São as violações à vida, saúde, subsistência, liberdade pessoal ou de locomoção;

1.3) Por ofensas aos atributos espirituais da personalidade (à integridade psicológica da pessoa humana). São as violações à intimidade, vida privada, igualdade, liberdade sexual, autoria científica e artística.

Os danos morais de natureza individual podem ser subjetivos ou interiores, quando avaliados em relação à sua repercussão no próprio ofendido (dores d’alma), e objetivos ou exteriores, quando pertinentes à projeção social das ofensas, ou seja, a sua repercussão em relação ao meio social.”<sup>22</sup>

Com esse contexto, desenvolveu-se uma ampla casuística na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

Em momentos pré-contratuais, ordinariamente os julgados invocam violações à boa-fé objetiva e proteção de expectativas legítimas frustradas por ato abusivo (por exemplo, falha na contratação após períodos de treinamento<sup>23</sup>; exigência de certidão de antecedentes criminais para admissão a emprego, sem

22 BELMONTE, Alexandre Agra. Responsabilidade por danos morais nas relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 2, p. 158-185, abr./jun. 2007, p. 160.

23 TRT-05ª R. – RO 0001556-80.2012.5.05.0251 – 4ª T. – Relª Desª Ana Lúcia Bezerra Silva – DJe 04.11.2014.

que haja autorização legal ou motivação idônea relacionada às atribuições do cargo<sup>24</sup>.

Nos momentos pós-contratuais, também é possível a ocorrência de violação ensejadora de dano moral. Dentre as hipóteses, é possível destacar a inclusão em listas restritas ou compartilhamento discriminatório de trabalhadores que movem ações trabalhistas<sup>25</sup>; suspensões unilaterais de planos de saúde, mesmo de trabalhadores com contrato suspenso<sup>26</sup>; violação de direitos autorais ou de imagem posteriormente ao rompimento do contrato de trabalho<sup>27</sup>.

Já no custo das relações de trabalho, podem ocorrer situações de dano moral em face de acidentes e doenças ocupacionais, bem como em razão de condições degradantes de trabalho, como falta de condições sanitárias adequadas ou fornecimento de equipamentos de proteção individual<sup>28</sup>; violações gerais aos direitos da personalidade, dentre as quais as condutas reiteradas de alijamento do trabalho configuram assédio moral<sup>29</sup>; assédio sexual no ambiente de trabalho<sup>30</sup>; revistas íntimas<sup>31</sup>; transporte de valores<sup>32</sup>.

Além da noção estrita de dano moral, é pacífico no âmbito trabalhista a “indenizabilidade” do dano estético, seguindo, inclusive, a Súmula nº 387 do Superior Tribunal de Justiça<sup>33</sup>. A figura jurisprudencial da “perda de uma chance” também aparece em julgados no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, ora cuidada como danos de natureza patrimonial, ora produzindo reflexos como dano moral<sup>34</sup>.

Mais recentemente a figura do Dano Existencial remete à conduta que compromete o potencial de liberdade de escolha e o projeto de vida e desenvol-

---

24 TST – RR 0205500-97.2013.5.13.0009 – Rel. Des. Min. Conv. José Maria Quadros de Alencar – DJe 07.11.2014 – p. 377.

25 TST, RR 144800-55.2010.5.23.0051, 5ª T., Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DJe 08.05.2015;

26 TST, AIRR 1386-67.2012.5.06.0191, Relª Minª Luíza Lomba, DJe 18.12.2015.

27 TST, RR 56800-86.2007.5.12.0020, 1ª T., Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, DJe 31.03.2015; TST, AIRR 3794500-87.2008.5.09.0008, 7ª T., Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, DJe 31.10.2014.

28 TST, RR 0000031-97.2011.5.08.0127, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DJe 22.03.2016, p. 1.906.

29 TST, Ag-AIRR 1552-55.2010.5.03.0029, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, DJe 19.02.2016.

30 TST, Ag-AIRR 59400-42.2009.5.02.0003, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta, DJe 18.09.2015.

31 TST, ARR 0039500-27.2009.5.06.0144, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte, DJe 11.03.2016, p. 1.028.

32 TST, AIRR 0002055-90.2014.5.11.0004, Rel. Min. João Oreste Dalazen, DJe 11.03.2016, p. 1.314.

33 TST, RR 109400-15.2006.5.03.0103, 1ª T., Rel. Min. Marcelo Lamego Pertence, DJe 04.09.2015; TST, AIRR 0024339-26.2014.5.24.0006, Relª Desª Conv. Cilene Ferreira Amaro Santos, DJe 15.04.2016, p. 1.471.

34 TST, AIRR 736-89.2011.5.09.0411, 7ª T., Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, DJe 20.11.2015.



vimento do ser humano, ocasionando vazio existencial e perda da gratificação vital<sup>35</sup>.

É interessante ver que todas essas tipologias de danos estão dentro de uma situação cada vez mais abstrata de modo que é necessário indagar qual o elemento de prova material que pode conduzir a uma maior segurança no reconhecimento.

Conforme a doutrina e jurisprudência, a percepção de que a prova do dano moral é o próprio fato danoso (*in re ipsa*) parece se coadunar, inclusive, com a percepção da concepção atual da responsabilidade civil. Visto por outro ângulo, exsurgir o dever de indenizar da própria exposição a situações de risco injustificado a valores e bens jurídicos extrapatrimoniais é algo que atenta aos parâmetros mínimos de expectativa de comportamento conforme o direito.

Perceba-se que essa mesma lógica também fornece um embasamento unificado para as situações de dano moral coletivo, que nada mais seriam do que a exposição da própria coletividade a riscos injustificados derivados de uma postura desconforme ao direito por determinado agente social.

Mais que isso, há de se destacar que o paralelismo com o dano moral individual se dá, inclusive, na evolução de tipologias mais específicas com contornos próprios. Por exemplo, a figura do *Dumping Social*. Recentemente, o Tribunal Superior do Trabalho pôde reconhecer a ocorrência dessa tipologia de dano social e impôs a responsabilização civil trabalhista, exatamente ao reconhecer que uma prática de contratação sistemática de empresas terceirizadas inidôneas seria uma violação, inclusive, da própria concorrência e às empresas idôneas por uma concorrência efetivamente desleal pela supressão de direitos trabalhistas<sup>36</sup>.

Assim, dentro dessa logística de expansão do indenizável, sobreleva-se a importância de um progressivo refinamento no formato da quantificação de danos. Notadamente, diante da estruturada jurisprudência de que, sem situações excepcionais de violação da razoabilidade/proporcionalidade, é possível a revisão, em sede extraordinária, da quantificação dos danos morais.

Tal refinamento demanda, inclusive, o cotejo de metodologias e o desenvolvimento de parametrizações espontâneas no âmbito judicial. Possível ainda destacar a importância de se buscarem referenciais, inclusive legislativos, para uma parametrização adequada.

---

35 BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009, p. 28.

36 TST-RR-10709-83.2018.5.03.0025, 6ª T., Rel. Min. Augusto Cesar Leite, DJE 28.04.2022.

Com efeito, em uma linha inicial de reflexão, temos o início de julgamento conjunto das ações ajuizadas, respectivamente pela Anamatra – Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ADIns 6.050 e 5.870); CNTI – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (ADIn 6.082) e pelo Conselho Federal da OAB (ADIn 6.069).

O Relator, Exmo. Ministro Gilmar Mendes, apresentou posicionamento que, sem descuidar de uma vinculação inerente a um juízo de arbitramento diante das situações concretas de danos trabalhistas, aponta que a parametrização judicialmente efetivada serve de vetor hermenêutico inicial, ou mesmo uma fonte propícia ao desenvolvimento de um valor base para situações recorrentes, em alusão à metodologia “bifásica” adotada pelo STJ (dinâmica exposta pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça Paulo de Tarso Sanseverino no REsp 959.780<sup>37</sup>).

Reforça-se, com efeito, a noção de que a parametrização indenizatória não é papel exclusivo da doutrina, podendo ser avançada pela tomada de consciência do Judiciário por um agir coordenado. Outra linha de ação cujo desenvolvimento se reputa necessário é a jurimetria<sup>38</sup> estatística. É a seara de

37 STJ, REsp 959.780, 3ª T., Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26.04.2011.

38 **Sobre a importância e o conceito do que é jurimetria, convém citar Marcelo Guedes Nunes, que trata, inclusive, da importância da jurimetria para responsabilidade civil:** “O estudo tradicional do direito trafega em um plano teórico e abstrato. Os operadores são formados para raciocinar tomando por referência o mundo ideal do dever-ser, sem preocupações em descrever funcionalmente a ordem jurídica como ele é. O objeto de estudo do Direito são as leis, suas possíveis interpretações e os conceitos jurídicos, tomado sob uma perspectiva teórica, sem uma preocupação sistemática sobre como os conflitos estão sendo concretamente solucionados e, principalmente, sobre as consequências concretas dessas soluções. A lei, no entanto, é uma aspiração teórica do legislador, cujas interpretações são levadas em consideração pelo juiz ao lado de diversos outros fatores que interferem nos processos jurídicos de decisão e, por consequência, na criação de normas concretas. Dentre esses fatores estão a expectativa e os valores das partes, a interação entre as partes e os julgadores e a interpretação da narrativa dos fatos, para citar apenas os mais evidentes. Além disso, o conjunto de normas gerais e abstratas apresentam algum grau de indeterminação, tanto pela plurivocidade natural da linguagem, como pela existência de lacunas ou antinomias. Assim, os agentes jurídicos, sejam eles juízes, promotores ou contratantes, ao interpretar esse conjunto de normas de acordo com diversos outros fatores de influência, desempenham um papel de criação do direito que vai além da simples aplicação mecânica de soluções prévia e abstratamente previstas na lei. Discutir ideais e propostas de como o mundo deveria ser é parte importante da vida em sociedade. No entanto, conhecer a realidade é o primeiro passo para transformá-la e, se pretendemos transformar a realidade do direito, o estudo abstrato da lei não basta. Daí a importância de estudarmos não apenas a lei e suas possíveis interpretações, mas também as características concretas dos processos jurídicos de decisão. Para se entender o que é o direito real, temos de utilizar ferramentas capazes de descrever como se dá, efetivamente, a dissuasão prática dos processos em que há conflitos de interesses. Por exemplo, para sabermos como se dá a condenação em perdas e danos no Brasil, não basta estudar as disposições gerais dos artigos do Código Civil. Temos de verificar qual o perfil dos demandantes e demandados que vão aos tribunais pedir indenização e quais os entendimentos dos juízes a respeito das narrativas e dos pedidos apresentados. Da mesma forma, se quisermos entender o que é contrato no Brasil, não basta discorrer sobre os diversos dispositivos legais que regulam os negócios jurídicos típicos e atípicos, sua natureza jurídica e seus possíveis sentidos. Temos de verificar quais contratos

pesquisa que não é plenamente difundida na cultura jurídica brasileira, apegada à retórica e à argumentação abstrata, mas que poderia fornecer pontos de partida concretos para o debate jurisdicional. Os próprios tribunais andam bem ao estimular estudos dessa natureza e reflexivos da atuação institucional.

Assim, uma implicação possível da reflexão aqui empreendida é exatamente a necessidade do desenvolvimento de novas metodologias de reflexão e quantificação de danos, especialmente aqueles extrapatrimoniais e os decorrentes de condutas que geram situações de mundo em contraposição ao direito, de modo a garantir sempre coesão nos julgados para evitar disparidades que quebrem as expectativas legítimas das vítimas e de que as próprias decisões judiciais são estímulos suficientes para se extirparem práticas de violação sistemática de direitos.

### 5 – Conclusão

Sem pretensão de esgotamento de uma matéria que, por si só, demandaria uma verticalização bem mais extensa, é possível ao menos concluir pela imprescindibilidade de a temática da responsabilidade civil estar presente na formação continuada dos magistrados.

Especialmente em um contexto doutrinário-jurisprudencial relativamente pacífico em torno da funcionalização da responsabilidade civil, é ainda mais relevante o manejo prudente de seus institutos, sob pena de gerar instabilidade e insegurança jurídica.

Assim, de todo esse singelo esboço sobre alguns apontamentos e discussões sobre temas relevantes, podemos apontar algumas conclusões principais.

Primeiro, a postura jurisprudencial da Justiça do Trabalho, de reconhecer uma função reparatória e também pedagógica na imposição do dever de indenizar, encontra amparo na moderna concepção da responsabilidade civil.

Segundo, a caracterização de situações aptas a ensejar o dever de reparação tem que ser atualizada conforme os avanços nas formas de interação social e o ponto central de identificação parece ser a caracterização de dano decorrente de um risco injusto ao qual determinada parte foi exposta. A percepção

---

são pactuados cotidianamente e concretamente, como eles são operados na prática, quais seus objetos, partes, prestações, contraprestações e garantias, quais são inadimplidos e em que condições. A jurimetria serve de ferramenta para a compreensão desse universo de processos e fatos jurídicos (...). A jurimetria é, portanto, a disciplina resultante da aplicação de modelos estatísticos na compreensão dos processos e fatos jurídicos” (NUNES, Marcelo Guedes. *O que é jurimetria*. Disponível em: <http://www.abjur.org.br/o-que-e-jurimetria.php>).

do magistrado deve analisar, na caracterização do dever de indenizar, não só a conduta em si imputada, mas para sua qualificação como lícita ou ilícita, no grau de risco socialmente aceitável que aquela conduta expôs ao indivíduo e, mais particularmente, à justiça laboral, ao trabalhador direto e demais envolvidos no processo produtivo (terceirizados, estagiários, dentre outros).

Terceiro, vivemos uma evolução das questões indenizáveis e essa progressiva percepção da possibilidade de indenizar danos ocorridos a valores mais abstratos (como, por exemplo, a noção de projeto de vida de um trabalhador) demanda o reconhecimento que a imposição de indenização também decorre do dever da ordem jurídica de coibir práticas e condutas lesivas a padrões sociais mínimos que interessam não só ao indivíduo, mas à toda a coletividade.

Quarto, a evolução do indenizável também deve ser acompanhada de uma evolução no refinamento das formas de quantificação do dano e gestão das formas de efetivação de indenização. Há de se considerar que a própria ordem jurídica deve ter um efeito dissuasório de condutas contrárias ao direito por meio da sinalização existente na imposição de um dever de indenizar. Assim, não só um arbitramento pontual que leve em consideração as peculiaridades do caso concreto, é importante que os magistrados tenham em mente o efeito sistêmico que aquela resposta possui na eliminação de condutas danosas.

O dever de indenizar atende, em perspectiva funcionalizada, ao dever de rechaçar condutas desconformes ao direito e ajustar comportamentos sociais, não apenas sua monetização e efetiva constituição de uma mera “taxa judicial” a ser incorporada em modelos de negócios baseados na violação à ordem jurídica de direitos trabalhistas.

Quinto, embora os danos mais abstratos como os danos morais individuais e os danos morais coletivos voltem-se sempre a um juízo básico de arbitramento, e a proporcionalidade ou razoabilidade possam ser revistas pelo Tribunal Superior do Trabalho, milita em favor da segurança jurídica a apreensão de parâmetros legais para fixação do dano, inclusive sendo essa linha inicial exposta pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento ainda pendente, nas ADIs sobre a chamada “tarifação dos danos extrapatrimoniais”.

## 6 – Referências bibliográficas

BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTr*, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.

BELMONTE, Alexandre Agra. Responsabilidade por danos morais nas relações de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 2, p. 158-185, abr./jun. 2007.

## DOCTRINA

- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 76, n. 1, jan./mar. 2010.
- FACHIN, Luiz Edson. *Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação*. 2013. Disponível em: <https://www.fachinadvogados.com.br/artigos/FACHIN%20Responsabilidade.pdf>.
- FROTA, Pablo Malheiros. *Imputação sem nexa causal e responsabilidade por danos*. Tese de Doutorado. UFPR – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2013.
- GOMES, José Jairo. *Responsabilidade civil e eticidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010b.
- LOPEZ, Teresa Ancona. Responsabilidade civil na sociedade de risco. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v.105, p. 1223-1234, jan./dez. 2010a.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. *A responsabilidade civil por presunção de causalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.
- NUNES, Marcelo Guedes. *O que é jurimetria*. Disponível em: <http://www.abjur.org.br/o-que-e-jurimetria.php>.
- ROBERTSON, Andrew. On the distinction between contract and Tort. Universidade de Melbourne. Faculty of Law. *Public Law and Legal Theory Program*. Research Paper n. 40, 2003.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- TARTUCE, Flávio. *Teoria do risco concorrente na responsabilidade objetiva*. Tese de Doutorado. USP – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.
- TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, constitucionalização, reprivatização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano 1, n. 10, p. 6417-6453, 2012.
- TORRES, Andreza Cristina Baggio. *Teoria contratual pós-moderna: as redes contratuais na sociedade de consumo*. Curitiba: Juruá, 2007.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- VENTURI, Thaís Gouveia. *A construção da responsabilidade civil preventiva no direito civil contemporâneo*. Tese de Doutorado. UFPR – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

Recebido em: 09/05/2022

Aprovado em: 31/05/2022

# JURISPRUDÊNCIA DE CRISE E DIREITOS FUNDAMENTAIS

## *CRISIS JURISPRUDENCE AND FUNDAMENTAL RIGHTS*

Estêvão Mallet\*

Flávio da Costa Higa\*\*

Fernanda Antunes Marques Junqueira\*\*\*

*We cannot know why the world suffers. But we can know how the world decides that suffering shall come to some persons and not to others.<sup>1</sup>*

RESUMO: O artigo tem por objeto de investigação a chamada “Jurisprudência de Crise”, nomenclatura utilizada para designar o conjunto de decisões tomadas sob conjunturas de escassez excepcional. A partir da assunção do pressuposto de que a sociedade se desenvolve num contexto de necessidades infinitas para recursos finitos, afirma que a carência de insumos é agudizada em contextos de exceção, que impõem maior austeridade fiscal. Ambiciona, com esse postulado, desenvolver o corolário de que as legislações de urgência impactam – inexoravelmente – as políticas públicas de implementação de direitos e garantias fundamentais, de modo a exigir uma abordagem epistemologicamente distinta na interpretação/aplicação das normas jurídicas. Tem como argumento central a crítica aos métodos tradicionais de análise, edificados a partir de valores abstratos e conceitos indeterminados que servem tão somente à elaboração de um discurso decisório dúctil à volição do julgador. Por conseguinte, instila algumas propostas para superar o problema e auxiliar na construção de um anteparo teórico mais idôneo e consentâneo com o Estado Democrático de Direito, por permitir a aferição de sua validade mediante escrutínio de suas premissas, conclusões, métodos e paradigmas estruturais.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisprudência de Crise. Direitos Fundamentais. Limites Epistêmicos.

*ABSTRACT: The main purpose of this paper is to investigate the so-called “Crisis Jurisprudence”, a nomenclature used to designate the set of decisions taken under circumstances of exceptional scarcity. Based on the assumption that society develops in a context of infinite needs among finite resources, it states that the lack of inputs is*

---

\* Livre-docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da USP e advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2755952655065224>. E-mail: [estevao@mallet.adv.br](mailto:estevao@mallet.adv.br)

\*\* Juiz do TRT da 24ª Região e doutor pela USP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6830435343695531>. E-mail: [flaviochiga@hotmail.com](mailto:flaviochiga@hotmail.com).

\*\*\* Juíza do TRT da 14ª Região e doutoranda pela USP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9530891114280834>. E-mail: [fernanda.junqueira@trt14.jus.br](mailto:fernanda.junqueira@trt14.jus.br).

1 CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. Nova York: Norton & Company, 1978. p. 17.

*greater in contexts of exception, which impose greater fiscal austerity measures. Having that in mind, it aims to develop the corollary that urgent laws impact – inexorably – public policies for the implementation of fundamental rights and guarantees, in order to demand an epistemologically different approach in the interpretation/application of legal norms. Its central argument is the criticism of traditional methods of analysis, built on abstract values and indeterminate concepts that only serve to elaborate a ductile decision making discourse, maleable to the judge's personal inclination. Therefore, it instills some proposals to overcome the problem and assist in the construction of a theoretical framework more suitable and in line with the Democratic Rule of Law, by allowing the verification of its validity through scrutiny of its premises, conclusions, methods and structural paradigms.*

KEYWORDS: Crisis Jurisprudence. Fundamental Rights. Epistemic Limits.

## 1 – Introdução

O verboete “crise” é tão onipresente na lexicografia jurídico-econômica que se justifica indagar se tamanha ubiquidade não torna anódina a identificação de uma “jurisprudência” que lhe seja peculiar, sem cair em uma armadilha tautológica. Sob o prisma fenomênico, tem-se a impressão de experimentar “a normalidade da exceção”, na qual “o mundo tem vivido em permanente estado de crise”<sup>2</sup>. Em um panorama inexoravelmente limitado, todas as investidas para concretizar – à moda do *Welfare State*, do *État-Providence* ou de qualquer outro modelo – “uma garantia cidadã ao bem-estar pela ação positiva do Estado como alicerçador da qualidade de vida do indivíduo”, enquanto projeto civilizatório, “caracteriza-se por crises”, sendo certo que a crise de financiamento “parece estar por trás de todas”<sup>3</sup>.

A própria finitude de recursos é uma característica financeira estrutural à qual Sen denominou *budget constraint*<sup>4</sup>, ou seja, todos – no âmbito público ou privado – só podem gastar aquilo que possuem. Os meios são limitadores indefectíveis dos fins. Nesse sentido, “atacar a reserva do possível é lutar contra moinhos de vento, pois a escassez é um dado de realidade”<sup>5</sup>. “É inútil combater o inevitável”<sup>6</sup>. Deve-se, portanto, abdicar dessa batalha quixotesca para perscrutar métodos de alocação eficiente que melhor atendam aos interesses da sociedade.

A alguns parece escapar, entretanto – ao menos no plano discursivo –, o postulado (axiomático) de que o Direito não possui força ilimitada. Talvez

2 SANTOS, Boaventura de Souza. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina, 2020.

3 STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 56-58.

4 SEN, Amartya. *Identity and violence: the illusion of destiny*. London: Penguin Books, 2006.

5 SCAFF, Fernando Facury. Você nem sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso em: 5 jun. 2020.

6 SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM, 2016. p. 76.

o exemplo mais didático seja o de transplante de órgãos. Se existe apenas um rim e dois enfermos que dele necessitam, serão obsoletos os mais belos panegíricos que glorifiquem o valor supremo da vida e da dignidade humana, mas não decidam o caso concreto: quem, afinal, será o agraciado pela doação? Antes, pelo contrário, a crença pueril de que o poder do legislador ou do magistrado é capaz de promover o milagre da multiplicação, aliada à imaturidade obtusa do “negacionismo” frente à premência de escolhas difíceis<sup>7</sup>, fornece o combustível e o comburente da combustão de tragédias, porquanto só é capaz de administrar problemas quem os admite e decide. Por outro lado, conquanto o recurso ao princípio da dignidade humana e a outras categorias genéricas ou indeterminadas não seja uma ferramenta supérflua em decisões bioéticas<sup>8</sup> – como também não o são muitos outros – é forçoso reconhecer que a sua significação tem sido extremamente vaga<sup>9</sup>.

Se o elemento “crise” é, então, uma constante perpétua – *rectius*, se as necessidades sociais serão sempre infinitas diante de uma oferta finita de recursos –, soa mesmo paradoxal cogitar-lhe um tratamento específico. Até porque o ordenamento tem por escopo o “Desarrollo Progresivo”, o que equivale à busca pelo pote de ouro ao “final” do arco-íris, já que o objetivo é o de “lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos (...) en la medida de los recursos disponibles”<sup>10</sup>, ou seja, por mais próspera que seja a sociedade, as demandas aumentarão à medida que houver mais riquezas.

Nem todas as crises, entretanto, são idênticas. As situações já conhecidas de exiguidade de meios para consecução de fins – por serem previstas ou previsíveis – contam com um aparato regulatório devidamente interpretado por uma jurisprudência que se pretende estável, íntegra e coerente, tudo em benefício da segurança jurídica e da consequente pacificação social. Há, contudo, casos em que a alteração na quantidade (a intensidade da crise) implicará

7 Para aprofundamento, vide: HOFFMASTER, Barry; HOOKER, Cliff. Tragic choices and moral compromise: the ethics of allocating kidneys for transplantation. *Milbank Quarterly*, Sep. 2013, v. 91, n. 3, p. 528-557. Doi: 10.1111/1468-0009.12025.

8 ANDORNO, Roberto. La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique? *Revue Générale de Droit Médical*, n. 16, 2005, p. 95-102.

9 “Force est de reconnaître que si l’expression ‘dignité humaine’ est de plus en plus souvent employée, elle l’est avec une signification vague.” (SAMBUC, Cléa; LE COZ, Pierre. La dignité humaine kantienne: une justification théorique des transplantations d’organes? *Raison Publique*, 2012/2 [n. 17], p. 219-238, p. 220)

10 Excertos do art. 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. (COSTA RICA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* [Pacto de San José]. 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf>. Acesso em: 5 jun. 2020)



mudança na qualidade<sup>11</sup>, a ponto de transmudar seu *status* e demandar respostas jurídicas distintas. Em *Block v. Hirsch*, 256 U.S. 135 (1921), a Suprema Corte norte-americana assinalou que alguns temas que seriam estritamente privados em circunstâncias ordinárias (locação de imóveis) poderiam ter mudanças tão acentuadas no tempo e no espaço (o contexto era o Pós-Guerra) a ponto de adquirir interesse público e justificar a intromissão mais enérgica do Estado<sup>12</sup>.

Escoimada a inferência fetichista de que o Direito dispõe de todas as fórmulas prontas e acabadas para eventos sem precedentes, torna-se factível edificar construtos teóricos epistemologicamente válidos para a interpretação e aplicação de normas jurídicas em situações insólitas. Quando o contexto apresentado é anômalo, mera subsunção pode não ser suficiente, porquanto “a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável, o caso concreto deve adequar-se à generalização da norma geral”<sup>13</sup>.

O contexto que estimula – mas não exaure – a confecção do presente texto é a Pandemia da Covid-19. Desde que a doença passou a receber esta taxonomia pela Organização Mundial de Saúde, em 11 de março de 2020<sup>14</sup>, o quadro infeccioso teve escalada vertiginosa no mundo. A Johns Hopkins University descortina um mundo de quase 7 milhões de infectados, sendo o Brasil o 2º colocado na classificação mundial, com mais de 600 mil pessoas nessa condição<sup>15</sup>. E os dados atuais permitem lobrigar um cenário bastante crepuscular: o Banco Mundial prevê uma retração de 5% (cinco por cento) no PIB brasileiro, em 2020<sup>16</sup>. Já o Imperial College London adverte para a possibilidade de, na ausência de medidas de controle voltadas a conter a curva de contágio, prog-

11 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio (1830)*. Texto completo com os adendos orais. São Paulo: Loyola, 1995. v. 1. p. 214.

12 “(...) circumstances may so change in time or so differ in space as to clothe with such an interest what at other times or in other places would be a matter of purely private concern”. (EUA. United States Supreme Court. *Block v. Hirsch*, 256 U.S. 135 [1921])

13 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 155.

14 “We have therefore made the assessment that covid-19 can be characterized as a pandemic” (WHO. Director-General’s opening remarks at the media briefing on covid-19. 11 March 2020. Disponível em: <https://www.who.int>. Acesso em: 5 jun. 2020).

15 JOHNS HOPKINS UNIVERSITY & MEDICINE. *Covid-19 dashboard by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE)*. Disponível em: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>. Acesso em: 5 jun. 2020.

16 “Brazil is expected to contract by 5.0 percent in 2020, facing three shocks: weak external demand, oil prices (Brazil is a net oil exporter), and the economic disruption from virus-containment.” (WORLD BANK. Semiannual report of the Latin America and Caribbean Region. *The Economy in the Time of Covid-19*. Disponível em: <https://olc.worldbank.org/>)

nóstico de que a epidemia continuará a crescer de forma exponencial<sup>17</sup>. Não há, portanto, paradigma histórico idôneo para o enfrentamento jurisdicional de uma crise de tamanha magnitude em termos mundiais. Mesmo a Gripe Espanhola de 1918, a despeito de sua devastadora impetuosidade, não pode ser tomada em consideração sem levar em conta as enormes diferenças no tráfego de pessoas, no desenvolvimento industrial, no comércio internacional, na globalização da economia, na Medicina, na evolução dos direitos sociais, etc.

A ilusão de negar os impactos do problema no campo jurídico e, por conseguinte, as transformações que devem ser operadas servem apenas para adiar – e agravar – as dificuldades<sup>18</sup>. Não há uma “mão invisível”, guiada apenas pelo regramento da “normalidade”, que leve ao bem comum, desde que todos se esforcem exclusivamente à garantia de maximização de preferências individuais<sup>19</sup>. Ao contrário, “ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons”<sup>20</sup>. Perspicaz, nessa senda, a Corte Constitucional da Lituânia, ao afirmar que a distribuição dos ônus em períodos de privação tem que observar os imperativos de solidariedade, justiça e harmonia social<sup>21</sup>.

Não se trata, evidentemente, de promover a erosão do Estado Democrático de Direito, a partir da errônea intelecção de que as crises mais graves têm o condão de transmutar o ordenamento em um “vale-tudo”, em que todos os alicerces civilizatórios desmoronam em nome de exigências orçamentárias. A Corte de Cassação italiana acertadamente pontuou que “il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto (...) non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali”, pois, na realidade, “è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di

17 “In the absence of the introduction of further control measures that will more strongly curb transmission, Brazil faces the prospect of an epidemic that will continue to grow exponentially.” (MELLAN, Thomas A.; HOELTGEBAUM, Henrique H.; MISHRA, Swapnil *et al.* *Estimating Covid-19 cases and reproduction number in Brazil*. Imperial College London [08-05-2020], doi: <https://doi.org/10.25561/78872>)

18 CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip, *op. cit.*

19 *Mutatis mutandis*, essa é a síntese do pensamento liberal de: SMITH, Adam. *An inquiry into the nature and causes of the wealth of the nations*. London: Oxford University Press, 1981. p. 18.

20 Foi a enfática assertiva de Hardin, ao tratar especificamente de bens comuns, como recursos naturais. (HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, 13 Dec. 1968, v. 168, n. 3859, p. 1243-1248. Disponível em: <http://www.sciencemag.org/cgi/content/full/162/3859/1243>. Acesso em: 5 jun. 2020)

21 “One has to follow the constitutional imperatives of solidarity, social harmony and justice in the course of redistributing the corresponding burden that has fallen upon the state among members of society.” (LITUANIA. Constitutional Court of the Republic of Lithuania. *Cases N. 41/2000, 47/2001-08/2003-20/2003-32/2003-38/2003, 7/03-41/03-40/04-46/04-5/05-7/05-17/05, 35/04-37/04-72/06, 38/04-39/04, 06/05-08/05, 09/06-30/06-01/07-30/08, 15/98, 33/03*. 20 April 2010)

questo a condizionarne la doverosa erogazione”<sup>22</sup>. A singularidade do momento, porém, “demanda uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e conformação da realidade econômica e social experimentada”<sup>23</sup>, a fim de acomodar as necessidades às possibilidades.

Definitivamente, não é uma empreitada fácil. Se há uma característica comum entre as mais variadas decisões judiciais em que se enfrentou o problema é a de que todas elas foram muito criticadas<sup>24</sup>. Mas é justamente este o desafio a que se propõe o trabalho: fornecer alguns subsídios para auxiliar o Poder Judiciário, quando instado, direta ou indiretamente, a alocar recursos em contextos extremados.

## 2 – Demandas infinitas v. recursos finitos

Como a balança entre carências e possibilidades tem uma tendência ontológica ao desequilíbrio – pendendo sempre para o lado da primeira –, há necessidade de disciplinar a distribuição dos bens. A gestão de recursos é importante pelo simples fato de que eles são escassos, ou seja, existem limites materiais que obstam a satisfação de todos os bens e serviços que as pessoas desejam<sup>25</sup>. Fossem as riquezas infinitas ou bastantes para todos, não haveria nada a equacionar. O factual, porém, impõe-se avassaladoramente sobre quimeras. Bem por isso, a Corte Constitucional da Colômbia asseriu que “la efectividad del Estado Social de Derecho depende de la realización de una serie de actos que suponen gastos económicos”. Existe, portanto, uma estreita relação “entre la concreción de los fines que se predicen del Estado en materia social y la necesidad de contar con una estructura macroeconómica que permita no sólo el cumplimiento de tales objetivos sino, además, el normal funcionamiento del Estado”<sup>26</sup>.

22 ITÁLIA. Corte Costituzionale. *Sentenza 275/2016*. Pubblicazione in G. U. 21/12/2016 n. 51. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionSchedaPronuncia.do?anno=2016&numero=275>. Acesso em: 5 jun. 2020.

23 MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 5 jun. 2020.

24 MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência de crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 10.

25 Conforme escólio de Mankiw: “The management of society’s resources is important because resources are scarce. Scarcity means that society has limited resources and therefore cannot produce all the goods and services people wish to have. Just as each member of a household cannot get everything she wants, each individual in a society cannot attain the highest standard of living to which she might aspire”. (MANKIW, Gregory N. *Principles of economics*. 8. ed. Boston: Cengage Learning, 2018. p. 4)

26 COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-1064/01*. Disponível em: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm#\\_ftnref24](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm#_ftnref24). Acesso em: 5 jun. 2020.

Os diplomas normativos que resguardam, *e.g.*, o direito à “busca da felicidade” (“the pursuit of happiness”), prometida tanto na Declaração de Direitos da Virgínia (1776)<sup>27</sup> quanto na Constituição do Japão (1946)<sup>28</sup>, ou que asseguram o direito de “toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille” – e o plexo de garantias que isso implica<sup>29</sup> –, o fazem tendo como pressuposto lógico necessário a existência de mecanismos financeiros à sua implementação.

Nessa perspectiva, são, no mínimo, inconsequentes<sup>30</sup> as decisões que, *v.g.*, interferem em políticas públicas para garantir determinado tratamento ou medicamento a alguém<sup>31</sup>, sem elucidar – já que assumida uma agenda de ingerência – a sua fonte de custeio, como se o orçamento fosse um “poço sem fundo”. A honestidade imporá esclarecer que determinado indivíduo terá o *seu* direito individual à saúde preservado, às custas do cancelamento de alguma campanha de vacinação, da não aquisição de uma ambulância para determinada comunidade, da diminuição da oferta de medicamentos da lista da Anvisa, etc. Sem isso, há apenas populismo judicial. Pior, ainda, é desacreditar uma premissa tão comezinha: essencialmente, há pouca ou nenhuma diferença entre essa credence e a noção de realidade de uma criança que chora em frente à loja de brinquedos por querer todos eles, ignorando a limitação financeira de seus pais.

Portanto, as regras jurídicas – e, bem assim, as interpretações judiciais que lhes delimitam o sentido e o alcance – não podem dar as costas para a realidade, garantindo aquilo que deveras não são capazes de assegurar. “The legal acts may not require the impossible (‘lex non cogit ad impossibilia’)”<sup>32</sup>. “O Direito

27 EUA. *The Virginia Declaration of Rights*. Disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>. Acesso em: 5 jun. 2020.

28 “Article 13. All of the people shall be respected as individuals. Their right to life, liberty, and the pursuit of happiness shall, to the extent that it does not interfere with the public welfare, be the supreme consideration in legislation and in other governmental affairs.” (JAPÃO. *The Constitution of Japan*. Promulgated on November 3, 1946. Disponível em: <https://japCoan.kantei.go.jp>)

29 Como o direito à alimentação, ao vestuário, à moradia e ao aprimoramento das condições existenciais, conforme art. 11 do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (NATIONS UNIES. *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/FR/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em: 5 jun. 2020)

30 Abstraido, por força do recorte metodológico, o debate acerca da legitimidade dessa usurpação de competência legislativa.

31 Gouvêa afirma que o discurso sobre direitos humanos sobre apropriação pelos mais abastados, que detêm mais acesso à informação, recursos para custeio de advogados e capacidade de influência em decisões judiciais, ou seja, na prática, a retórica de proteção torna-se uma ferramenta de transferência inversa de renda, em detrimento dos mais pobres entre os mais pobres. (GOUVÊA, Carlos Portugal. Social rights against the poor. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, v. 7, 4/2013, p. 454-475)

32 LITUÂNIA. Constitutional Court of the Republic of Lithuania. *Cases N. 41/2000, 47/2001-08/2003-20/2003-32/2003-38/2003, 7/03-41/03-40/04-46/04-5/05-7/05-17/05, 35/04-37/04-72/06, 38/04-39/04, 06/05-08/05, 09/06-30/06-01/07-30/08, 15/98, 33/03*. 20 April 2010.

não é um fim em si mesmo, mas decerto um processo dinâmico com finalidades sociais”. Assim, “as decisões judiciais devem ser avaliadas relativamente à sua potencialidade de resolver e pacificar conflitos reais, (...) maximizando a normatividade do ordenamento jurídico e promovendo o bem-estar social, sem que o magistrado possa se descuidar dos limites de sua própria função e do problema da capacidade institucional”<sup>33</sup>.

As leis que versam sobre direitos fundamentais não são cartas de boas intenções. São mandamentos de otimização cujo cumprimento é mandatório. Sob esse ângulo, o juiz torna-se um dos personagens “da distribuição de recursos e da construção de equilíbrio entre interesses supraindividuais”<sup>34</sup> em situações de excepcionalidade, na medida em que pode conformar a interpretação/aplicação das regras às circunstâncias do caso”<sup>35</sup>. “A Constituição é um documento vivo, em constante processo de significação e de ressignificação, cujo conteúdo se concretiza a partir das valorações atribuídas pela cultura política a que ela pretende ser responsiva”. Ademais, suas “valorações são mutáveis, consoante as circunstâncias políticas, sociais e econômicas, o que repercute diretamente no modo como o juiz traduz os conflitos do plano prático para o plano jurídico, e vice-versa”<sup>36</sup>. Mesmo em países como a Alemanha, onde o artigo 97 da Lei Fundamental<sup>37</sup> prescreve que o juiz está vinculado apenas à lei, “essa vinculação deve ser entendida como ao Direito”<sup>38</sup>.

Para essa missão, “a economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas”, porque as leis “são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes” e “para conhecer os efeitos das leis sobre esses objetivos, os juízes e outros legisladores precisam ter um método”<sup>39</sup> de avaliação da eficiência. Não se trata, por óbvio, de fixar na Economia uma condicionante absoluta das soluções jurídicas, mas de contar com um aparato eficaz para que “o pensamento e a ação sociais sejam avaliados como instru-

33 FUX, Luiz. Prefácio da obra de: MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência de crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

34 CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 49.

35 Aristóteles constrói uma metáfora com a “Régua de Lesbos” ao vaticinar: “tal como essa régua não é rígida, podendo ser flexibilizada ao formato da pedra, um decreto especial é feito para se ajustar às circunstâncias do caso” (ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2009. p. 173).

36 FUX, Luiz. *Op. cit.*

37 ALEMANHA. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Art 97. (1) Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen*. Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art\\_97.html](https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_97.html).

38 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiesis na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 37.

39 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 26.

mentos a serviço de objetivos humanos tidos em alto apreço, e não como fins em si mesmos”<sup>40</sup>.

São muitas as críticas a esse tipo de abordagem, desde a afirmação (rasa) de que tudo não passa de um estratagema para satisfazer uma agenda orçamentária – “una artificiosa invenzione, supportata da argomenti retorici finemente esposti ma palesemente strumentali, una invenzione volta all’appagamento delle esigenze facenti capo alla crisi, assiomaticamente poste quali punti di partenza e di arrivo dei ragionamenti dei giudici”<sup>41</sup> – até a asserção (verdadeira) de que os juízes não possuem formação para elaborar prognósticos econômicos<sup>42</sup>.

O problema, entretanto, é que ela é inescapável. Negar as inevitáveis limitações a que está sujeito o Direito, desprezar as consequências econômicas de uma decisão ou suas projeções econométricas é flertar com uma realidade paralela, na qual o elemento volitivo basta – *per se* – para que as determinações judiciais sejam viáveis. Esse devaneio mortifica a hermenêutica, deteriora a exegese, frustra os escopos do Direito e corrompe o próprio Contrato Social, porquanto “o soberano (...) não pode impor aos súditos nenhum grilhão inútil à comunidade; nem mesmo pode querê-lo; pois sob a lei da razão nada é feito sem causa, do mesmo modo que sob a lei da natureza”<sup>43</sup>. Pela sua origem e função, “la interpretación de la Constitución ha de ser vivificante para que sus mandatos efectivamente se cumplan y para que su significado responda a las realidades nacionales”<sup>44</sup>.

Conforme mencionado alhures, não é uma tarefa simples. A própria definição dos lindes em que o julgador se mantém para não atravessar a fronteira da separação harmônica de Poderes causa bastante polêmica. A autocontenção no emprego de conceitos indeterminados<sup>45</sup>, como, por exemplo, o de “razoa-

40 POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 621-622.

41 RUGGERI, Antonio. *Crisi economica, dialogo tra le Corti e salvaguardia dei diritti fondamentali*: con specifico riguardo alla materia pensionistica. Dirittifondamentali.it – Fascicolo 1/2017

42 A admoestação veio da Suprema Corte brasileira, nos seguintes termos: “Os juízes possuem formação estritamente jurídica. A eles não é dado fazer prognósticos econômicos ou sociais para que sirvam de fundamento decisório. Não incumbe ao Poder Judiciário analisar a conveniência dessa ou daquela norma, mas apenas assentar se determinada pretensão é ou não compatível com o ordenamento jurídico” (STF, RE 565.089/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, 25 set. 2019).

43 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 40.

44 COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-1064/01*. Disponível em: [https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm#\\_ftnref24](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-1064-01.htm#_ftnref24). Acesso em: 5 jun. 2020.

45 Sintomático desse problema é o fato de a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942) ter seu preocupado especificamente com decisões desse jaez, delas exigindo que: “Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais”.

bilidade”, exige policiamento constante – diante de seu alto grau de abstração –, pois, de acordo com a Suprema Corte do Canadá, o que é razoável variará de acordo com o contexto, levando em consideração a natureza do interesse violado e o esquema legislativo que se pretende implementar<sup>46</sup>.

Preocupa, outrossim, na valoração judicante a respeito da interpretação e aplicação de regras jurídicas a questão informacional, notadamente em uma quadratura histórica pautada por “pós-verdades” e *fake news*<sup>47</sup>. Basta uma pequena imperfeição nos dados para gerar profundo impacto no equilíbrio e contaminar todas as enunciações decisórias<sup>48</sup>.

No campo deontológico, necessário orientar as decisões de modo a não reificar o ser humano, fim em si mesmo que é<sup>49</sup>, a partir da ideia de que os seus direitos fundamentais compõem estruturas básicas de cidadania que são a expressão jurídica de um sistema de valores que constituem o fundamento jurídico da ordem e da paz social, como assentou o Tribunal Constitucional da Espanha<sup>50</sup>.

São muitos e intrincados, enfim, os obstáculos a debelar para erigir as diretrizes mínimas de uma “jurisprudência de crise” e seus limites epistêmicos, que serão detalhados nos capítulos subsequentes, com o objetivo de contribuir para um debate tão importante e atual.

46 No original, lê-se: “What is reasonable will vary with the context, regard being had to the nature of the interest infringed and the legislative scheme sought to be implemented” (CANADÁ. Supreme Court of Canada. *R v Edwards Books and Art Ltd* [1986] 2 S.C.R. 713. Disponível em: <https://app.justis.com/case/r-v-edwards-books-and-art-ltd/overview/c4KdoWGto1Wca>. Acesso em: 5 jun. 2020).

47 SHU, Kai *et al.* Fake news detection on social media: a data mining perspective. *ACM SIGKDD Explorations Newsletter*, v. 19, n. 1, Sep. 2017, p. 22-36. <https://doi.org/10.1145/3137597.3137600>.

48 “Even a small amount of information imperfection could have a profound effect on the nature of the equilibrium.” (STIGLITZ, Joseph E. Information and the change in the paradigm in economics. *The American Economic Review*, v. 92, n. 3, p. 460-501, Jun. 2002)

49 Consoante o imperativo categórico kantiano: “O ser racional existe como fim em si, como um valor absoluto, e não como meio para outros fins, como um valor relativo (a estes outros fins). Pela autonomia, isto é, por se submeter à lei moral dada por si próprio, é que o ser racional torna-se uma pessoa, que não possui preço, mas ‘um valor absoluto’, uma ‘dignidade’” (KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. São Paulo: Martins Fontes, 2004).

50 “Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, como dice el art. 10 de la C.E., el ‘fundamento del orden jurídico y de la paz social’.” (ESPAÑA. Tribunal Constitucional, Pleno. Recurso prévio de inconstitucionalidade. *Sentença 53/1985*. Publicado em 18 de maio de 1985. Disponível em: <http://www.boe.es>)

### 3 – Limites epistêmicos e métodos de avaliação das legislações de urgência

Falar em jurisprudência de crise pode parecer um desatino a conduzir o leitor a um percurso disparatado. As razões para isso são óbvias. Espera-se, tanto aqui, em terras de *civil law*, quanto acolá, em países de tradição de *common law*, que a jurisprudência seja estável<sup>51</sup>, bastante a gerar legítimas e fundadas expectativas de que determinada eleição comportamental está a se compaginar com as ordenanças do Poder Judiciário. Nessa senda, o estado de crise, com aptidão de atacar o Estado, enquanto prestador e fomentador de políticas públicas, não teria, *a priori*, o condão de desestabilizar sua sólida jurisprudência, que se manteria íntegra e estável<sup>52</sup>.

No entanto, o mesmo dilema das ciências econômicas aparece no âmbito das ciências sociais, a exigir, diante da finitude de recursos, a eleição de soluções menos drásticas, com vistas a preservar, o quanto possível, o núcleo essencial dos direitos fundamentais<sup>53</sup>. A atual crise pandêmica serve de exemplo e a autenticidade de suas características exige do Direito uma postura equilibrada e intermediária, sem excesso de rigidez, a ponto de ignorar a realidade estampada em seus olhos; sem ilimitada flacidez, a ponto de convalidar qualquer peripécia engendrada pelos Poderes Legislativo e Executivo. Porém, a divisa entre o estado de legalidade e o estado subversivo é de pouca espessura e, por ora, não existem soluções prontas e acabadas a desanuviar o caminho. A utilização de princípios e conceitos jurídicos indeterminados pode atender a um e a outro, a depender da enunciação decisória eleita. Em referência ao Tribunal Constitucional português, Novaes anota que a Corte, a orientar-se pelo pronunciamento de uma não inconstitucionalidade da intervenção restritiva, “recorre a uma plêiade de fuga (...)”<sup>54</sup>. Esses subterfúgios podem pendular para o despautério,

51 O art. 926 do CPC/2015, sobre a questão, expressamente vaticina, em tons mandamentais, que: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

52 Por crise, na concepção de Antônio Casimiro Ferreira, entende-se a situação de excepcionalidade, ou seja, quando um fato, ou uma série de fatos, desencadeiam a alteração lógica costumeira de determinada sociedade. Essa mudança pode se dar no âmbito do Direito, da Economia, das instituições morais, a depender do tipo de excepcionalidade enfrentada. In: FERREIRA, Antônio Casimiro. Exercício de funções públicas em tempos de crise. Trabalho em funções públicas de crise: que direito(s)? *Ata da I Jornada de Direito do Emprego Público*. Braga: Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2013. p. 54.

53 Não se desconhece, é certo, a crítica de Jorge Reis Novais à tese do núcleo essencial dos direitos fundamentais, tendo em conta que, “pese embora o sucesso da fórmula e a sua invocação frequente, a garantia do conteúdo essencial não desempenha, hoje, qualquer papel autônomo significativo nem desenvolve qualquer efeito jurídico efectivo enquanto limite aos limites dos direitos fundamentais”. Para maior aprofundamento, que não cabe no presente texto, ver: NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 786.

54 NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 793.



tal como em *Korematsu v. United States*<sup>55</sup>, caso no qual, a pretexto de proteção da segurança nacional, legitimou-se uma política segregacionista claramente contrária ao Direito, sob a justificativa de que “the power to protect must be commensurate with the threatened danger”<sup>56</sup>.

De outro, pode pendular para um razoável – malgrado questionável – equilíbrio, a despeito da intervenção restritiva a direitos e garantias fundamentais<sup>57</sup>. Portugal mesmo serve de exemplo. Como decorrência da crise financeira impulsionada pela queda dos *Lehman Brothers*, no ano de 2008, o Estado lusitano, entre os países severamente afetados do globo, firmou acordo conjunto com a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, assumindo o compromisso de redução do *déficit* orçamentário público. Nesse diapasão, a Lei do Orçamento do Estado para o ano de 2011 (Lei nº 55-A/2010), em seus arts. 19, 20 e 21, propôs a redução dos vencimentos do funcionalismo público, incluindo os ocupantes dos cargos de Presidente da República, Primeiro-Ministro, Deputados da Assembleia da República, Juizes do Tribunal Constitucional, bem como toda a magistratura nacional e membros do Ministério Público. Inconformados com a medida, alguns deputados federais questionaram sua validade, instando o Tribunal Constitucional a pronunciar-se. Fosse pela sólida jurisprudência cimentada pela Corte, já se sabia, de antemão, o desfecho da peregrinação processual, a dar ao ato legislativo a pecha da reprovação<sup>58</sup>. Todavia, para a surpresa dos

55 323 U.S. 214, 219-20 (1944). Em resposta ao ataque japonês à Pearl Harbor, durante a Segunda Guerra Mundial, o governo dos Estados Unidos decidiu exigir, por alegada necessidade de preservar a segurança nacional, que os nipo-americanos residentes na costa-oeste se mudassem para campos de realocação. O Presidente Franklin Roosevelt assinou a Ordem Executiva 9066 em fevereiro de 1942, dois meses após o incidente. Fred Korematsu, um nipo-americano que vivia na cidade de San Leandro, preferiu permanecer em sua residência, rebelando-se contra a ordem emanada. Por isso, foi recolhido à prisão e, posteriormente, condenado. A seguir, trecho da *opinion* de Justice Black: “(...) We uphold the exclusion order (...). In doing so, we are not unmindful of the hardships imposed by it upon a large group of American citizens. But hardships are part of war, and war is an aggregation of hardships. All citizens alike, both in and out of uniform, feel the impact of war in greater or lesser measure. Citizenship has its responsibilities as well as its privileges, and in time of war the burden is always heavier. Compulsory exclusion of large groups of citizens from their homes, except under circumstances of direst emergency and peril, is inconsistent with our basic govern. But when, under conditions of modern warfare, our shores are threatened by hostile forces, the power to protect must be commensurate with the threatened danger”. O voto divergente, encaminhado por Justice Murphy, mais lúcido do que a maioria, acusou a Corte de ter sido “arroubada pelo racismo”. E acrescentou: “(...) no immediate, imminent and impending public danger could justify such a racially motivated restriction”.

56 323 U.S. 214, p. 219-20 (1944).

57 Entre os autores que defendem a validade da medida restritiva, ver: DRAY, Guilherme Machado. O direito do trabalho na jurisprudência constitucional da crise. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, jan./set. 2015.

58 Assim restou decidido nos acórdãos ns. 303/90; e 141/02, referentes, em ordem cronológica, à Lei do Orçamento do Estado de 1989, que determinou a redução salarial dos vencimentos de um conjunto de

autores e de muitos outros acadêmicos e juristas, o resultado inusitado, em uma compreensão do estado de excepcionalidade experimentado pelo país, inclinou sua conclusão para a constitucionalidade das normas que implicavam a redução salarial. Entre as razões apresentadas, o Tribunal Constitucional reforçou o caráter temporal da medida, válida para atender a um estado de crise agudo, transitório e excepcional, a demandar o sacrifício do direito à irredutibilidade salarial frente à prossecução do interesse público em reequilibrar as contas do Estado e alavancar sua economia<sup>59</sup>.

Portanto, no juízo de ponderação de valores, naquela ocasião excepcional, conferiu-se maior densidade ao interesse público, pese embora custasse a imolação dos princípios da proteção à confiança e segurança jurídica, tão caros ao Estado Democrático de Direito<sup>60</sup>, além de quebra de direitos individuais expressamente protegidos. Aliás, a eleição drástica foi enfrentada pelo Tribunal Constitucional que, em referência ao princípio da proteção à confiança, em sinal de reconhecimento, pontuou que “as reduções agora introduzidas, na medida em que contrariam a normalidade anteriormente estabelecida pela actuação dos poderes públicos, nesta matéria, frustram expectativas fundadas”<sup>61</sup>. Por sua vez, na linha de argumentação jurídica adotada pela decisão, preservou-se o princípio da proporcionalidade, já que a redução dos vencimentos não só se apresentou idônea, como, sobretudo, necessária em face da crônica crise econômica. No que concerne ao princípio da igualdade, enfatizou-se que o agente público não se nivela ao particular e, nessa qualidade, pode sofrer o contingenciamento dos seus ganhos, raciocínio inaplicável na esfera privada, prevalecendo o princípio da irredutibilidade salarial. E, por fim, destacou a natureza excepcional e tran-

---

professores e à Lei do Orçamento do Estado de 1992, a qual, ao fixar o limite máximo do vencimento do Primeiro-Ministro, implicou, em alguns casos, na redução salarial de determinados funcionários ocupantes de cargos públicos.

59 Excerto do acórdão nº 396/2011. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt). Acesso em: 22 maio 2020.

60 Em comentário ao acórdão, Dray pondera que se está diante de uma “redutibilidade salarial condicionada no que diz respeito à atuação do legislador ordinário: por um lado, o legislador pode diminuir a retribuição dos trabalhadores, por via legislativa, desde que tal redução obedeça a critérios de necessidade, adequação e proporcionalidade e não afete o princípio da igualdade; por outro lado, essa diminuição salarial não pode pôr em causa, mesmo em um contexto de emergência e de grave crise econômica, o direito a uma sobrevivência minimamente condigna, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Este último princípio, na sua projeção laboral, consubstancia-se precisamente, nos termos acima assinalados, no princípio da proteção ao trabalhador.” In: DRAY, Guilherme Machado, *op. cit.*, p. 184.

61 Excerto do acórdão nº 396/2011. Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt). Acesso em: 22 maio 2020.

sitória da medida, com o escopo de atender à situação anômala experimentada pela nação lusitana<sup>62</sup>.

A propósito desse rol epistêmico, em Lituânia, a Suprema Corte também se posicionou a respeito do natural e característico confronto travado entre a edição de medidas regulatórias ajustadas para o enfrentamento de circunstâncias desordenadas e a restrição a direitos e liberdades constitucionalmente assegurados. A decisão, sobre a validade de norma promotora de redução de pensionamentos e vencimentos do funcionalismo público, declara, minudentemente, que, em razão de um cenário de crise econômico-financeira de grande repercussão, permite-se o contingenciamento de direitos e liberdades fundamentais, entre eles, o direito de receber um salário justo pelo trabalho prestado, observadas, no entanto, as seguintes condicionantes: (i) implementação mediante ato legislativo emanado de autoridade representativa da soberania popular; (ii) sejam as restrições levadas a cabo em uma sociedade democrática; (iii) haja a preservação da natureza e da essência dos direitos afetados; (iv) seja guiada pelo princípio constitucional da proporcionalidade, traduzido em coluna do Estado de Direito; (v) esteja a lei em conformidade com os objetivos legítimos aspirados pela sociedade, e, por fim, (vi) seja a restrição necessária e na medida do necessário para o alcance do fim colimado<sup>63</sup>.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal brasileiro foi inundado de ações fiscalizatórias de constitucionalidade, questionando a validade da antiga Medida Provisória nº 927/2020<sup>64</sup>, que autorizava empregadores a adotarem medidas de urgência em razão do estado de calamidade pública decorrente da pandemia causada pela covid-19<sup>65</sup>. Ainda em análise, mas cujo objeto se

62 Essa mesma linha argumentação foi utilizada pela Corte Constitucional colombiana, ao tempo da edição da Lei nº 628 de 2000, a qual inaugurou “El Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiações para la vigencia fiscal de 1º de enero al 31º de 2001”. Entre as medidas adotadas, promoveu a perda substancial do padrão remuneratório, a despeito da manutenção do salário nominal. Por sua vez, a Corte Constitucional, justificada pela conjuntura econômica adversa por que passava o país, declarou a constitucionalidade da norma, sob os seguintes fundamentos: (...) ha de tenerse presente que los criterios anteriormente resumidos comportan una limitación, del derecho de los servidores públicos ubicados en las escalas salariales superiores, que es de carácter temporal mientras subsista la actual coyuntura económica y social. Esto, en la medida en que corresponde a la vigencia fiscal de 2011 comprendida por la ley demandada y en que resulta de interpretar la Carta teniendo en cuenta el contexto real del país”. Disponível em Corte Constitucional da Colômbia; Sentencia C – 1064/01. Disponível em: [www.corteconstitucional.gov.br](http://www.corteconstitucional.gov.br). Acesso em: 26 maio 2020.

63 *Constitutional Court of the Republic of Lithuania*. Cases n. 41/2000 et al. 20 de abril de 2010.

64 A MP nº 927/2020, em razão da inércia do Poder Legislativo, caducou em data de 19.07.2020.

65 São elas: ADI 6.342; ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista; ADI 6.344, ajuizada pela Rede Sustentabilidade; ADI 6.346, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos; ADI 6.348, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro; ADI 6.349, Partido Comunista do Brasil, Partido Socialismo e Liberdade e Partido dos Trabalhadores, conjuntamente; ADI 6.352, ajuizada pelo Partido Solidariedade; e ADI 6.354, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria.

perdera, o Ministro-Relator Marco Aurélio, por ocasião do pronunciamento de seu voto, anunciou que inexistia norma a transgredir o espírito constitucional, na medida em que “(...) visou atender uma situação emergencial e preservar empregos, a fonte do sustento dos trabalhadores que não estavam na economia informal”. Prosseguiu dizendo que: “o Presidente da República pode e deve atuar provisoriamente nos campos das relações de trabalho, (...) não cabendo atuar com açodamento, sob pena de aprofundar-se, ainda mais, a crise aguda que maltrata o país”, em referência à necessidade de aguardar-se a posição definitiva do Poder Legislativo<sup>66</sup>.

Como se vê, todas essas arestas, desacompanhadas de certo objetivismo, podem servir a “dois senhores” simultaneamente<sup>67</sup>. Os princípios da segurança jurídica, da proteção à confiança, da proporcionalidade e razoabilidade são divisas a dirigir o trabalho judicial, mas, sozinhos, não solucionam o dilema. Na intrincada relação entre meios e fins, cabe ao operador do direito, ao longo do processo investigativo de validade do texto de lei de urgência, verificar se a medida adotada é justificada pelo fim que se quer alcançar. Não é tarefa fácil. Já se viu em *Korematsu* que a realocação da população nipônica não impediria e nem dificultaria a comunicação de possíveis detratores. Ainda assim, conferiu-se maior densidade à segurança nacional para se avaliar ato subversivo e autoritário. Por outro lado, em Portugal, há corrente que defende o esforço para o ajustamento das contas públicas, a justificar o contingenciamento do direito à irredutibilidade salarial. Na primeira hipótese, os fins não justificaram os meios. A lógica, em Portugal, foi inversa, no sentido de que os fins justificaram os meios validamente empregados<sup>68</sup>, por isso a insistência de Holmes, em *Block v. Hirsch*, ao advertir que: “(...) the private may be affected with a

66 Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 26 maio 2020. O Poder Legislativo, em vista da MP nº 936/2020, já cumpriu seu papel constitucional, sendo a Lei nº 14.020/2020, que estabelece o Programa Emergencial do Emprego e da Renda, sancionada em 06.07.2020.

67 Livro de Mateus, 6:24: “Ninguém pode servir a dois senhores; pois odiará um e amará o outro, ou se dedicará a um e desprezará o outro (...)”.

68 Em duras críticas à necessidade e adequação da medida legislativa, pondera Hespanha que nada mais é do que a figuração de “uma posição formalista, orientada para a titularidade do poder de ponderação de interesses”. (HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do modelo jurídico – crise, Direito e argumentação jurídica. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; PIÇARRA, Nuno (Org.). *A crise e o direito*. Almedina: Lisboa, 2013. p. 116). No mesmo sentido o alerta de Alexandrino, ao pontuar que o “Tribunal Constitucional, por um lado, não revelou um suficiente compromisso com o texto da Constituição, que em muitas destas decisões esvaziou ou ignorou, preferindo o tortuoso caminho da Constituição *prima facie*; por outro lado, não deixou de nos empurrar para o desolador desfecho da sobrecarga fiscal – induzida pelos constrangimentos exteriores, omnipresente nas soluções políticas sucessivamente apresentadas desde 2010, mas resultante afinal também do injustificado esvaziamento jurisdicional das garantias constitucionais do contribuinte” (ALEXANDRINO, José de Melo. O impacto jurídico da jurisprudência de crise. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Porto: Coimbra, n. 11, 2014. p. 165).

public concern, allowing governmental action otherwise not considered”<sup>69</sup>. Mas isso não responde ao principal questionamento que urge levantar: quais são os parâmetros de validade do ato legislativo que impõe intervenção restritiva a direitos e garantias fundamentais? Até agora, a invocação de axiomas principiológicos apenas constituiu instrumento argumentativo em branco, o qual funciona como tópico fundamentador de uma decisão, a significar que as Cortes já *pré-compreenderam* e *pré-elegeram* o resultado, sem que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais desempenhasse algum papel decisivo na solução encontrada<sup>70</sup>.

Sugere-se, então, a esta altura, o auxílio do método investigativo conhecido por *strict scrutiny*, gestado e desenvolvido ao longo da história constitucional norte-americana, com o propósito de salvaguardar os direitos das minorias em face de indevidas interferências de autoridades públicas, e cujas bases podem servir de anteparo para a construção de um mecanismo avaliativo das legislações de urgência, agregando aos limites epistêmicos já mencionados maior objetividade.

### 3.1 – O método *strict scrutiny* e sua contribuição para a conformação de teste avaliativo de leis restritivas a direitos fundamentais

A Constituição, como lei suprema de uma nação, de vasto conteúdo simbólico e ideológico, presta-se como filtro hermenêutico de avaliação das legislações de urgência. Ela própria contém boa parte da normatividade para administrar certas crises, como o estado de sítio, ou, então, a implementação de políticas flexibilizatórias, entre elas, a redução de vencimentos e jornada de trabalho, em ordem a preservar a empregabilidade e minorar os impactos econômicos e sociais.

Destarte, sujeita-se aos métodos interpretativos, cujo resultado normativo poderá oscilar de geração para geração, de tempos em tempos. Nesse movimento dialógico, aparece a jurisprudência não só como caudatária da função interpretativa, mas, sobretudo, como meio evolutivo da legislação em si, dando-se conta da complexidade das relações existentes no meio social, de determinada região, em determinada época. Em paralelo, compreende e apreende situações de crise no processo de conformação jurídica de certo período excepcional e

69 256 U.S. 135 (1921).

70 CARRASCO PEREIRA, Angel. *El juicio de razonabilidad en la Justicia Constitucional*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249823.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020.

transitório, sem perder de vista que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”<sup>71</sup>.

Ao longo desse trabalho hermenêutico, nada impede que construtos teóricos do direito comparado possam lhe servir de subsídio. O art. 8º da CLT é expresso em mencioná-los, ombreando-os às demais fontes do direito, como a jurisprudência, a analogia e os costumes. O peso do direito comparado não vem de agora. Já continha previsão na Lei da Boa Razão. A propósito, o art. 386 do Decreto nº 848/1890, responsável pela organização da Justiça Federal brasileira, indicava que “os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal”. A jurisprudência do STF, no início da República, também foi construída com o uso de marcos jurídicos norte-americanos, a exemplo do HC 3.539, de relatoria do Ministro Pedro Lessa, julgado em 1914 e impetrado pelo então Senador Ruy Barbosa. Isso se repete até os dias atuais. A extinção do financiamento compulsório sindical, por exemplo, que contou com a chancela da Corte Suprema, citou, em seu acórdão, o precedente fixado em *Janus* pela Suprema Corte norte-americana<sup>72</sup>. E isso se justifica, porque, na pesquisa do direito estrangeiro, há possibilidade de se encontrar um farto manancial aproveitável para compreensão e aplicação do direito nacional. Não se trata de importar institutos em sua integralidade, tarefa praticamente hercúlea e fadada ao insucesso, pois que frutos de uma história constitucional diversa, deitada em raízes jurídicas de distintas linhagens. Mas a essência pode ser compreendida e integrada à práxis, se orientada para imprimir maior efetividade e segurança jurídica.

No respeitante às legislações de urgência, para enfrentamento de situações anômalas, a exemplo da crise ocasionada pela rápida disseminação da covid-19, a avaliação de sua validade deve passar por um escrutínio mais rigoroso, em razão da afetação de direitos e garantias fundamentais. Ordens de isolamento social e de quarentena, emitidas por autoridades municipais, estaduais e federais, implicam a intervenção restritiva do direito à liberdade, do direito à propriedade, do direito ao lazer, entre outros tantos afetados pelas medidas sanitárias adotadas na maior parte do globo.

Aparece, neste ponto, a necessidade de se dialogar com a experiência norte-americana na averiguação de validade de leis, federais e estaduais, que interferem restritivamente nos direitos conformadores da *equal protection*

---

71 Art. 5º da LINDB.

72 585 U.S. \_\_\_\_ (2018).

*clause*, a receber o nome de *strict scrutiny*. Trata-se de fórmula rascunhada pelo Poder Judiciário, amplamente aceita, com vistas a assegurar a implementação de valores constitucionais, eleitos pela sociedade como vitais para a sanidade da democracia. Inicialmente vocacionado para a proteção dos direitos consagrados nas Quinta e Décima Quarta Emendas Constitucionais, o método *strict scrutiny* consiste no teste avaliativo a que estão sujeitos os atos legislativos restritivos a direitos e garantias constitucionais, entre eles, a igualdade de tratamento por motivo de raça, origem e religião<sup>73</sup>, condicionada a constitucionalidade ao atendimento a um interesse governamental de grande peso e envergadura, sem o qual se poderia ocasionar efeitos deletérios à ordem social, política e jurídica<sup>74</sup>.

Sua gênese remete ao ano de 1938, ao tempo do julgamento de *United States v. Carolene Products*<sup>75</sup>, mais conhecido pela nota de rodapé nº 4 do que pela decisão em si. Stone, pela primeira vez, fez referência à necessidade de proteção dos direitos das minorias, a demandar maior rigor investigativo na validade de leis que permitem seu contingenciamento<sup>76</sup>. A doutrina consolidou-se mais tarde, por ocasião das leis raciais<sup>77</sup>. O refinamento, por sua vez, aconteceria já na década de 60, em *Shapiro v. Thompson*<sup>78</sup>, momento em que a Suprema Corte, ineditamente, sustentou que “all classifications bearing on the distribution of fundamental rights trigger strict scrutiny”<sup>79</sup>. Brennan, redigindo pela Corte, destacou que “any classification which serves to penalize the exercise

73 Em *Johnson*, 543 U.S., p. 505, a classificação foi levada a efeito com base em critérios raciais; por seu turno, em *Graham v. Richardson*, 403 U.S. 365, p. 371-72 (1971), a seletividade foi operada em razão da origem.

74 “Statutes will be pronounced unconstitutional unless they are necessary or narrowly tailored to serve a compelling governmental interest”. (FALLON, Richard H. Jr. *Strict judicial scrutiny. UCLA Law Review*, v. 54, n. 5, June 2007. p. 1273)

75 304 U.S. 144 (1938).

76 Reproduz-se, a seguir, a integralidade da nota de rodapé nº 4, pela sua pertinência: “There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, or national, or racial minorities: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry”. 304 U.S. 144, p. 152, n. 4 (1938) (citações omitidas).

77 A exemplo de *Brown v. Board of Education of Topeka*, 163 U.S. 537 (1896).

78 394 U.S. 618 (1969).

79 394 U.S. 618 (1969), p. 634.

of a fundamental constitutional right, unless shown to be necessary to promote a compelling governmental interest, is unconstitutional”<sup>80</sup>.

Doravante, como observado por Fallon, o método *strict scrutiny* assumiu sua moderna abordagem: para satisfazer o escrutínio mais rigoroso, a autoridade governamental necessita demonstrar um interesse público de grande envergadura, inexistindo outro meio, menos invasivo, a alcançar o fim desejado<sup>81</sup>. São, portanto, elementos do *strict scrutiny*: (i) identificação do direito ou interesse fundamental a ser contingenciado pelo ato normativo; (ii) verificação de sua adequação e necessidade, e (iii) investigação do interesse governamental, se proeminente o bastante a justificar a restrição ao exercício do direito constitucionalmente protegido.

A se referir às medidas legislativas de urgência, na medida em que interfiram diretamente no gozo e no exercício de direitos fundamentais, a base teórica do *strict scrutiny* poderia servir de anteparo para a depuração e o aprimoramento ao atual estado da técnica, à míngua de precedentes fáticos que tenham se debruçado sobre o tema em uma conjuntura tão delgada. Nessa senda, dentro de uma lógica comparativa entre os vetores principiológicos existentes, ordinariamente invocados, e as exigências do método norte-americano, poder-se-iam catalogar os limites epistêmicos segundo o rol a seguir assinalado: (i) caráter temporário e excepcional da medida, pois que visa a atender ao enfrentamento de situações de crise; (ii) identificação do direito ou interesse fundamental a ser afetado pelo ato legislativo; (iii) verificação de sua adequação e necessidade (a que recebe o nome, nos países romano-germânicos, de princípio da proporcionalidade); (iv) investigação do interesse governamental, se proeminente o bastante a justificar a restrição do direito constitucionalmente protegido, cujo ônus recai sobre o ente público. Atendidas as premissas do teste avaliativo, a lei estaria a salvo de reprovação pelo Poder Judiciário. O filtro, em *ultima ratio*, presta-se a evitar o exagero da máxima ciceriana de que em tempos de guerra, a lei se cala (*inter arma, silente legges*)<sup>82</sup>.

80 394 U.S. 618 (1969), p. 634.

81 “(...) Strict scrutiny had assumed its modern doctrinal form: to satisfy strict scrutiny, the government must demonstrate a compelling interest, and it must further show that a challenged statute or regulation is either necessary, narrowly drawn, or narrowly tailored to protect that interest.” (FALLON, Richard H. Jr. *Strict judicial scrutiny*. *UCLA Law Review*, v. 54, n. 5, June 2007. p. 1283)

82 Entre os filósofos morais, acredita-se amplamente que alguns direitos têm *status* moral ou ontológico, enraizados em respeito ao ser humano, a proibir sua violação apenas para promover alguma utilidade, alcançar boas consequências ou evitar certos malefícios. De outra banda, importantes filósofos deontológicos reconhecem que, mesmo os direitos dotados do mais alto nível de relevância, não são imantados de indisponibilidade absoluta, mas, do contrário, permitem exceções para as hipóteses de caos ou catástrofe de qualquer ordem. Para maior aprofundamento, ver: FRIED, Charles. *Right and wrong*. Cambridge: Harvard University, 1978; DWORKIN, Ronald. *The rights of myrom farber*. 3. ed. New York: New York Review of Books, 1978.



Nesse contexto, o ato legislativo editado para atender a uma situação de emergência, afilitivo a direito fundamental de singular realce, somente teria sua validade confirmada se, além de adequado, fosse necessário, inexistindo meio alternativo igualmente eficaz e menos invasivo, com vistas a satisfazer um interesse governamental demasiado relevante, cuja inércia avalizaria uma situação irremediavelmente catastrófica. No final das contas, o método em si nada mais é que uma extensão da arquitetura constitucional projetada. Em suas funções democraticamente catalogadas, os demais Poderes devem prezar pelo respeito e preservação dos direitos fundamentais, só se valendo de medidas restritivas quando vitais para a sanidade da democracia e preservação do bem comum. A diferença é que se confere maior objetividade no processo de investigação. As Cortes Constitucionais, concebidas por Häberle como “Tribunais Constitucionais de Alternativas”<sup>83</sup>, institucionalizam o caminho para alternativas possíveis e necessárias a exigir “del juez constitucional una vinculación a la razonabilidad (Zwang zur Rationalität), como garantía de un proceso democrático estable”<sup>84</sup>.

### 4 – Conclusão

Em vista do exposto ao longo do texto, podem-se tecer as seguintes considerações conclusivas:

(i) Tais e quais as carências da economia, a demandar a eleição de soluções drásticas, frente às necessidades sociais, essencialmente infinitas, o Direito enfrenta semelhante dilema, ainda que essa percepção, no plano discursivo, por vezes, revele um panorama contrário.

(ii) A escassez de recursos é potencializada pelas situações de crise, na medida em que atacam o Estado no seu papel de promotor de políticas públicas. A política de enfrentamento de seus efeitos, em regra, é acompanhada de legislações de urgência restritivas a direitos e garantias fundamentais.

(iii) Na medida em que interferem restritivamente na esfera de direitos e garantias constitucionalmente assegurados, as legislações de urgência necessitam de maior rigor na avaliação de sua validade. Por isso, em substituição à utilização pura de valores jurídicos abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, perscruta-se a construção de um anteparo teórico, inspirado na metodologia

83 HÄBERLE, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. In: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado – B.O.E; 1994.

84 CARRASCO PEREIRA, Angel. *El juicio de razonabilidad en la Justicia Constitucional*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249823.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020.

do *strict scrutiny*, para melhor investigar o conteúdo das legislações editadas para o enfrentamento de situações de crise.

(iv) Os limites epistêmicos, próprios à investigação da constitucionalidade de medidas afitivas a direitos fundamentais, poderiam ser desse modo catalogados: (a) caráter temporário e excepcional da medida, já que tem por escopo o enfrentamento de situações de crise; (b) identificação do direito ou interesse fundamental a ser restringido pelo ato legislativo; (c) verificação de sua adequação e necessidade (relação entre os meios e os fins); (d) investigação do interesse governamental, se proeminente o bastante a justificar a restrição do direito constitucionalmente protegido.

### 5 – Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce A. Beyond Carolene Products. *Harvard Law Review*, v. 98, n. 4, p. 713-746, February 1985.

ACKERMAN, Bruce A. Liberating abstraction. *The University of Chicago Law Review*, n. 59, p. 317-348, 1992.

ALEXANDRINO, José de Melo. O impacto jurídico da jurisprudência de crise. *Revista da Faculdade de Direito do Porto*, Porto, Coimbra, n. 11, p. 159-165, 2014.

ANDORNO, Roberto. La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique? *Revue Générale de Droit Médical*, n. 16, 2005.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2009.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARANGER, Denis. *Penser la loi: essai sur le législateur des temps modernes*. Gallimard, 2018.

BOBBIO, Norberto. *Elogio della mitezza e altri scritti morali*. Il Saggiatore: Milano, 2014.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CALABRESI, Guido; BOBBIT, Philip. *Tragic choices*. Nova York: Norton & Company, 1978.

CAMPILONGO, Celso. Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico. In: *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

CARRASCO PEREIRA, Angel. *El juicio de razonabilidad en la Justicia Constitucional*. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249823.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2020.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DRAY, Guilherme. O direito do trabalho na jurisprudência constitucional da crise. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Coimbra, jan./set. 2015, p. 155-188.

DWORKIN, Ronald. *The rights of Myrom Farber*. 3. ed. New York: New York Review of Books, 1978.

## DOCTRINA

EPSTEIN, Lee *et al.* The Supreme Court during crisis: how war affects only non-war cases. *New York University Law Review*, v. 80, n. 1, p. 1-116, April 2005.

FALLON, Richard H. Jr. Strict judicial scrutiny. *UCLA Law Review*, v. 54, n. 5, p. 1267-1338, June 2007.

FERREIRA, Antônio Casimiro. Exercício de funções públicas em tempos de crise. Trabalho em funções públicas de crise: que direito(s)? *Ata da I Jornada de Direito do Emprego Público*. Braga: Sindicato dos Trabalhadores em Funções Públicas e Sociais do Norte, 2013.

FRIED, Charles. *Right and wrong*. Cambridge: Harvard University, 1978.

GOUVÊA, Carlos Portugal. Social rights against the poor. *Vienna Journal on International Constitutional Law*, v. 7, 4/2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiesis na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HÄBERLE, Peter. El concepto de los derechos fundamentales. In: *Problemas actuales de los derechos fundamentales*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado – B.O.E; 1994.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. *Science*, 13 Dec. 1968, v. 168, n. 3859, p. 1243-1248. Disponível em: <http://www.sciencemag.org/cgi/content/full/162/3859/1243>. Acesso em: 5 jun. 2020.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopédia das ciências filosóficas em compêndio (1830)*. Texto completo com os adendos orais. São Paulo: Loyola, 1995. v. 1.

HOFFMASTER, Barry; HOOKER, Cliff. Tragic choices and moral compromise: the ethics of allocating kidneys for transplantation. *Milbank Quarterly*, Sep. 2013, v. 91, n. 3.

KANT, Immanuel. *À paz perpétua*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LUSKY, Louis. Footnote redux: a carolene products reminiscence. *Columbia Law Review*, v. 82, n. 6, p. 1093-1109, October 1982.

MAGALHÃES, Andréa. *Jurisprudência da crise: uma perspectiva pragmática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MANKIW, Gregory N. *Principles of economics*. 8. ed. Boston: Cengage Learning, 2018.

MELLAN, Thomas A.; HOELTGEBBAUM, Henrique H.; MISHRA, Swapnil *et al.* *Estimating Covid-19 cases and reproduction number in Brazil*. Imperial College London (08-05-2020), doi: <https://doi.org/10.25561/78872>.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acesso em: 5 jun. 2020.

MÜLLER, Friedrich. *Fundamento da teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais e estruturantes da República portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

## DOCTRINA

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: três modelos de juez. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 4, n. 8, 2007.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

POWELL, Lewis F. Jr. Carolene products revisited. *Columbia Law Review*, v. 82, n. 6, p. 1087-1092, October 1982.

RUGGERI, Antonio. *Crisi economica, dialogo tra le Corti e salvaguardia dei diritti fondamentali*: con specifico riguardo alla materia pensionistica, *Dirittifondamentali.it – Fascicolo 1/2017*.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SACHS, Lori. September 11, 2001: The Constitution during crisis: a new perspective. *Fordham Urban Law Journal*, v. 29, n. 4, p. 1715-1754, April 2002.

SAMBUC, Cléa; LE COZ, Pierre. La dignité humaine kantienne: une justification théorique des transplantations d'organes? *Raison Publique*, 2012/2 (n. 17).

SCAFF, Fernando Facury. Você nem sabe, mas vive entre a reserva do possível e as escolhas trágicas. *Consultor Jurídico*. Disponível em: [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br). Acesso em: 5 jun. 2020.

SEN, Amartya. *Identity and violence: the illusion of destiny*. London: Penguin Books, 2006.

SHAKESPEARE. *Hamlet*. Porto Alegre: L&PM, 2018.

SHU, Kai *et al.* Fake news detection on social media: a data mining perspective. *ACM SIGKDD Explorations Newsletter*, v. 19, n. 1, Sep. 2017.

SÓFOCLES. *Antígona*. Porto Alegre: L&PM, 2016.

STIGLITZ, Joseph E. Information and the change in the paradigm in economics. *The American Economic Review*, v. 92, n. 3, Jun. 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

THOMAS, Robert. *Legitimate expectations and proportionality in administrative law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

URBANO, Maria Bendita. A jurisprudência da crise no divã – diagnóstico: bipolaridade? In: RIBEIRO, Gonçalo de A.; COUTINHO, Luís Pereira (Org.). *O tribunal constitucional e a crise*. Coimbra: Almedina, 2014.

Recebido em: 28/03/2022

Aprovado em: 02/06/2022

# A ILEGALIDADE APARENTE DO REGULAMENTO SOBRE GERENCIAMENTO DA FADIGA HUMANA DOS AERONAUTAS: UM BREVE ESTUDO DO RBAC 117

## *THE APPARENT REGULATION ILLEGALITY ON THE MANAGEMENT OF HUMAN FATIGUE IN AIRPLANE PILOTS: A BRIEF STUDY ON RBAC 117*

**Carlos Vinicius Barbosa\***

**Eduardo de Oliveira Cerdeira\*\***

**RESUMO:** O presente artigo objetiva a análise de uma das mais recentes e inovadoras modalidades de regulamentação profissional no país, envolvendo uma das mais excêntricas e intrigantes profissões existentes no Brasil. Trata-se de norma administrativa sobre o controle e gerenciamento da fadiga humana dos aeronautas. Por meio de vasto estudo da legislação nacional e internacional, doutrina e documentos normativos expedidos pela ANAC, o artigo abordará aspectos cronológicos de criação da norma e sua *mens legis*, bem como as obrigações da agência reguladora para a criação e aplicação do dispositivo legal, e, ainda, seus aspectos de constitucionalidade, passando, ao final, a estabelecer os resultados alcançados a partir de tais observações e a propor soluções práticas aos eventuais conflitos identificados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Trabalho. Direito Trabalhista Aeronáutico. Aeronauta. Fadiga.

**ABSTRACT:** *This article aims to analyze one of the most recent and innovative modalities of professional regulation in the country, involving one of the most eccentric and intriguing professions in Brazil. It is an administrative rule on the control and management of human fatigue of airplane pilots. Through a vast study of national and international legislation, doctrine and normative documents issued by ANAC, the article will address chronological aspects of the creation of the norm and its mens legis,*

---

\* *Mestrando em Direito do Trabalho (PUC-SP); pós-graduado em Direito Internacional pelo COGAE (PUC-SP); pós-graduado em Direito Aeronáutico pela SBDA (DF); autor de publicações científicas e da obra Regulamentação do Aeronauta, Editora Bianchi; palestrante e professor de cursos de aviação; membro efetivo e fundador de Comissões de Direito Aeronáutico no Brasil e no exterior. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5630755186875446>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6713-5802>. E-mail: [carlos@cerdeiraeadvogados.com.br](mailto:carlos@cerdeiraeadvogados.com.br).*

\*\* *Mestre em Direito (PUC-SP); doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa – UAL (Portugal); MBA (Master of Business Administration) em gestão de negócios pela Universidade de São Paulo (USP); professor do Curso de Pós-Graduação da Instituição de Ensino FMB; professor convidado e palestrante da AASP, da Central Prática – Educação Corporativa e da PUC-SP; especialista em Contabilidade Jurídica pela FGV/SP; especialista em Negociações Complexas pela FGV/SP. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8249477482743634>. E-mail: [eduardo@cerdeiraeadvogados.com.br](mailto:eduardo@cerdeiraeadvogados.com.br).*

*as well as the obligations of the regulatory agency for the creation and application of the legal provision. Moreover, it analyses its aspects of constitutionality, establishing, at the end, the results reached from such observations and proposing practical solutions to the conflicts identified.*

**KEYWORDS:** Labor Law. Aviation Labor Law. Airplane Pilot. Fatigue.

## 1 – Introdução

**E**m síntese, o presente artigo se propõe a analisar pormenorizadamente todas as questões legais relevantes e controversas ligadas ao novo Regulamento Brasileiro de Aviação Civil 117 (RBAC 117), intitulado “Requisitos para Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana”, elaborado pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) com o objetivo de dar cumprimento à determinação contida no art. 19 da Nova Lei do Aeronauta (Lei nº 13.475/2017) e, bem assim, regular o gerenciamento da fadiga humana dos profissionais aeronautas atuantes na aviação brasileira.

Após a erudição necessária para que fossem formuladas impressões e considerações iniciais dos Autores sobre a nova norma autárquica, foi constatado que a concepção do regulamento apresenta superficialidade onde se exige profundidade. Isso, porque, embora a ANAC tenha adotado um texto muito similar ao utilizado por outras agências reguladoras ao redor do mundo, não foi respeitada uma das mais basilares e importantes prescrições da Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) aplicável ao Brasil, uma vez que signatário da Convenção Sobre Aviação Civil Internacional (Convenção de Chicago de 1944), qual seja a obrigatoriedade de que tanto uma abordagem prescritiva quanto uma abordagem baseada no desempenho para a implementação de limites, programas e controles de gerenciamento da fadiga humana na aviação devem basear-se em princípios técnico-científicos, conhecimento e experiência operacional.

Na medida em que a aviação brasileira inegavelmente possui peculiaridades em relação à aviação de outros países, e que o país possui características geodemográficas e culturais distintas de outras nações, as quais merecem atenção especial, deve ser respeitada a obrigatoriedade dos estudos técnico-científicos como norma interna, de modo que, se assim não proceder a autoridade de aviação civil nacional, a segurança das operações aéreas passam a ser automaticamente expostas a risco iminente, ou a retornarem ao *status quo, sine praevia lege*.

Diante do cenário entendido, o objetivo geral deste artigo é realizar cuidadoso levantamento na atual legislação complementar expedida pela autoridade de aviação civil, especificamente o RBAC 117, que reza sobre gerenciamento de risco da fadiga do aeronauta, bem como seu processo de criação e gênese,

perscrutando sua regularidade formal e material, confrontando-o com as normas internacionais sobre o assunto, concluindo, ao final, com a apresentação de um diagnóstico acerca da obrigatoriedade, ou não, de a agência reguladora proceder à realização de estudos científicos e experimentais aprofundados com vistas à elaboração e regular aplicação da norma, bem como sobre a confirmação, ou não, de que tais ensaios foram elaborados para atestar com efetividade os mecanismos de alteração e ampliação dos limites de jornadas dos aeronautas.

### **2 – Do atual cenário do gerenciamento do risco de fadiga humana dos aeronautas no Brasil**

Com a entrada em vigor do “RBAC 117 REQUISITOS PARA GERENCIAMENTO DE RISCO DE FADIGA HUMANA” – sem adentrarmos o mérito do regulamento e às questões técnico-procedimentais que o envolvem –, certo é que temos agora um novo marco regulatório em matéria de segurança de voo no Brasil.

Combater a fadiga de tripulantes é hoje um dos principais desafios da aviação mundial. E apesar da relevância de problemas relacionados a projetos, à automação e ao treinamento, haja vista sua ocorrência em muitos dos acidentes infelizmente experimentados no meio aéreo, os fatores humanos, com especial destaque para o aspecto fisiológico da fadiga, têm se mostrado preponderantes nas ocorrências aeronáuticas registradas nos últimos anos, sendo a fadiga um significativo fator contribuinte.

E um dos principais meios, se não o principal, de mitigar os riscos decorrentes da fadiga humana na aviação é o emprego de um efetivo gerenciamento dos riscos provenientes da fadiga, por meio de monitoramento por dados, análises objetivas e gerenciamento contínuo desses riscos, com base em conhecimentos e princípios científicos, bem como na experiência operacional, que visa a assegurar ao pessoal pertinente a realização de suas tarefas em níveis adequados e seguros de alerta.

A seara trabalhista aeronáutica no país sofreu recentes e significativas mudanças, como, por exemplo, a atualização da legislação especial do aeronauta (Nova Lei do Aeronauta) e o surgimento de regramento específico administrativo-laboral para o gerenciamento da fadiga na aviação (RBAC 117 e instruções suplementares posteriores), principalmente pelo fato de que as atividades do dia a dia dos aeronautas (pilotos, comissários e mecânicos de voo) são extremamente singulares e dependem de uma série de regras e normativas específicas.

## DOCTRINA

A profissão do aeronauta é, sem dúvida, uma das mais excêntricas dentre todas as ocupações e ofícios conhecidos, o que pode ser verificado, por exemplo, da própria jornada de trabalho, cujo encerramento se dá após 30 minutos do corte dos motores da aeronave, ou seja, a peculiaridade é tanta que a contagem do tempo de trabalho do tripulante é vinculada a um critério operacional do avião.

Mais que isso, ao contrário do que ocorre em outras profissões, para que um tripulante possa exercer seu ofício, além de possuir certificados de capacitação técnica e física válidos e atestados pela autoridade aeronáutica, deve provar constantemente à ANAC, em exames periódicos e exigentes de adestramento e revalidação, que ainda preenche os requisitos mínimos obrigatórios para a obtenção/manutenção das licenças de voo e/ou habilitações necessárias ao exercício da respectiva atividade. De forma análoga e hipotética, seria como obrigar o advogado a prestar a prova de proficiência da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de tempos em tempos, sob pena de, não obtendo a nota mínima exigida, ficar impedido de praticar a profissão.

Bem por isso que ousamos em considerar a existência de um sub-ramo do direito do trabalho, próprio à categoria dos aeronautas, ao qual denominamos “direito trabalhista aeronáutico”, ou “direito aeronáutico do trabalho”, que pode ser considerado como o “conjunto das normas, instituições jurídicas e princípios que disciplinam as relações de trabalho dos aeronautas (pilotos de aeronave, comissários de voo e mecânicos de voo), e determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho em sua estrutura e atividade”.

Acrescente-se a isso o fato de que os aeronautas obedecem a normas próprias, determinadas pelas Convenções Internacionais sobre matéria aeronáutica; pela Lei nº 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica – CBA<sup>1</sup>); pela Lei nº 13.475/2017 (Nova Lei do Aeronauta<sup>2</sup>, que revogou a antiga lei da profissão: Lei nº 7.183/84); pela legislação complementar expedida pela ANAC<sup>3</sup> (ex.: Regulamento Brasileiro de Aviação Civil – RBAC; Instrução Suplementar – IS, etc.); pelas Convenções Coletivas de Trabalho (CCT) específicas da categoria

---

1 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17565compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17565compilado.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

2 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113475.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113475.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

3 Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao>. Acesso em: 09 maio 2022.



(CCT da aviação regular<sup>4</sup>, CCT do taxi aéreo<sup>5</sup> e CCT da aviação agrícola<sup>6</sup>); pelos Acordos Coletivos de Trabalho (ACT); residualmente pela CLT; e por normativas operacionais e regulamentares internas emitidas pelas empresas de aviação e por operadores de aeronaves no geral.

Por oportuno, é importante relembrarmos que o país experimentou recentes mudanças em sua legislação trabalhista. Em meio a um cenário de crise e instabilidade política e econômica, 2017 também foi um ano de intenso trabalho legislativo no Congresso Nacional, principalmente com relação à atualização das práticas trabalhistas entre empresas e trabalhadores. Como exemplo, citamos o advento da Lei nº 13.467/2017, que instituiu a denominada “Reforma Trabalhista”, bem como a criação da lei da terceirização (Lei nº 13.429/2017) no mesmo ano, posteriormente chancelada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por meio do Tema de Repercussão Geral nº 725<sup>7</sup>.

As mudanças não pararam por aí, e atingiram a classe profissional dos aeronautas em grau de exclusividade. No dia 29 de agosto de 2017, foi sancionada, sem nenhum veto, a Nova Lei do Aeronauta (Lei nº 13.475/2017), que entrou em vigor no dia 27 de novembro daquele ano, com exceção de alguns artigos referentes a limites de voos e pousos por jornada, limites mensais e anuais de horas de voo e limites de jornada diária, que passaram a vigorar em 29 de fevereiro de 2020, após decorridos 30 meses da publicação da lei.

Até então a categoria profissional dos aeronautas era regulada por uma lei que estava em vigor há mais de 30 anos (Lei nº 7.183/84<sup>8</sup>), criada para atender os anseios e necessidades desses profissionais na década de 1980, época em que o país contava com uma malha aérea bem inferior à de hoje. Quase não se voava de madrugada e as escalas de trabalho eram bem mais flexíveis que as atuais. Nesse contexto, a nova lei veio substituir a antiga legislação sobre o assunto, trazendo significativas mudanças na rotina laboral de pilotos, comissários de bordo e mecânicos de voo.

---

4 Disponível em: [https://www.aeronautas.org.br/images/CCT\\_Regular\\_2021-2022.pdf](https://www.aeronautas.org.br/images/CCT_Regular_2021-2022.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

5 Disponível em: [https://www.aeronautas.org.br/images/CCT\\_Taxi\\_Aereo\\_2021\\_2023\\_V.pdf](https://www.aeronautas.org.br/images/CCT_Taxi_Aereo_2021_2023_V.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

6 Disponível em: [https://www.aeronautas.org.br/images/2021.11.12\\_CCT\\_SNA\\_SINDAG\\_2021-2022.pdf](https://www.aeronautas.org.br/images/2021.11.12_CCT_SNA_SINDAG_2021-2022.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

7 Supremo Tribunal Federal. Tema nº 725. Terceirização. *Leading Case*: RE 958252. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725#>. Acesso em: 09 maio 2022.

8 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17183.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17183.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

Uma das principais e mais impactantes mudanças contidas na Lei nº 13.475/2017 é a instituição de um Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana (SGRF) no país, prevendo a possibilidade de a ANAC alterar (e até ampliar) os limites operacionais da lei (limites de voo, de pouso, de jornada de trabalho, de sobreaviso, de reserva e de períodos de repouso, dentre outros) com base nos preceitos desse sistema. O art. 19 da referida Lei determina que “As limitações operacionais estabelecidas nesta Lei poderão ser alteradas pela autoridade de aviação civil brasileira com base nos preceitos do Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana”.

Ou seja, é a primeira vez que a legislação trabalhista, sobretudo a regulamentação específica do aeronauta, trata do tema de forma expressa. Por mais que a lei especial anterior (Lei nº 7.183/84) previsse alguns prescritivos limítrofes de jornada justamente com vistas à mitigação da fadiga do tripulante, certo é que tal legislação não trazia em seu texto conceitos claros de gerenciamento de fadiga, o que foi suprido pelo novel mandamento normativo, por meio de seu art. 19.

Adiante, temos o § 1º do artigo alhures perscrutado, *in verbis*:

“§ 1º *As limitações operacionais referidas no caput deste artigo compreendem quaisquer* prescrições temporais relativas aos tripulantes de voo e de cabine no que tange a limites de voo, de pouso, de jornada de trabalho, de sobreaviso, de reserva e de períodos de repouso, bem como a outros *fatores que possam reduzir o estado de alerta da tripulação ou comprometer o seu desempenho operacional.*” (grifo nosso)

Nesse ponto, a lei dá abertura para que a ANAC altere, dentre os prescritivos operacionais, assim considerados os hábeis a alteração todos aqueles limites tendentes a reduzir o estado de alerta do tripulante, de voo ou de cabine, ou que possam de alguma forma comprometer seu desempenho operacional, tais como, por exemplo, os limites de voo, de pouso, de jornada de trabalho, de sobreaviso, de reserva e de períodos de repouso.

Ou seja, objetivamente, a disposição normativa acima (§ 1º do art. 19) autoriza a ANAC a “alterar”, por exemplo, os limites de jornada do aeronauta constantes da Lei nº 13.475/2017, que atualmente podem ir de nove a 18 horas de duração, a depender do tipo de tripulação (mínima, simples, composta ou de revezamento) e do tipo de serviço aéreo em que o tripulante está empregado (linha aérea, táxi aéreo, aviação agrícola, escolas de aviação ou aviação geral).

Nesse prisma, é importante pontuar que a jornada “normal” de trabalho desses profissionais (que atuam em turnos ininterruptos e irregulares de

## DOUTRINA

revezamento) já extrapola o limite de seis horas previsto no art. 7º, XIV, da Constituição Federal, de forma que mesmo que a ampliação desses limites seja prevista em instrumento coletivo, ainda assim seria inadmissível, considerando que as normas de duração do trabalho têm por finalidade proteger a saúde física e mental do trabalhador, sendo irrenunciáveis e, portanto, encontrando-se fora do alcance das negociações coletivas, mostrando-se ineficaz e inconstitucional o aval da Autarquia especializada para esse fim.

Por seu turno, o § 2º do artigo ora estudado assinala que “O Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana será regulamentado pela autoridade de aviação civil brasileira com base nas *normas e recomendações internacionais de aviação civil*”.

Por derradeiro, o art. 19 finaliza seu rol de parágrafos com duas determinações de competência do sindicato da categoria profissional dos aeronautas, qual seja o Sindicato Nacional dos Aeronautas (SNA), senão vejamos:

“§ 3º A implantação e a atualização do Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana serão acompanhadas pelo sindicato da categoria profissional.

§ 4º Nos casos em que o Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana autorizar a *superação das 12 (doze) horas de jornada de trabalho e a diminuição do período de 12 (doze) horas de repouso*, em tripulação simples, tais alterações deverão ser implementadas por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho entre o operador da aeronave e o sindicato da categoria profissional.” (g.n.)

De pronto, lemos no § 3º que cabe ao sindicato da categoria o acompanhamento da implantação e da atualização do SGRF. É dizer: todos os aspectos legais e normativos necessários e imprescindíveis à formulação da norma deveriam, antes de seu nascituro, ter sido observados e agasalhados pelo SNA, ocasião em que se sinalizaria à ANAC quaisquer discrepâncias e/ou não conformidades entre a legislação internacional, nacional e aquela que estava sendo criada. De toda forma, cabe ainda ao sindicato a obrigação de acompanhar a atualização da legislação, de modo que havendo qualquer ponto questionável na norma atual, ou havendo em futura emenda ao regulamento quaisquer questões cujo interesse da categoria obrigue a intervenção do órgão, o SNA não poderá se furtar em fazê-lo, sob pena de incorrer, solidariamente, em negligência com relação à segurança de voo.

Por fim, o § 4º possibilita que um tripulante componente de uma tripulação simples possa ter mais de 12 horas de jornada e menos de 12 horas de

repouso, quando o SGRF assim autorizar, e mediante a formalização por convenção coletiva de trabalho pela categoria, ou por acordo coletivo de trabalho entre o operador da aeronave e o SNA, ou seja, cabe aqui ao sindicato, dessa vez, cancelar a superação do limite mínimo de repouso e máximo de jornada de uma tripulação simples, o que evidencia possível afronta ao inciso XXII do art. 7º da Constituição, posto que o repouso entre jornadas de trabalho trata-se de norma de ordem pública, representando direito trabalhista indisponível e irrenunciável, ainda que por norma coletiva.

E diante do mandamento legal imposto pelo art. 19 da Lei nº 13.475/2017, a ANAC instituiu, em 31.08.2015, um grupo de trabalho para a elaboração de proposta de regulamentação do SGRF. Esse grupo se reuniu ordinariamente por 85 vezes e construiu o projeto de criação de um regulamento sobre o assunto – disponível à participação dos interessados por um período de 60 dias no ano de 2017 –, sendo que após a Audiência Pública nº 15/2017, em que foram recebidas 138 contribuições de diversos agentes do setor, das quais 42 foram adotadas integral ou parcialmente, foi publicada em 19.03.2019, no Diário Oficial da União, a Resolução ANAC nº 507, de 13 de março de 2019, que instituiu o Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC) 117, intitulado “Requisitos para Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana”<sup>9</sup>, do qual trataremos melhor no tópico a seguir.

Mais recentemente, nosso direito positivo assistiu à entrada em vigor de Instruções Suplementares editadas pela ANAC, visando à adequação dos operadores aéreos aos três níveis de controle e gerenciamento de fadiga previstos pelo regulamento, quais sejam: IS 117-002<sup>10</sup> (Nível Básico do gerenciamento da fadiga – NB); IS 117-003<sup>11</sup> (Gerenciamento de Risco da Fadiga – GRF); e IS 117-004<sup>12</sup> (Sistema de Gerenciamento de Risco da Fadiga – SGRF). Essas regras complementares trazem orientações gerais e diretivas sobre o cumprimento das regras do RBAC 117.

Por fim, em que pese não ser comum a negociação coletiva em termos de fadiga nas relações laborais, importante destacar que a matéria também encontra previsão na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) dos aeronautas da aviação

9 Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac-117/@/@display-file/arquivo\\_norma/RBAC117EMD00.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac-117/@/@display-file/arquivo_norma/RBAC117EMD00.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

10 Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is/is-117-002/@/@display-file/arquivo\\_norma/IS117-002A.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is/is-117-002/@/@display-file/arquivo_norma/IS117-002A.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

11 Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is/is-117-003/@/@display-file/arquivo\\_norma/IS117-003B.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is/is-117-003/@/@display-file/arquivo_norma/IS117-003B.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

12 Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is/is-117-004/@/@display-file/arquivo\\_norma/IS117-004A.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is/is-117-004/@/@display-file/arquivo_norma/IS117-004A.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

regular desde 2018, por meio de sua cláusula 3.8.10<sup>13</sup> (Comitê de gerenciamento de fadiga). Tal normativo cria a obrigação de os operadores aéreos garantirem a participação de um tripulante indicado pelo sindicato da categoria no Grupo de Ação de Gerenciamento de Fadiga (GAGEF) da empresa.

Em síntese, o Brasil avançou legalmente com relação ao assunto fadiga humana na aviação, sobretudo na última década, sendo certo que atualmente o país conta com normas expressas regulando a matéria.

### 3 – Dos aspectos jurídicos do RBAC 117

Conforme exposto, e em suma, o RBAC 117 e suas posteriores Instruções Suplementares surgiram para atender à determinação legal constante do art. 19 da Lei nº 13.475/2017.

O texto do RBAC, trazido pela Resolução nº 507, de 13 de março de 2019, e publicado no DOU de 19 de março de 2019, estabelece limitações operacionais relativas ao gerenciamento da fadiga para tripulantes e operadores aéreos, sendo consideradas tais limitações quaisquer prescrições temporais que incidam sobre limites de voo, de pouso, de jornada de trabalho, de sobreaviso, de reserva, de períodos de repouso e de outros fatores que possam reduzir o estado de alerta do tripulante ou comprometer o seu desempenho operacional.

Em síntese, o RBAC 117 é um regulamento que possui uma parte de cumprimento compulsório para todos os operadores a partir de 29.02.2020, e outra que depende de implementação de um Sistema de Gerenciamento de Risco da Fadiga (SGRF) aceito ou aprovado pela ANAC – excerto que passará a valer a partir da aceitação ou aprovação do respectivo SGRF do operador.

Ainda sem adentrar o mérito do regulamento (se é bom ou não; se funciona ou não), o que realmente não nos compete por meio deste estudo, impende destacar que em momento algum há indícios de que o regulamento foi estabelecido através de robustas bases científicas, ou seja, formulado levando-se em consideração princípios técnico-científicos, conhecimento e experiência operacional.

Ao revés, em consulta ao processo administrativo que criou o RBAC 177<sup>14</sup>, verificamos do texto da proposta de criação do RBAC que seus conceitos e prescritivos foram trazidos ou copiados de legislações provenientes de agências

---

13 Disponível em: [https://www.aeronautas.org.br/images/CCT\\_Regular\\_2021-2022.pdf](https://www.aeronautas.org.br/images/CCT_Regular_2021-2022.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

14 Processo SEI nº 00065.123930/2015-71.

de aviação diversas, a exemplo da FAA (USA), EASA (EU) e, principalmente, CASA (Austrália) – que segue a sorte da legislação sobre fadiga da organização intergovernamental denominada Comunidade das Nações<sup>15</sup> (*Commonwealth* em inglês) –, de modo que partes do regulamento brasileiro são basicamente traduções literais de regulamentos de outros países com outras realidades, tendo alguns limites sido prescritos exclusivamente com base em parâmetros já existentes na aviação civil de outras nações, sem que, contudo, tenham sido “experimentados” técnico-cientificamente em tripulantes brasileiros e/ou em voos operados por empresas nacionais.

De fato, para a elaboração da norma nacional e eleição dos limites de jornada e tempo de voo, a ANAC utilizou-se de legislações paradigmas da FAA (FAR 117)<sup>16</sup>, da EASA (ORO.FTL.105, CS.FTL.1.205 e CS FTL.1.225)<sup>17</sup>, da CASA (CAO 48.1 Instrument 2013)<sup>18</sup>, e do direito positivo brasileiro (Lei nº 13.475/2017), a partir de uma grande mescla dessas normas. No entanto, não há indícios de aplicação de quaisquer normativas da OACI para a elaboração da norma. A bem da verdade, há apenas menções ao DOC 9966<sup>19</sup>, utilizado, por exemplo, para a construção do glossário do RBAC 117, com entendimentos sobre algumas terminologias utilizadas no regulamento, a exemplo da expressão “fadiga” encontrada no item 117.3.(f).

De qualquer forma, ainda que seja louvável a intenção da agência reguladora em estabelecer internamente parâmetros de gerenciamento da fadiga similares aos adotados em outros países, não menos certo é o fato de que o Brasil é um país de proporções continentais, de clima e terrenos singulares, de características geodemográficas e culturais diversas, que o tornam completamente distinto se comparado com outras nações, e que obrigam o estudo e o empirismo necessários para o estabelecimento de quaisquer parâmetros distintos com relação à jornada de trabalho instituída por lei aos aeronautas, sobretudo quando há a possibilidade de que elas sejam majoradas.

Nesse ínterim, interessante observar igualmente que a legislação complementar expedida pela ANAC para o assunto vai diametralmente contra as práticas laborais mundiais hodiernas, que visam cada vez mais à redução dos limites de jornada, evitando-se, dessa forma, a ocorrência de acidentes de

---

15 Disponível em: <https://thecommonwealth.org/our-member-countries>. Acesso em: 09 maio 2022.

16 Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/14/part-117>. Acesso em: 09 maio 2022.

17 Disponível em: <https://www.easa.europa.eu/the-agency/faqs/orofitl>. Acesso em: 09 maio 2022.

18 Disponível em: <https://www.casa.gov.au/search-centre/rules/cao-part-481-fatigue-management>. Acesso em: 09 maio 2022.

19 Disponível em: <https://www.icao.int/safety/fatiguemanagement/FRMS%20Tools/Doc%209966.FRMS.2016%20Edition.en.pdf>. Acesso em: 09 maio 2022.

trabalho com o fator humano como contribuinte, ao passo que a nova regra administrativo-laboral elaborada pela ANAC possibilita o aumento dos limites de jornada, sem nenhuma base científica aparente para assegurar essa extrapolação de um modo comprovadamente seguro. Ora, se as normas sobre controle de jornada existem para reduzir acidentes laborais em atividades diversas, quão mais rigoroso deve ser tal controle na aviação, por se tratar de atividade de risco.

Nesse sentido, a lição do ministro Mauricio Godinho Delgado<sup>20</sup> nos ensina que

“A Constituição da República apreendeu, de modo exemplar, essa nova leitura a respeito da jornada e duração laborativas e do papel que têm no tocante à construção e implementação de uma consistente política de saúde no trabalho. Por essa razão é que a Carta de 1988, sabiamente, arrolou como direito dos trabalhadores a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (...).”

De toda sorte, nos parece mesmo temerária a entrada em vigor e a própria vigência de um regulamento tão complexo, que passou a regular um tema tão delicado, sem qualquer base científica e experimentação operacional que lhe deem supedâneo, e que, verdadeiramente, na prática, poderá ser visto ou utilizado como um substituto para os limites de jornada e voo; ou um ato de autorregulação e/ou desregulamentação; ou até mesmo um mero programa de computador que analisa escalas para determinar os níveis de fadiga, desvirtuando-se do seu real intuito e colocando em xeque a segurança das operações aéreas e a saúde e segurança dos trabalhadores envolvidos.

Diante disso, resta elucidar a obrigatoriedade de a ANAC seguir as normas e recomendações internacionais provenientes da OACI sobre o gerenciamento de fadiga, para definirmos, via de consequência, a obrigação de a agência elaborar a norma em tela a partir de robusto embasamento técnico-empírico-científico ou mesmo de outros parâmetros que lhe obrigarem o organismo internacional.

#### **4 – Da vinculação da ANAC às normas internacionais sobre gerenciamento de fadiga**

Objetivamente, a lei de criação da ANAC (Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005)<sup>21</sup> estabeleceu as competências e obrigações da agência,

20 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. p. 830-836.

21 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111182.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111182.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

sobretudo em matéria de legislação e representatividade internacional. Assim, nos termos dos seus arts. 3º e 8º, cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, competendo-lhe realizar estudos, estabelecer normas, promover a implementação das normas e recomendações internacionais de aviação civil, observados os acordos, tratados e convenções internacionais de que seja parte a República Federativa do Brasil (art. 8º, IV).

E nem se olvide de que o Brasil é signatário da Convenção sobre Aviação Civil Internacional, concluída em Chicago, aos 7 de dezembro de 1944, e internalizada no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946<sup>22</sup>.

Como lição comezinha, é função do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, cabendo ao Congresso Nacional apreciá-los. Dessa forma, cumpre ressaltar que o processo de interiorização dos atos internacionais dos quais o Brasil seja parte está convencionado por um sistema misto de atuação, em que há uma convergência do Poder Executivo com o Poder Legislativo. Inteligência dos arts. 49, I, e 84, VIII, ambos da Constituição Federal. Uma vez cumpridos os requisitos constitucionais para a interiorização do ato internacional, quer seja ele um tratado, um acordo ou uma convenção, terá força de lei ordinária no plano interno, e passará a vigorar no direito positivo pátrio como tal, sendo este, inclusive, o entendimento do C. STF<sup>23</sup>.

Em outras palavras, a Convenção da Aviação Civil Internacional (Convenção de Chicago), seus anexos e emendas posteriores representam lei no Brasil, e, de acordo com o art. 26 da Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados<sup>24</sup>, quando tratou da exequibilidade dos Tratados Internacionais, “todo Tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.

E nem se diga que uma norma posterior da OACI, seja ela anexo, emenda ou disposição complementar similar, não possua vigência no plano nacional ao argumento de não ter ela sido ratificada pelo país. Tal argumento cairia por terra com a dicção do art. 38 do Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946, que obriga o Estado signatário a seguir as normas e processos internacionais

---

22 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d21713.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21713.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

23 Supremo Tribunal Federal. ADI 1.480 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04.09.97, DJ 18.05.01, PP-00429, EMENT VOL-02031-02, PP-00213.

24 Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 09 maio 2022.



sobre aviação civil, bem como emendas ou quaisquer normas emanadas da autoridade de aviação civil internacional, exceto se o país apresentar formalmente as “diferenças” existentes entre suas próprias práticas e as internacionais.

No caso do Brasil, a subsunção da agência reguladora a tais normativas internacionais é latente, e se mostra clara, tanto pela vigência do Decreto nº 21.713/1946 (Convenção de Chicago) quanto pela disposição do § 2º do art. 19 da Lei nº 13.475/2017. A inteligência do mencionado dispositivo é expressa e dá comando à ANAC, que impede malabarismos interpretativos, na medida em que impõe à agência a observância das normas internacionais sobre o Sistema de Gerenciamento de Risco de Fadiga Humana.

Curiosamente, veja-se que o dispositivo faz menção a “normas” e “recomendações”.

Isso, porque, como visto, a OACI dispõe de “procedimentos-padrão” (*standards*) e “práticas recomendadas” (*recommended practices*), sendo referidas práticas recomendadas determinações às quais os Estados-Membros se adequarão, em conformidade com a Convenção, e os “padrões” qualquer especificação de características físicas, configuração, material, desempenho, pessoal ou procedimento, cuja aplicação uniforme é reconhecida como necessária para a segurança ou regularidade da navegação aérea internacional, e à qual os Estados-Membros igualmente deverão se adequar, em conformidade com a Convenção, sendo certo que, diante da impossibilidade de sua observância, a notificação para o Conselho da OACI é obrigatória (art. 38).

E ainda que se alegue que recomendações são apenas um norte, e não comandos cogentes, não podemos olvidar a força e abrangência normativa do § 2º do art. 19 da Lei nº 13.475/2017, o qual obriga que tanto as “normas” quanto as “recomendações” da OACI deverão ser cumpridas e observadas pela ANAC na elaboração do regulamento sobre fadiga tendente a alterar as limitações operacionais estabelecidas na Lei do Aeronauta.

Os Anexos da OACI são *standards*, normas-padrões por natureza, de cumprimento compulsório pelos Estados-Membros. Especificamente, o Anexo 6 à Convenção de Chicago estabelece a obrigação do Estado em, ao estabelecer normativas que especifiquem limitações operacionais aos tripulantes, basear-se em princípios e conhecimentos científicos, com vistas a garantir que os membros da tripulação desempenhem suas funções em um nível adequado de alerta.

A OACI não parou por aí e, após muitos painéis, reuniões e estudos, em 2011 desenvolveu o Manual para Supervisão de Abordagens de Gerenciamento de Fadiga (*Manual for the Oversight of Fatigue Management Approaches*),

denominado DOC 9966, com a função de servir como adendo à Emenda nº 37 ao Anexo 6. E os estudos relacionados à fadiga prosseguem com tanto dinamismo no âmbito do organismo internacional, que referido regulamento já está em sua segunda edição (2016), a qual também já foi revista em 2019 para alterar algumas determinações da Emenda nº 22 ao Anexo 6.

Dentre outras disposições, o DOC 9966 conceitua o gerenciamento de fadiga como sendo o conjunto de métodos pelos quais os prestadores de serviços e o pessoal operacional lidam com as implicações de segurança relacionadas à fadiga. E na mesma linha das demais normas-padrões e práticas recomendadas da OACI (SARPs) dispostas em vários anexos, o DOC 9966 elucida que o gerenciamento da fadiga deve ser apoiado em dois métodos distintos, a saber: uma abordagem prescritiva e uma abordagem baseada no desempenho, ambos devendo embasar-se em princípios e estudos técnico-científicos e na experiência operacional, que deverão levar em conta aspectos como a necessidade de sono adequado (não apenas descansando enquanto acordado) para restauração e manutenção de todos os aspectos da função de vigília (incluindo atenção, desempenho físico e mental e humor); dos ritmos circadianos que conduzem às alterações na capacidade de realizar trabalho mental e físico e na propensão ao sono (a capacidade de adormecer e permanecer adormecido), durante as 24 horas do dia; interações entre fadiga e carga de trabalho em seus efeitos no desempenho físico e mental; além do contexto operacional e o risco de segurança que um indivíduo com fadiga representa nesse prisma.

Em suma, a norma deixa claro que os métodos de gerenciamento de fadiga devem ter como alicerce e base princípios e conhecimentos científicos e a experiência operacional.

Em consonância com esse entendimento, as melhores práticas internacionais também caminham no sentido de que as técnicas para estimar o nível de fadiga nos profissionais da aviação baseiam-se em medidas subjetivas (questionários autorreferidos, modelos biomatemáticos, escalas subjetivas de sonolência, dentre outros) e objetivas (incluindo polissonografia com EEG, eletro-oculografia, eletroencefalograma, actigrafia, PVT, dentre outros), conforme atesta a doutrina internacional<sup>25-26</sup>.

---

25 MILLER, M. *Measuring fatigue*. FRMS Seminar, ICAO/IATA/IFALPA, Bangkok, 2012. Disponível em: <https://www.icao.int/safety/fatiguemanagement/FRMSBangkok/4.%20Measuring%20Fatigue.pdf>. Acesso em: 09 maio 2022.

26 GÖKER, Z. Fatigue in the aviation: an overview of the measurements and countermeasures. *Journal of Aviation*, v. 2, n. 2, p. 185-194, 2018. DOI: 10.30518/jav.451741. Disponível em: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/598864>. Acesso em: 09 maio 2022.

Do bosquejo, a norma internacional obriga não só o conhecimento e embasamento técnico sobre o assunto, como também a experimentação, o empirismo, o ensaio científico, para só após a certificação de que um ou outro limite realmente atenda ao espírito da norma criada, a mesma norma possa de fato ser estabelecida e aplicada de forma segura e efetiva.

Nesse contexto, o item 1.1.1 do DOC 9966 vem em complemento, trazendo obrigações ao Estado-Membro de observância compulsória quando da elaboração de legislações concernentes ao gerenciamento de fadiga, também impondo que o país é responsável por estabelecer limitações prescritivas de voo e/ou de jornada com base no conhecimento técnico-científico e na experiência operacional.

Todavia, analisando-se a completude do processo administrativo originado para a criação do regulamento sobre gerenciamento de fadiga, concluímos que não há indícios de embasamento técnico-científico e robusta experimentação operacional para a confecção da norma interna dentro do que estipulam as melhores práticas, recomendações e normas internacionais sobre o assunto.

Também, some-se tudo isso ao fato de que muitas dessas normativas internacionais utilizadas como espelho para a criação da norma interna, sobretudo a regulamentação australiana (CAO 48.1), provêm de aspectos intrínsecos ao respectivo país criador. A Austrália, por exemplo, segue as normativas sobre fadiga do *Commonwealth* e adotadas em seu sistema, tais como o Guia Para Gerenciamento do Risco da Fadiga no Trabalho (*Guide For Managing The Risk Of Fatigue At Work*)<sup>27</sup>, o regulamento TLIF6407A – Políticas e Procedimentos de Gerenciamento de Fadiga (*Manage fatigue management policy and procedures*)<sup>28</sup>, além, claro, das normas da OACI sobre o tema.

Por outro lado, verificamos que a ANAC solicitou à Gol Linhas Aéreas alguns poucos cenários provenientes do *software* de gerenciamento de fadiga humana por ela utilizado, denominado SAFTE-FAST (*Sleep, Activity, Fatigue, and Task Effectiveness – Fatigue Avoidance Scheduling Tool*), cujo algoritmo é baseado em um modelo biomatemático que leva em conta o processo homeostático, ritmos circadianos associados à atenção/vigília e à inércia do sono.

Tal *software* é atualmente utilizado por empresas da aviação comercial regular regidas pelo RBAC 121, e também no âmbito de um projeto financiado e

---

27 Disponível em: <https://www.safeworkaustralia.gov.au/doc/guide-managing-risk-fatigue-work>. Acesso em: 09 maio 2022.

28 Disponível em: [https://training.gov.au/TrainingComponentFiles/TLI07/TLIF6407A\\_R1.pdf](https://training.gov.au/TrainingComponentFiles/TLI07/TLIF6407A_R1.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

desenvolvido numa parceria entre o Sindicato Nacional dos Aeronautas (SNA), Associação Brasileira de Pilotos da Aviação Civil (ABRAPAC), Associação dos Aeronautas da GOL (ASAGOL) e Associação dos Tripulantes da LATAM Brasil (ATL), denominado Fadigômetro<sup>29</sup>.

Contudo, em que pese o *software* SAFTE-FAST e o projeto Fadigômetro sirvam como método preditivo, assumindo um papel de suporte opcional e secundário em um regime de gerenciamento da fadiga, não se traduzem em “bala mágica”, havendo que se analisar o que a própria ANAC diz sobre a experimentação operacional necessária para tal gestão e para a identificação de riscos, por meio da IS 117-003A, em que é mencionada uma variedade de fontes para tal aferição, e previsto que um regime de gerenciamento de fadiga deve ser projetado como um sistema abrangente e multicamadas, no qual modelos biomatemáticos fornecem um papel de suporte apenas opcional.

Assim, vê-se que o modelo biomatemático empregado pela agência em determinados testes serve tão somente como um complemento subjetivo opcional à análise técnico-científica que deveria ter sido realizada para servir de sustentáculo à norma, e, por si só, não é suficiente para tanto, havendo ainda a necessidade da obtenção de dados objetivos e de outros dados subjetivos com esse fim.

Por fim, diante de todos os aspectos estudados acima, impende destacar que a manutenção da norma brasileira sobre gerenciamento de fadiga, nos moldes como se encontra atualmente, fere a própria regulação da ANAC, principalmente as disposições sobre a “gestão da mudança” previstas no Programa de Segurança Operacional Específico (PSOE)<sup>30</sup> da agência, segundo o qual a ANAC deve promover uma análise prévia dos impactos de uma mudança tão significativa como é a instituição de uma regulamentação sobre gerenciamento de fadiga no Brasil (art. 72).

Se não houve efetiva base científica e experimentação operacional para mensurar a fadiga dos tripulantes no Brasil e para determinar que a eleição dos prescritivos de limites operacionais dos aeronautas constantes da norma atende ao controle pretendido, como poderá a agência ter certeza de que tais limites efetivamente gerenciarão o risco relacionado à fadiga humana na aviação, tal como exige o organismo internacional de aviação civil? Não houve cumprimento do § 2º do art. 19 da Lei nº 13.475/2017, apresentando-se ilegal a vigência e operacionalização da norma tal como se encontra, além de, possivelmente,

29 Disponível em: <https://www.fadigometro.com.br>. Acesso em: 09 maio 2022.

30 Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/planos-e-programas/psoe-anac/@@display-file/arquivo\\_norma/PSOE-ANAC.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/planos-e-programas/psoe-anac/@@display-file/arquivo_norma/PSOE-ANAC.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

inconstitucional, na medida em que esbarra antagonicamente ao texto expresso dos incisos XIV e XXII da Constituição Federal.

Diante disso, s.m.j., a ANAC deverá reanalisar os textos do RBAC nº 117 e posteriores Instruções Suplementares, com vistas a construir robusta base científica para atestar que são apropriados ao contexto em que devem ser utilizados, experimentando na prática os limites prescritivos ali estabelecidos, utilizando-se de técnicas empíricas para estimar o nível de fadiga nos profissionais da aviação com base em medidas subjetivas (questionários autorreferidos, modelos biomatemáticos, escalas subjetivas de sonolência, dentre outros) e objetivas (incluindo polissonografia com EEG, eletro-oculografia, eletroencefalograma, actigrafia, PVT, dentre outros), nos termos da fundamentação deste breve artigo, e sob pena de, em não o fazendo, contribuir para a estagnação ou decréscimo dos níveis de segurança das operações aéreas nacionais.

### 5 – Considerações finais

Após análise e discussões sobre o tema objeto de nosso estudo, concluímos que a profissão do aeronauta é, sem dúvida, uma das mais excêntricas dentre todas as ocupações e ofícios conhecidos, de modo que ousamos em considerar a existência de um sub-ramo do direito do trabalho, próprio à categoria dos aeronautas, ao qual denominamos “direito trabalhista aeronáutico”, ou “direito aeronáutico do trabalho”, que pode ser considerado como o “conjunto das normas, instituições jurídicas e princípios que disciplinam as relações de trabalho dos aeronautas (pilotos de aeronave, comissários de voo e mecânicos de voo), e determinam os seus sujeitos e as organizações destinadas à proteção desse trabalho em sua estrutura e atividade”.

A Nova Lei do Aeronauta (Lei nº 13.475/2017), ao mesmo tempo em que prevê jornadas extensas que podem durar até 18 horas, previu, pela primeira vez na história, a possibilidade de que a ANAC crie regulamento próprio para o gerenciamento da fadiga humana na aviação. Contudo, para a criação de uma normativa nesse sentido, a agência é obrigada expressamente a seguir as normas e recomendações internacionais sobre o tema.

A novel legislação prevê também que, em determinadas situações e mediante instrumento coletivo firmado entre um operador aéreo e o sindicato profissional dos aeronautas, a ANAC poderá ampliar uma jornada máxima de 12 horas de uma tripulação simples, e reduzir o intervalo mínimo de 12 horas entre jornadas. Contudo, é importante pontuar que a jornada “normal” de trabalho desses profissionais (que atuam em turnos ininterruptos e irregulares de

revezamento) já extrapola o limite de seis horas previsto no art. 7º, XIV, da Constituição Federal, de forma que mesmo que a ampliação desses limites seja prevista em norma coletiva, ainda assim seria inadmissível, considerando que as normas de duração do trabalho têm por finalidade proteger a saúde física e mental do trabalhador, sendo irrenunciáveis e, portanto, encontrando-se fora do alcance das negociações coletivas, nos termos do inciso XXII do mesmo artigo, mostrando-se ineficaz e inconstitucional o aval da Autarquia especializada para esse fim.

Não fosse isso, foi visto que as normas internacionais, por sua vez, impõem ao Estado interessado na criação de legislação sobre fadiga o dever de que o país estabeleça limitações prescritivas de voo e/ou de jornada com base em robusto conhecimento técnico-científico e na experiência operacional. Segundo a OACI, antes de elaborar e fornecer os regulamentos do SGRF, o Estado precisa estar confiante de que possui regulamentos e prescritivos de limitações operacionais robustos e baseados na ciência, apropriados ao contexto em que deverão ser utilizados, e que seus inspetores supervisionem adequadamente esses regulamentos.

Não obstante, em descumprimento ao § 2º do art. 19 da Lei nº 13.475/2017, a ANAC não atendeu à imposição das normas e recomendações internacionais quando da elaboração de seu regulamento sobre o gerenciamento e controle da fadiga dos aeronautas no Brasil (RBAC nº 117), se limitando a traduzir integralmente normas de outros países e a obter poucos cenários gerados por um dos *softwares* de gerenciamento de fadiga humana (modelo biomatemático), deixando de identificar empiricamente os perigos e de medir os limites operacionais a partir de técnicas objetivas e subjetivas, bem como de uma variedade de fontes por ela mesma estabelecidas, incluindo, mas não se limitando, a (i) *workshops* de identificação de perigos (por exemplo, *brainstorming* usando pessoal operacional experiente); (ii) avaliações de risco (avaliações de risco formais podem revelar novos perigos); (iii) desenvolvimento de cenários de risco; (iv) registro de riscos (por exemplo, por meio de sistemas eletrônicos); (v) análise de tendências; (vi) reporte de perigos; (vii) reportes de fadiga; (viii) *feedbacks* de treinamento; (ix) pesquisas de segurança e auditorias de segurança de supervisão operacional; (x) monitoramento de operações normais; (xi) utilização de modelos biomatemáticos devidamente validados; (xii) investigação do estado sobre acidentes e incidentes graves; (xiii) sistemas de troca de informações (operadores similares, reguladores etc.) e outras.

Diante disso, a ANAC deverá reanalisar os textos do RBAC 117 e posteriores Instruções Suplementares, com vistas a construir robusta base científica

para atestar que são apropriados ao contexto em que já estão sendo empregados, experimentando na prática os limites prescritivos ali estabelecidos, utilizando-se de técnicas empíricas para estimar o nível de fadiga nos profissionais da aviação com base em medidas subjetivas (questionários autorreferidos, modelos biomatemáticos, escalas subjetivas de sonolência, dentre outros) e objetivas (incluindo polissonografia com EEG, eletro-oculografia, eletroencefalograma, actigrafia, PVT, dentre outros), nos termos da fundamentação deste breve artigo, e sob pena de, em não o fazendo, contribuir para a estagnação ou, pior, para o decréscimo gradual dos níveis de segurança das operações aéreas nacionais.

### 6 – Referências bibliográficas

AUSTRÁLIA. Civil Aviation Safety Authority. CAO. Part 48.1. *Fatigue management*. Disponível em: <https://www.casa.gov.au/search-centre/rules/cao-part-481-fatigue-management>. Acesso em: 09 maio 2022.

AUSTRÁLIA. Department of Education, Employment and Workplace Relations. *TLIF6407 A manage fatigue management policy and procedures*. Disponível em: [https://training.gov.au/TrainingComponentFiles/TLI07/TLIF6407A\\_R1.pdf](https://training.gov.au/TrainingComponentFiles/TLI07/TLIF6407A_R1.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

AUSTRÁLIA. Safe Work Australia. *Guide managing risk fatigue work*. Disponível em: <https://www.safeworkaustralia.gov.au/doc/guide-managing-risk-fatigue-work>. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Biblioteca de legislação ANAC*. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao>. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *IS 117-002*. Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is/is-117-002/@@display-file/arquivo\\_norma/IS117-002A.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is/is-117-002/@@display-file/arquivo_norma/IS117-002A.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *IS 117-003*. Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is/is-117-003/@@display-file/arquivo\\_norma/IS117-003B.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is/is-117-003/@@display-file/arquivo_norma/IS117-003B.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *IS 117-004*. Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is/is-117-004/@@display-file/arquivo\\_norma/IS117-004A.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/iac-e-is/is/is-117-004/@@display-file/arquivo_norma/IS117-004A.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Processo Administrativo SEI nº 00065.123930/2015-71*. Disponível em: [https://sei.anac.gov.br/sip/login.php?sigla\\_orgao\\_sistema=ANAC&sigla\\_sistema=SEI&infra\\_url=L3NlaS8=](https://sei.anac.gov.br/sip/login.php?sigla_orgao_sistema=ANAC&sigla_sistema=SEI&infra_url=L3NlaS8=). Acesso em: 13 jan. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *Programa de segurança operacional específico*. Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/planos-e-programas/psoe-anac/@@display-file/arquivo\\_norma/PSOE-ANAC.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/planos-e-programas/psoe-anac/@@display-file/arquivo_norma/PSOE-ANAC.pdf). Acesso em: 09 mai. 2022.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. *RBAC 117*. Disponível em: [https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-117/@@display-file/arquivo\\_norma/RBAC117EMD00.pdf](https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/rbha-e-rbac/rbac/rbac-117/@@display-file/arquivo_norma/RBAC117EMD00.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

## DOCTRINA

BRASIL. Código Brasileiro de Aeronáutica. *Lei nº 7.565/86*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17565compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17565compilado.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. Convenção de Chicago. *Decreto nº 21.713, de 27 de agosto de 1946*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d21713.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d21713.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. Convenção de Viena sobre Tratados. *Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. Lei de criação da Agência Nacional de Aviação Civil. *Lei nº 11.182/05*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111182.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111182.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. *Medida Provisória nº 808/2017*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/mpv/mpv808.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/mpv/mpv808.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. *Medida Provisória nº 881/2019*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Mpv/mpv881.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. Nova Lei do Aeronauta. *Lei nº 13.475/2017*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/113475.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113475.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.480 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 04.09.97, DJ 18.05.01, PP-00429, EMENT VOL-02031-02, PP-00213.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema nº 725. Terceirização. *Leading Case*: RE 958252. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725#>. Acesso em: 09 maio 2022.

BRASIL. Velha Lei do Aeronauta. *Lei nº 7.183/84*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17183.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17183.htm). Acesso em: 09 maio 2022.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

EUROPEAN UNION AVIATION SAFETY AGENCY. *ORO.FTL*. Disponível em: <https://www.easa.europa.eu/the-agency/faqs/oroftl>. Acesso em: 09 maio 2022.

GÖKER, Z. Fatigue in the aviation: an overview of the measurements and countermeasures. *Journal of Aviation*, v. 2, n. 2, p. 185-194, 2018. DOI: 10.30518/jav.451741. Disponível em: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/598864>. Acesso em: 09 maio 2022.

INTERNATIONAL CIVIL AVIATION ORGANIZATION. DOC 9966. *Manual for the oversight of fatigue management approaches*. Disponível em: <https://www.icao.int/safety/fatiguemanagement/FRMS%20Tools/Doc%209966.FRMS.2016%20Edition.en.pdf>. Acesso em: 09 maio 2022.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. FAR 117. *Flight and duty limitations and rest requirements: flightcrew members*. FAA. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/14/part-117>. Acesso em: 09 maio 2022.

MILLER, M. *Measuring fatigue*. FRMS Seminar, ICAO/IATA/IFALPA, Bangkok, 2012. Disponível em: <https://www.icao.int/safety/fatiguemanagement/FRMSBangkok/4.%20Measuring%20Fatigue.pdf>. Acesso em: 09 maio 2022.



## DOCTRINA

PROJETO FADIGÔMETRO. Disponível em: <https://www.fadigometro.com.br>. Acesso em: 09 maio 2022.

SINDICATO NACIONAL DOS AERONATURAS. *Convenção Coletiva de Trabalho da Aviação Agrícola*. SNA x SINDAG. Vigência 2021/2022. Disponível em: [https://www.aeronautas.org.br/images/2021.11.12\\_CCT\\_SNA\\_SINDAG\\_2021-2022.pdf](https://www.aeronautas.org.br/images/2021.11.12_CCT_SNA_SINDAG_2021-2022.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

SINDICATO NACIONAL DOS AERONATURAS. *Convenção Coletiva de Trabalho da Aviação Regular*. SNA x SNEA. Vigência 2021/2022. Disponível em: [https://www.aeronautas.org.br/images/CCT\\_Regular\\_2021-2022.pdf](https://www.aeronautas.org.br/images/CCT_Regular_2021-2022.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

SINDICATO NACIONAL DOS AERONATURAS. *Convenção Coletiva de Trabalho do Táxi Aéreo*. SNA x SNETA. Vigência 2021/2023. Disponível em: [https://www.aeronautas.org.br/images/CCT\\_Taxi\\_Aereo\\_2021\\_2023\\_V.pdf](https://www.aeronautas.org.br/images/CCT_Taxi_Aereo_2021_2023_V.pdf). Acesso em: 09 maio 2022.

THE COMMONWEALTH. *Commonwealth home page*. Disponível em: <https://thecommonwealth.org/our-member-countries>. Acesso em: 09 maio 2022.

Recebido em: 09/05/2022

Aprovado em: 31/05/2022

# OS CÓDIGOS DE ÉTICA E DE CONDUTA COMO FERRAMENTAS DE EFETIVIDADE DO *COMPLIANCE* NA ANÁLISE JUDICIAL DA DISPENSA POR JUSTA CAUSA

## *THE CODES OF ETHICS AND CONDUCT AS TOOLS FOR THE EFFECTIVENESS OF COMPLIANCE IN THE JUDICIAL ANALYSIS OF DISMISSAL FOR JUST CAUSE*

Pedro Guilherme Beier Schneider\*

Guilherme Wunsch\*\*

RESUMO: O presente artigo tem como tema os Códigos de Ética e de Conduta e as relações de trabalho, especificamente no que se refere à dispensa por justa causa. No rol de principais instrumentos utilizados pelas empresas em seus programas de *compliance* estão os Códigos de Ética e de Conduta, que estabelecem os princípios e valores que nortearão a organização em suas atividades, vinculando todos os seus integrantes. Tais documentos, portanto, criam direitos e deveres referentes aos trabalhadores, causando impactos nas relações trabalhistas, os quais devem ser examinados sob a lente do Direito do Trabalho. Conclui-se que os Códigos de Conduta são considerados como importantes instrumentos de reforço para a fundamentação da dispensa por justa causa.

PALAVRAS-CHAVE: *Compliance*. Código de Ética e de Conduta. Justa Causa.

*ABSTRACT: This article discusses the Codes of Ethics and Conduct and labor relations, specifically with regard to dismissal for just cause. Among the main instruments used by companies in their compliance programs are the Codes of Ethics and Conduct, which establish the principles and values that will guide the organization in its activities, binding all its members. Such documents, therefore, create rights and duties related to workers, causing impacts on labor relations, which must be examined under the lens of Labor Law. In conclusion, Codes of Conduct are considered as important instruments of reinforcement for the justification of the dismissal for just cause.*

KEYWORDS: *Compliance*. Code of Ethics and Conduct. Just Cause.

---

\* *Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6205187681650900>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8242-7766>. E-mail: [pedro@calistoschneider.adv.br](mailto:pedro@calistoschneider.adv.br).*

\*\* *Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; professor da graduação e do Programa de Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2498253735871468>. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-0012-3559>. E-mail: [profguilhermewunsch@gmail.com](mailto:profguilhermewunsch@gmail.com).*

## 1 – Introdução

**T**em-se observado na sociedade como um todo, sob uma perspectiva mais ampla, e nas organizações empresariais, em uma mais específica, o incremento de um movimento que objetiva difundir uma cultura, sobretudo no âmbito dos negócios, de observância às normas legais e a parâmetros éticos e morais, bem como criar um ambiente em que prevaleça a governança corporativa. Nesse cenário, ganha muita força o conceito de *compliance*, que pode ser tido, de certa forma, como uma síntese do citado movimento, mesmo que não se possa reduzi-lo somente a essa ferramenta, vez que se trata de apenas um dos pilares que o sustenta. Em termos de definição, Rodrigo de Pinho Bertoccelli<sup>1</sup> aponta que:

“Podemos entender, portanto, que o *compliance* integra um sistema complexo e organizado de procedimentos de controle de riscos e preservação de valores intangíveis que deve ser coerente com a estrutura societária, o compromisso efetivo da sua liderança e a estratégia da empresa, como elemento, cuja adoção resulta na criação de um ambiente de segurança jurídica e confiança indispensável para a boa tomada de decisão. Esse sistema interno também pode ser chamado de programa de integridade ou programa de *compliance* com a finalidade de prevenir, detectar e corrigir atos não condizentes com os princípios e valores da empresa, assim como perante o ordenamento jurídico vigente.”

Como dito, trata-se de um momento de crescimento dessa corrente, o que se constata, inclusive, a partir do importante desenvolvimento de estudos, projetos, normativas e profissionais dedicados à área. De todo modo, não obstante o contexto de alta, o debate acerca da governança corporativa e do próprio *compliance* não é exatamente novo. Veja-se, por exemplo, o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), criado nos Estados Unidos em 1977, mais recentemente o *UK Bribery Act*, elaborado pelo Reino Unido no ano de 2010, bem como documentos de organismos internacionais.

Isso se explica, além de outros fatores, pela compreensão de que a empresa está imersa em uma rede de relações das mais variadas matrizes e que os efeitos dessas relações não ficam restritos aos limites da organização ou de determinada operação, podendo atingir a terceiros, de modo que a conformidade deve ser o norte para todas elas e não somente para as corporativas propriamente ditas. E isso inclui as relações de trabalho.

Nesse âmbito, como forma materializar seus preceitos de conformidade e integridade, as organizações se utilizam comumente dos Códigos de Ética ou

---

1 BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Compliance*. In: CARVALHO, André Castro *et al.* *Manual de compliance*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 41.

de Conduta, os quais são frutos da autorregulação e estabelecem uma miríade de direitos e deveres a serem observados, especialmente pelos trabalhadores da empresa, gerando reflexos nos seus contratos de trabalho. Ainda, nesse mesmo sentido de criação de uma cultura empresarial, um dos pontos fundamentais do *compliance*, verifica-se a previsão de punições disciplinares em casos de descumprimento das determinações contidas em tais documentos, as quais podem, inclusive, culminar em dispensa por justa causa do empregado.

Por outro lado, esses regramentos não podem deixar de considerar todo o arcabouço jurídico do Direito do Trabalho, com suas normas e princípios, assim como o caráter protetivo ao sujeito hipossuficiente da relação, isto é, o trabalhador, que reveste esse ramo do Direito. Notadamente, no que se refere à dispensa por justa causa, é de se destacar, ainda, a existência de parâmetros impositivos a serem observados, com previsão expressa sobre o tema na CLT.

Observada a necessária ponderação entre o exercício de autorregulação do empregador e o ordenamento juslaboral, o problema que norteia o presente artigo se coloca da seguinte maneira: quais os impactos e a efetividade dos Códigos de Ética e de Conduta na análise judicial da dispensa por justa causa?

Em termos de objetivos, pretende-se (i) analisar a conexão entre autorregulação e *compliance* na figura dos Códigos de Ética e de Conduta; (ii) investigar a utilização dos Códigos de Ética e de Conduta e suas especificidades no âmbito das relações de trabalho; (iii) examinar de que forma são abordados e quais os efeitos dos Códigos de Ética e de Conduta quando da análise judicial da dispensa por justa causa. Esclarece-se, desde já, que a pesquisa jurisprudencial foi realizada no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

## 2 – Códigos de Ética e de Conduta como ferramentas de autorregulação e materialização do *compliance*

Já era possível visualizar estruturas do movimento de governança corporativa ao redor do mundo, inclusive com a existência de legislações que abordam o tema, bem como o próprio *compliance*, como nos citados exemplos de Estados Unidos e Reino Unido. No Brasil, no entanto, trata-se, de fato, de um cenário mais recente, que busca “ganhar corpo” e se consolidar.

Retrato disso é a recente, mas ainda escassa, legislação que, de alguma forma, aborda a temática do *compliance*, podendo-se citar a Lei nº 12.846/2013<sup>2</sup>,

2 BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 06 maio 2022.

o Decreto nº 8.420/2015<sup>3</sup>, que a regulamenta, a Lei nº 13.303/2016<sup>4</sup> e o Decreto nº 9.571/2018<sup>5</sup>. Diz-se aborda, pois não há legislação que imponha às empresas a adoção de mecanismos de *compliance*, o que faz com se constitua em um fenômeno de autorregulação. Nesse sentido, afirmam Milena Donato Oliva e Rodrigo Guia Silva que a “noção de *compliance* envolve o estabelecimento de mecanismos de autorregulação e autorresponsabilidade pelas pessoas jurídicas. Quando se pensa em *compliance*, se reconduz imediatamente à ideia de autovigilância”<sup>6</sup>.

Extraí-se disso um compromisso voluntário por parte da empresa, que, sem ordem estatal, obriga-se a atuar em conformidade e observância a determinadas diretrizes legais e éticas. Por outro lado, deve-se destacar a importância de um grau de participação do Estado nesse ambiente, sob uma lógica de indicar alguns parâmetros a serem observados, mas com margem para adequação do empresário à realidade e às características da empresa, bem como criar estruturas que incentivem a adoção de programas de *compliance*. Por isso, Ana Frazão e Ana Medeiros falam em uma “autorregulação regulada”<sup>7</sup>.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), tem-se “por finalidade promover princípios éticos e refletir a identidade e a cultura organizacionais, fundamentado em responsabilidade, respeito, ética e considerações de ordem social e ambiental”<sup>8</sup>. Do ponto de vista conceitual, Ana Frazão e Ana Medeiros apontam que o Código de Ética é um documento “no qual serão estabelecidos os valores e princípios que devem ser observados por todos os funcionários, os administradores e os terceiros que se relacionam com a empresa”<sup>9</sup>. Em relação ao Código de Conduta, definem que se trata de

3 BRASIL. *Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm). Acesso em: 06 maio 2022.

4 BRASIL. *Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm). Acesso em: 06 maio 2022.

5 BRASIL. *Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018*. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm). Acesso em: 06 maio 2022.

6 OLIVA, Milena Donato; SILVA, Rodrigo Guia. Origem e evolução histórica do *compliance* no direito brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte, Fórum: 2018. p. 29-49.

7 FRAZÃO; MEDEIROS, *op. cit.*, p. 71-102.

8 INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015. p. 93.

9 FRAZÃO; MEDEIROS, *op. cit.*, p. 97.

documento que “especifique, de maneira mais detalhada, as condutas vedadas e autorizadas e fixe deveres concretos aos colaboradores”<sup>10</sup>. Marina Daineze, por sua vez, discorre que o Código de Ética teria um caráter mais valorativo, estabelecendo como se “deveria” agir; já o Código de Conduta adotaria um tom mais prescritivo, definindo como se “deve” agir<sup>11</sup>.

Judit Kapas, ao abordar as novas formas de organização e estruturação empresarial, afirma que hoje as organizações exigem que seus trabalhadores desenvolvam capacidades específicas da empresa<sup>12</sup>. Pode-se dizer, em um exercício de analogia, que os Códigos de Ética e de Conduta objetivam algo parecido, isto é, a criação de uma cultura empresarial com o desenvolvimento de valores, princípios, condutas e comportamentos próprios da empresa e por ela esperados.

Em geral, portanto, trata-se de documento formulado pela empresa que estabelece um conjunto de princípios, valores e condutas que irão nortear a atividade da organização, devendo ser observados por todos os sujeitos nela incluídos. Ademais, por meio de suas previsões, buscam seguir a lógica do programa de *compliance* como um todo, no sentido de prevenir, mas também oferecer respostas a atos ilícitos ou contrários aos padrões e princípios éticos nele elencados. De todo modo, os Códigos de Ética e de Conduta se revelam como instrumentos de grande importância para a construção de uma cultura empresarial de conformidade, pautada pelo respeito às leis e aos ditames éticos e morais, a qual constitui um dos principais, e talvez o principal elemento para a efetividade de um programa de *compliance*.

### 3 – Olhares (jus)laborais sobre os Códigos de Ética e de Conduta

A elaboração de Códigos de Ética e de Conduta no âmbito das empresas se apresenta como expressão de um direito do empregador. Tal direito decorre de seu poder diretivo, previsto expressamente pelo art. 2º da CLT<sup>13</sup> e definido por Mauricio Godinho Delgado<sup>14</sup> como:

---

10 *Ibidem*.

11 DAINZE, Marina. *Códigos de ética empresarial e as relações da organização com seus públicos*. Universidade de São Paulo. Prêmio Ethos-Valor. Categoria Graduação. 2003. v. 3.

12 KAPAS, Judit. Mutant-firms in the new economy. *Économie et Institutions*, [s.l], n. 5, p. 81, 2004. Disponível em: <https://journals.openedition.org/ei/856#text>. Acesso em: 06 maio 2022.

13 “Art. 2º Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” (BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em: 06 maio 2022)

14 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 792.

## DOUTRINA

“(...) o conjunto de prerrogativas tendencialmente concentradas no empregador dirigidas à organização da estrutura e espaço empresariais internos, inclusive o processo de trabalho adotado no estabelecimento e na empresa, com a especificação e orientação cotidianas no que tange à prestação de serviços.”

Já outros autores defendem, a exemplo de Domingos Sávio Zainaghi, que os Códigos se originariam, de forma específica, de um poder regulamentar, o qual consistiria no “atributo que tem o empregador de criar normas e regulamentos”, bem como estabelecer “os princípios que devem ser seguidos pelos empregados”<sup>15</sup>. De todo modo, essa regulamentação gera reflexos nas relações de trabalho desenvolvidas naquela organização, vez que cria direitos e obrigações entre as partes.

Esses códigos, portanto, constituem-se em verdadeira fonte de Direito do Trabalho. Mauricio Godinho Delgado, baseando-se na jurisprudência, não os classifica como fonte autônoma ou heterônoma, mas, sim, como uma figura especial, isto é, ato unilateral de vontade do empregador<sup>16</sup>.

Dessa forma, em verdade, tratar-se-ia de cláusulas contratuais, que se incorporam aos contratos dos empregados. Diante disso, assim como em relação a outras cláusulas contratuais, é vedada sua alteração ou revogação *in pejus* ao trabalhador, nos termos do art. 468<sup>17</sup> da CLT e da Súmula nº 51, I, do TST<sup>18</sup>. Tal observação se reveste de importância no cotidiano das relações de trabalho, considerando que, como já dito, as empresas costumam organizar suas normas internas em um único documento, não sendo raro que nele estejam previstos, dentre outras matérias e ao lado de questões relacionadas à ética e à conduta dos empregados, direitos e obrigações de cunho econômico, por exemplo.

---

15 ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Curso de legislação social: direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Manole, 2021. p. 42.

16 DELGADO, *op. cit.*

17 “Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.” (BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em: 06 maio 2022)

18 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 51. NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO*. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (...)” Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2005. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-51](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-51). Acesso em: 06 maio 2022.

## DOCTRINA

Para além de questões legais, há outros pontos de atenção a serem examinados no que se refere à temática dos Códigos de Ética e de Conduta e seus reflexos nas relações de trabalho, sobretudo no que toca à sua efetividade. Esta última, diga-se de passagem, está estreitamente relacionada com a forma com que os trabalhadores da empresa lidam com os Códigos e são por estes atingidos.

Assim, um amoldamento específico às características e aos riscos próprios da empresa e da atividade por ela desenvolvida é fundamental para que os Códigos de Ética e de Conduta atinjam os objetivos pretendidos. Aliado a isso, é preciso que os trabalhadores tenham ciência do conteúdo dos referidos Códigos, mas não apenas sob um ponto de vista formal, o que exige a realização de treinamentos e orientações, de modo que estejam integrados, de fato, a todo o programa instituído pela empresa, construindo um efetivo conhecimento acerca de seus significados, concepções e prescrições e contribuindo com o alcance dos objetivos almejados.

No mesmo sentido, é essencial o chamado “o tom que vem do topo”, isto é, a demonstração por parte da diretoria da empresa de que está engajada com os compromissos assumidos pela empresa por meio dos Códigos, mediante a observância aos seus termos, a atuação de acordo com suas previsões e a aplicação de suas regras a todos os integrantes da companhia. Esses fatores contribuem para, talvez, o mais importante dos elementos do *compliance* e principal objetivo dos Códigos de Ética e de Conduta, que é a criação de uma cultura organizacional de conformidade e integridade. Tal cultura é peça-chave para a demonstração da efetividade dos Códigos e do programa como um todo, uma vez que reflete a identidade da empresa e, por meio de políticas e outras estruturas, de maneira concreta, naturaliza, estimula e institucionaliza em todos os sujeitos que dela fazem parte a adoção dos padrões de conduta éticos e legais por ela propugnados quando do desenvolvimento de suas atividades.

E é justamente esse caráter reativo ou corretivo dos Códigos de Ética e de Conduta que acaba por ser visualizado e que tem importância nos casos envolvendo demissões por justa causa, uma vez que nessas situações a infração já ocorreu.

#### **4 – O enfrentamento jurisprudencial aos Códigos de Ética e Conduta como parâmetros de aplicação da dispensa por justa causa no Direito do Trabalho brasileiro**

Considerando toda a lógica e o conteúdo que envolvem os Códigos de Ética e de Conduta das empresas, é normal que sejam estabelecidas previsões



acerca de procedimentos e sanções disciplinares, inclusive no que se refere à possibilidade de dispensa do empregado por justa causa. Entre as decisões que confirmaram a dispensa por justa causa, observa-se a utilização dos Códigos de Ética e de Conduta das empresas ao lado das normas legais e dos princípios de Direito do Trabalho como uma espécie de reforço à medida aplicada, que de alguma forma oferece fundamentos no sentido de sua correção. A violação do Código, nesse sentido, contribuiria para a configuração da justa causa. Nessa linha:

“(…) No caso *sub judice*, o reclamante foi admitido pela reclamada, em 1º.09.08, para exercer a função de Propagandista Vendedor Pleno, tendo sido despedido, por justa causa, em 10.05.2019 (CTPS do Id fdb-c4b2 e TRCT do Id c00dc13). Extrai-se do comunicado de despedida por justa causa do reclamante que a reclamada embasou o ato na alínea ‘b’ do art. 482 da CLT, consignando que a aplicação da penalidade se deu (...) *em razão de fatos que tivemos conhecimento, a saber: dirigir veículo fornecido pela empresa sob efeito de álcool, resultando inclusive em colisão. Tal conduta é gravíssima e, como é de seu pleno e formal conhecimento, afronta os princípios estabelecidos no Código de Conduta Ética da Biolab (...)* (Id 577672d). (...) Dessarte, nega-se provimento ao recurso ordinário do reclamante, nesse ponto.” (TRT da 4ª Região, 10ª Turma, 0020583-70.2019.5.04.0012 ROT, em 28.05.2021, Desembargadora Cleusa Regina Halfen)

Ainda, é possível constatar nos julgados a importância dada ao pleno conhecimento dos trabalhadores a respeito dos Códigos e suas disposições, assim como à comprovação desta ciência. Ademais, a robusta prova dos fatos que levaram à sanção disciplinar também deve estar presente quando de sua aplicação. Nesse ponto, pode-se citar o seguinte trecho:

“(…) A conclusão da Sindicância apontou que o autor demonstrou conduta imprópria, na medida em que se apropriou de forma indevida da parte do numerário que pertencia à empresa e que não havia sido subtraído pelos assaltantes, além de ter oferecido parte da quantia aos dois ajudantes da rota. Assim, o parecer foi de que o reclamante cometeu falta grave em razão do mau procedimento e descumprimento do código de conduta e dos procedimentos internos da empresa (ID. 3fc0be1 – p. 4). (...) Assim, constatando-se que, em outras oportunidades o reclamante já havia sofrido advertências por razões diversas, e que, neste caso específico, foi apurado que se apropriou de numerário pertencente à empresa, conforme relataram os ajudantes ouvidos, tenho como configurada situação grave

## DOCTRINA

de improbidade, pela qual se justifica a penalidade de despedida por justa causa.” (TRT da 4ª Região, 3ª Turma, 0021090-24.2018.5.04.0252 ROT, em 26.02.2021, Desembargador Marcos Fagundes Salomão)

Cabe destacar também a efetividade dos Códigos e dos programas de *compliance* como um todo quando da análise de uma dispensa por justa causa. A existência de uma cultura organizacional de integridade e conformidade à legislação e a preceitos éticos, mesmo que demonstrada sob um caráter repressivo, isto é, após a constatação de um ilícito, mediante punição, é fundamental para a manutenção da medida. Da mesma forma, a aplicação dos termos dos códigos a todos os sujeitos da empresa, mesmo aqueles que ocupam postos mais elevados na hierarquia, revela e materializa seu compromisso com as diretrizes estatuídas em seu exercício de autorregulação. Exemplificando esse cenário, tem-se a seguinte decisão:

“(…) O reclamante foi admitido pela primeira reclamada em 21.07.2010 para o cargo de Especialista em Gestão de Riscos, tendo sido demitido por justa causa em 02.04.2018, quando se encontrava no cargo de Especialista Compliance (CTPS, Id 7940147 – p. 3, fl. 41 pdf; ficha de registro, Id fe7e1ec – p. 2, fl. 210 pdf; aviso de demissão, Id 53110de – p. 1, fl. 60 pdf).

(…) No aviso de demissão por justa causa do reclamante consta ter sido constatado ato gravíssimo em 29.03.2018, que não condiz com a postura necessária em ambiente de trabalho, configurando demissão por justa causa, nos termos da alínea ‘j’ do art. 482 da CLT – ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem. Na descrição da falta grave ainda consta que ‘conforme denúncia realizada no canal de denúncias da empresa, a qual foi objeto de investigação e deliberação no Comitê de Ética, o colaborador costuma realizar comentários de cunho racista, ofendendo colegas de trabalho, prática não condizente com o código de conduta da empresa, além de vedada em lei’ (Id 53110de – p. 1, fl. 60). (grifei) (...) Portanto, não comporta reforma a sentença que indeferiu o pedido de reversão da justa causa.” (TRT da 4ª Região, 5ª Turma, 0020408-98.2018.5.04.0016 ROT, em 19.11.2020, Desembargador Manuel Cid Jardon)

Por outro lado, a ausência dessa cultura empresarial norteadora pelo cumprimento da lei e de princípios morais e éticos, em que atos de desconformidade estejam naturalizados no âmbito da organização, também é levada em conta quando do exame de uma dispensa por justa causa. Assim, ainda que determi-

## DOCTRINA

nado ato viole as previsões do Código de Ética e de Conduta da empresa e seja passível de justa causa, caso os referidos documentos e as demais estruturas de integridade da organização não sejam, de fato, efetivos, de modo que haja uma cultura de convivência com comportamentos inadequados, é possível que a punição seja revertida. Nesse sentido:

“Ao contrário do que sugere a reclamada, o conjunto probatório ampara a tese da reclamante e revela a incorreção na aplicação da penalidade da justa causa. Desde a petição inicial a reclamante admitiu que costumava fazer a assinatura de médicos em guias de exames, afirmando ser prática recorrente na empresa. Logo, por ser incontroversa a conduta realizada pela reclamante, incumbindo a esta o ônus de comprovar a alegação de que se tratava de prática comum e respaldada pela empresa, nos termos do art. 818 da CLT. Em que pese entenda que não há razão para invalidar o depoimento da testemunha da reclamada só pelo fato de esta manter vínculo ativo de emprego, seu depoimento, no caso, deve ser valorado com ressalvas, especialmente pela sua condição de superiora hierárquica da reclamante, situação que lhe impulsiona a negar que teria orientado seus subordinados a cometer atos contrários às regras procedimentais da empresa. (...) Assim, em que pese a gravidade na conduta, mas tendo em vista que o motivo ensejador da justa causa era prática comum entre os empregados e respaldado pela empresa, entendo correta a sentença ao determinar o afastamento da justa causa aplicada. (...) Portanto, correta a sentença ao reverter a justa causa aplicada para despedida imotivada. Em decorrência, são devidas as verbas rescisórias deferidas: aviso-prévio proporcional indenizado, 13º salário proporcional de 2017, férias proporcionais com o terço constitucional e multa de 40% sobre o FGTS.” (TRT da 4ª Região, 1ª Turma, 0021677-91.2017.5.04.0022 ROT, em 29.04.2021, Desembargadora Lais Helena Jaeger Nicotti)

A produção de elementos probatórios robustos em relação ao efetivo cometimento do ato que viola o Código de Ética e de Conduta e que dá ensejo à dispensa por justa causa também é um aspecto importante a ser observado quando da aplicação, sob pena de reversão da medida, uma vez que se trata de ônus do empregador. Tal questão é bem analisada no seguinte julgamento:

“(…) As justas causas que autorizam o empregador a romper o pacto de trabalho motivadamente, enumeradas no art. 482 da CLT, representam medida extrema, devendo ser inequivocamente comprovadas. Devem resultar de grave falta praticada pelo trabalhador a tornar insuportável a continuidade do contrato de trabalho, sob pena de reversão para

## DOCTRINA

despedida sem justa causa, com o pagamento das parcelas rescisórias decorrentes. (...) No caso dos autos, merece chancela o posicionamento adotado na origem, porquanto ao oferecer produtos promocionais, ao contrário do que defende a ré, a reclamante não descumpriu qualquer dispositivo do Código de Ética da reclamada (ID.a39a91c). Demais disso, de acordo com a documentação juntada aos autos, a reclamante foi despedida por justa causa no dia 01 de agosto de 2017, não sendo especificado o ato faltoso praticado (ID. 7bdf0ae – p. 1). (...) Ademais, os fatos apresentados pela reclamada como motivadores da justa causa ocorreram no início de maio de 2017, tendo a demissão ocorrida em agosto de 2017, não havendo, portanto, imediatez punitiva. (...) A decisão de origem analisou de forma minuciosa as provas produzidas, não comportando reforma. Por fim, evitando tautologia mantenho a sentença por seus próprios fundamentos. Nada a prover.” (TRT da 4ª Região, 5ª Turma, 0021561-15.2017.5.04.0013 ROT, em 14.10.2020, Desembargador Claudio Antonio Cassou Barbosa)

Como se vê, a análise da justa causa é procedimento complexo que envolve diversos fatores. Nesse sentido, constata-se que os Códigos se constituem em importantes elementos para fundamentar e reforçar a dispensa por justa causa, em conjunto com as disposições legais. Ademais, fica nítida a consideração dada à efetividade dos Códigos e do programa de *compliance* como um todo, sobretudo no que se refere ao conhecimento dos trabalhadores e sua integração às estruturas de conformidade, bem como à existência de uma cultura organizacional de prevenção e repressão a atos ilícitos ou contrários aos preceitos éticos que norteiam a empresa, seja para manter ou reverter a justa causa aplicada.

De outra banda, dada a gravidade da medida, tem-se clara a necessidade de observância à legislação e aos princípios próprios da disciplina, além da produção de um sólido conjunto probatório que corrobore e ampare a correção da punição em questão, sendo que uma dispensa por justa causa desprovida de tais elementos possivelmente será revertida, trazendo ônus à organização e não contribuindo para a efetividade do programa de integridade e dos próprios Códigos de Ética e de Conduta, de modo a prejudicar a criação da almejada cultura de conformidade.

### 5 – Considerações finais

O mundo empresarial vem observando o crescimento de um movimento de governança corporativa que visa à construção de um ambiente de negócios

mais preocupado com questões relativas à transparência, ética e observância às legislações. Tal movimento se traduz, dentre outras formas, nos programas de *compliance*, os quais têm ganhado cada vez mais espaço entre as empresas, assim como no âmbito jurídico como um todo. Como peça fundamental para a instrumentalização desses ideais de conformidade e fruto do exercício de autorregulação da organização, as empresas têm se utilizado de Códigos de Ética e de Conduta, com o intuito de dar maior efetividade aos seus programas e estabelecer princípios e padrões de comportamento a serem observados por todos os seus integrantes.

Considerando que a empresa é composta por diversos sujeitos e relações, é inevitável que tais documentos produzam impactos aos trabalhadores e às relações de trabalho. Da mesma forma, ao instituírem direitos e obrigações, os Códigos se consubstanciam em fonte de Direito do Trabalho, devendo, no que se refere a estes sujeitos e a estas relações, ser analisados sob o prisma juslaboral, com toda sua construção histórica, normas e princípios.

Nesse sentido, o estabelecimento e a aplicação das regras previstas nos Códigos, inclusive no que se refere àquelas de conteúdo disciplinar e sobretudo no caso da dispensa por justa causa, não podem levar em conta apenas a vontade do empregador, devendo observar, imprescindivelmente, as disposições legais sobre a matéria, bem como os princípios de Direito do Trabalho relacionados à temática.

A partir da análise da jurisprudência, verifica-se que os Códigos de Ética e de Conduta das empresas são elementos importantes para amparar e reforçar a aplicação da demissão por justa causa, em uma utilização conjunta com as normas celetistas. Assim, a violação do Código auxilia, de certa forma, na configuração da justa causa.

Ao mesmo tempo, observa-se que a efetividade dos Códigos e do programa de *compliance* como um todo, demonstrada pelo conhecimento dos trabalhadores acerca do conteúdo do Código, por sua aplicação a todos os integrantes da empresa e pela existência de uma cultura organizacional de prevenção e combate a atos ilícitos e de desconformidade, também são levados em conta quando da análise judicial da justa causa.

No entanto, a ausência desses elementos pode contribuir para a invalidação da punição, como, por exemplo, nos casos em que o ato que ensejou a justa causa ser prática comum na empresa.

Ademais, fica clara a necessidade de, quando da aplicação da demissão por justa causa, além de observar as normas legais, considerar-se os princípios

juslaborais relacionados à dispensa por justa causa, amplamente aceitos pela doutrina e jurisprudência, tais como gradação das penalidades, imediatividade da punição, proporcionalidade,nexo causal entre a falta e a penalidade. Menciona-se, ainda, o caráter fundamental dado a um conjunto probatório robusto para demonstração do ato que deu azo à justa causa, sob pena de invalidade da medida.

A aplicação de uma dispensa por justa causa, por sua gravidade, demanda do empregador a realização de um cuidadoso exercício de ponderação entre seu Código de Ética e de Conduta e toda a construção normativa do Direito do Trabalho, sendo imperioso que diante de um ato grave passível de tal medida, preocupe-se não só a punição e o ato em si, mas com o desenvolvimento de estruturas que propiciem cada vez mais efetividade aos Códigos e ao programa de *compliance* como um todo.

### 6 – Referências bibliográficas

BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. *Compliance*. In: CARVALHO, André Castro *et al.* *Manual de compliance*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BRASIL. *Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015*. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm). Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. *Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018*. Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9571.htm). Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016*. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm). Acesso em: 06 maio 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 51*. NORMA REGULAMENTAR. VANTAGENS E OPÇÃO PELO NOVO REGULAMENTO. ART. 468 DA CLT (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 163 da SBDI-1) – Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I – As cláusulas regulamentares, que revoguem ou alterem vantagens deferidas anteriormente, só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento. (...)” Brasília,

## DOCTRINA

DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2005. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_51\\_100.html#SUM-51](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-51). Acesso em: 06 maio 2022.

DAINEZE, Marina. *Códigos de ética empresarial e as relações da organização com seus públicos*. Universidade de São Paulo. Prêmio Ethos-Valor. Categoria Graduação. 2003. v. 3.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte, Fórum: 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das melhores práticas de governança corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

KAPAS, Judit. Mutant-firms in the new economy. *Économie et Institutions*, [s.l], n. 5, p. 81, 2004. Disponível em: <https://journals.openedition.org/ei/856#text>. Acesso em: 06 maio 2022.

OLIVA, Milena Donato; SILVA, Rodrigo Guia. Origem e evolução histórica do *compliance* no direito brasileiro. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (Coord.). *Compliance: perspectivas e desafios dos programas de conformidade*. Belo Horizonte, Fórum: 2018.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO. *Decisões de 2º grau*. Porto Alegre, RS: Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2022. Disponível em: <https://www.trt4.jus.br/portais/trt4/acordaos>. Acesso em: 06 maio 2022.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. *Curso de legislação social: direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Manole, 2021.

Recebido em: 09/05/2022

Aprovado em: 31/05/2022

# INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, TRABALHO HUMANO E AS LEIS DA ROBÓTICA DE ISAAC ASIMOV: QUANDO A FICÇÃO CIENTÍFICA SE TORNA REALIDADE

## *ARTIFICIAL INTELLIGENCE, HUMAN LABOR AND ISAAC ASIMOV'S LAWS OF ROBOTICS: WHEN SCIENCE FICTION BECOMES REALITY*

Rodrigo Goldschmidt\*

Vivian Maria Caxambu Graminho\*\*

RESUMO: O trabalho humano vem sendo colocado em xeque nos últimos anos, ante o crescente emprego de soluções tecnológicas avançadas. Decisões empresariais, calcadas em IA, estão dispensando até mesmo o trabalho humano intelectual, provocando um aumento das taxas de desemprego e a redução do trabalho especializado. Esta pesquisa tem como objetivo analisar os impactos negativos em face das relações laborais, ocasionados pela utilização da IA, partindo-se da sua análise histórica, do estudo dos impactos da IA nas relações laborais e dos mecanismos jurídicos de proteção dos direitos dos trabalhadores. Conclui-se que as leis da robótica de Asimov podem servir de inspiração para se efetivar o direito de proteção dos trabalhadores em face da automação.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial. Trabalho Humano. Leis da Robótica. Dignidade Humana.

*ABSTRACT: Human work has been put in check in recent years, given the growing use of advanced technological solutions. Business decisions, based on AI, are even dispensing with intellectual human work, causing unemployment rates to rise and skilled work to decline. This research aims to analyze the negative impacts on labor relations, caused by the use of AI, starting from its historical analysis, the study of the impacts of AI on labor relations and the legal mechanisms for the protection of workers' rights. Asimov's robotics laws can serve as an inspiration to implement the right to protect workers in the face of automation.*

KEYWORDS: Artificial Intelligence. Human Work. Robotics Laws. Human Dignity.

---

\* Pós-doutorado em Direito pela PUCRS; doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFS; professor e pesquisador do PPGD – Mestrado em Direito – UNESC; juiz do trabalho titular de Vara do TRT12; vice-diretor da Escola Judicial do TRT12 – Biênio 2022/2023. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9812281879332304>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7766-462>. E-mail: [rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br](mailto:rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br).

\*\* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; mestre em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4613024335153299>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6847-1747>. E-mail: [vgraminho@yahoo.com.br](mailto:vgraminho@yahoo.com.br).



## 1 – Introdução

Quem diria que os robôs inteligentes dos contos e livros de Isaac Asimov deixariam o mundo da ficção científica para se tornar realidade! Veículos autônomos, drones voadores, robôs industriais e humanoides, eletrodomésticos inteligentes e assistentes virtuais que, no início da Terceira Revolução Industrial, eram retratados como ficção em filmes e desenhos animados futuristas, hoje, com a Revolução 4.0, fazem parte do cotidiano da sociedade e estão moldando uma nova realidade, modificando o modo de viver dos indivíduos.

De fato, as tecnologias criadas com o advento da Quarta Revolução Industrial estão proporcionando diversos benefícios à sociedade, desde o diagnóstico preciso de doenças, até a possibilidade de construir casas inteligentes, que obedecem a comandos de voz, por intermédio de assistentes virtuais. No entanto, essas tecnologias que facilitam a vida dos indivíduos são as mesmas que ameaçam os direitos fundamentais dos trabalhadores, dentre eles o direito ao trabalho.

Empregadores que antes contavam eminentemente com a mão de obra humana, atualmente, contam com soluções tecnológicas avançadas, como a Inteligência Artificial – IA e a robótica para automatizar suas linhas de produção, com a finalidade de reduzir custos e otimizar a produtividade. A IA é utilizada desde a contratação dos trabalhadores, por intermédio de plataformas digitais que realizam a seleção e o recrutamento, até a gestão e cessação do contrato de trabalho, por meio de sistemas que monitoram e avaliam em tempo real as atividades das equipes.

Além de revolucionar as relações laborais, esse novo arcabouço tecnológico trouxe inúmeras consequências ao mundo do trabalho, dentre elas, a substituição da mão de obra humana pelas máquinas. Inúmeros pesquisadores que se dedicam a estudar o impacto das novas tecnologias no mercado laboral vêm alertando sobre a potencial ameaça aos postos de trabalho, como, por exemplo, Jeremy Rifkin<sup>1</sup>, que há anos aponta os perigos da automação.

A inserção da IA e da robótica nas atividades empresariais também ocasiona o desemprego em massa e provoca a diminuição de trabalho especializado, precarizando ainda mais as relações trabalhistas e fazendo surgir uma nova classe social, que Yuval Noah Harari<sup>2</sup> denomina de “inúteis”. Ainda, pesquisas apontam que a crise instaurada pela Pandemia da Covid-19 parece

---

1 RIFKIN, 2016.

2 HARARI, 2018.

ter agravado os impactos negativos desencadeados pela Quarta Revolução Industrial, acendendo um alerta sobre a necessidade de implementar uma ação reversa, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores e a sua dignidade humana.

Assim, o presente artigo tem por objetivo geral estudar os impactos negativos da automação das relações de trabalho, operada pela inserção da Inteligência Artificial e da robótica nas atividades laborais. No intuito de buscar resposta ao problema apresentado, formula-se a seguinte indagação: há mecanismos jurídicos capazes de proteger a força de trabalho e ao mesmo tempo incentivar o desenvolvimento da tecnologia? Para responder ao questionamento formulado, desenvolve-se o texto em três partes assim dispostas: (a) a primeira, apresenta-se um breve desenho histórico-conceitual da IA na sociedade informacional; (ii) a segunda, analisam-se os impactos do emprego da IA nas relações de trabalho; e, por fim, (iii) a terceira, em que se estudam os mecanismos jurídicos de proteção dos direitos dos trabalhadores em face da automação provocada pela IA, inspirados nas leis da robótica de Isaac Asimov.

Por fim, utilizam-se na presente pesquisa o método de abordagem dedutivo, partindo-se de categorias mais amplas, necessárias para delinear e responder o objeto da presente pesquisa, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica, pautada na consulta de livros, artigos científicos e textos normativos.

## 2 – Contornos histórico-conceituais da Inteligência Artificial na sociedade da informação

Na década em que a *Arpanet*<sup>3</sup> era lançada, anunciando a Era da Informação<sup>4</sup>, tecnologias como robôs inteligentes e assistentes virtuais eram consideradas apenas ficção científica retratada em filmes e séries animadas como

- 
- 3 A primeira rede de computadores, denominada Arpanet, precursora da Internet, entrou em funcionamento em 1º de setembro de 1969, “com seus quatro primeiros nós na Universidade da Califórnia em Los Angeles, no Stanford Research Institute, na Universidade da Califórnia em Santa Bárbara e na Universidade de Utah”, com o objetivo de manter um sistema de comunicação que não fosse vulnerável a ataques nucleares. A tecnologia utilizada permitia o empacotamento de todos os tipos de mensagens, incluindo sons, imagens e dados. Posteriormente, com o crescimento vertiginoso a “rede das redes” passou a se chamar *Internet*, sendo que na década de 1990 foi privatizada, tornando-se uma tecnologia comercial, expandindo-se aos mais variados setores da sociedade (CASTELLS, 2005, p. 82-83).
  - 4 A Era da Informação, marcada pela Revolução da Tecnologia da Informação, possui como características: a) a informação é a matéria-prima; b) penetrabilidade dos efeitos das novas tecnologias, ou seja, os processos existenciais individuais e coletivos são moldados pelo meio tecnológico; c) a rede pode ser implementada em todos os processos e organizações; d) flexibilidade dos processos, organizações e instituições; e) crescente convergência de tecnologias antigas e novas em um sistema integrado (CASTELLS, 2005, p. 108-109).

“Os Jetsons”<sup>5</sup>. No entanto, como salientam Schwab e Davis<sup>6</sup>, a sociedade vive, atualmente, a expansão da Quarta Revolução Industrial, que “constitui um novo capítulo do desenvolvimento humano, motivada pela crescente disponibilidade e interação de um conjunto de tecnologias extraordinárias que foram construídas a partir das três revoluções anteriores”, como, por exemplo, a Inteligência Artificial, a Internet das Coisas (IoT) e a nanotecnologia, que estão cada vez mais aproximando a ficção científica da realidade.

Dentre as tecnologias criadas com o advento da Quarta Revolução Industrial, a que mais vem se destacando atualmente, em razão do seu potencial disruptivo, é a Inteligência Artificial. A referida tecnologia está moldando a sociedade e seu modo de viver, fazendo-se presente no cotidiano das pessoas, seja por intermédio de redes sociais, *smartphones*, tradutores *online*, sistemas de vigilância com reconhecimento facial, *softwares* que auxiliam na contratação de trabalhadores, tecnologia embarcada em automóveis, entre outros.

Os primeiros trabalhos sobre IA datam da década de 1940, porém foi por meio da pesquisa desenvolvida por Alan Turing, na década de 1950, que o tema ganhou notoriedade<sup>7</sup> na comunidade científica<sup>8</sup>. No entanto, a IA somente foi oficialmente lançada<sup>9</sup> em 1956, quando um grupo de pesquisadores resolveu reunir cientistas dos Estados Unidos interessados em discutir teoria de autô-

---

5 O desenho, lançado em 23 de setembro de 1962, retrata uma família futurista que vive, no ano de 2062, em Orbit City. William Hanna e Joseph Barbera imaginavam o ano de 2062 com veículos voadores, trabalhos realizados por máquinas, empregadas robôs, assistentes pessoais, entre outros (NOGUEIRA, 2020).

6 SCHWAB; DAVIS, 2019.

7 Foi por intermédio do artigo “Computing Machinery and Intelligence” que Turing apresentou o famoso “jogo de imitação”, também conhecido como teste de Turing, em que “ilustra a ideia de um cérebro e sua função como um objeto físico cujas propriedades podem ser examinadas como as de qualquer outro, e de sugerir métodos construtivos por meio das quais máquinas inteligentes poderiam ser construídas”. O jogo de imitação é jogado por uma pessoa, um computador e um interrogador, que são mantidos em salas separadas. Se durante o jogo o interrogador não puder distinguir quem é a pessoa e quem é o computador, poder-se-á atribuir à máquina inteligência humana (HODGES, 2001).

8 RUSSEL; NORVIG, 2013.

9 O termo “Inteligência Artificial” foi cunhado pelo cientista John McCarthy na proposta de pesquisa encaminhada aos demais cientistas: “Propomos que um estudo de 2 meses e 10 homens sobre inteligência artificial seja realizado durante o verão de 1956 no Dartmouth College, em Hanover, New Hampshire. O estudo deve prosseguir com base na conjectura de que todos os aspectos da aprendizagem ou qualquer outra característica da inteligência podem, em princípio, ser tão precisamente descritos que uma máquina pode ser feita para simulá-la. Uma tentativa será feita para descobrir como fazer as máquinas usarem a linguagem, formar abstrações e conceitos, resolver tipos de problemas agora reservados aos seres humanos e melhorar a si mesmos. Achamos que um avanço significativo pode ser feito em um ou mais desses problemas se um grupo cuidadosamente selecionado de cientistas trabalhar nele em conjunto durante o verão” (McCARTHY, 1956).

matos, redes neurais e inteligência, de forma que organizaram um seminário de aproximadamente dois meses em Dartmouth College<sup>10</sup>.

Apesar do sucesso inicial das pesquisas sobre IA, o desenvolvimento da referida tecnologia foi marcado por diversos invernos e primaveras. Apesar de a previsão de Herbert Simon de que, em 20 anos, as máquinas seriam capazes de realizar todas as atividades desempenhadas por humanos não se concretizar, o financiamento de agências governamentais e os investimentos privados começaram a diminuir, fazendo com que, por mais de uma década, o termo IA fosse um tabu na indústria da computação<sup>11</sup>. No entanto, após um longo período de inverno, a IA “desabrochou num espetáculo de aplicações chamado primavera, com rápidos avanços, especialmente creditados ao incremento da capacidade de armazenagem de dados e processamento computacional”<sup>12</sup>. Depois de longos períodos de inverno, com a evolução da internet, dos microprocessadores e o aumento da capacidade de processamento e armazenamento de dados, principalmente a partir do início do século XXI, a IA passou a se desenvolver de forma vertiginosa e, atualmente, está presente em praticamente todos os setores da sociedade; exemplo disso é sua utilização no combate à covid-19<sup>13</sup>.

Apesar de se tratar de uma tecnologia que tem sua origem na década de 1950, pesquisadores ainda não chegaram a um consenso no tocante a sua definição. Cientes da dificuldade de definição da IA, o grupo independente de peritos de alto nível sobre Inteligência Artificial, criado pela União Europeia com o objetivo de chegar a um conceito comum, propôs a seguinte definição<sup>14</sup>:

“Os sistemas de inteligência artificial (IA) são sistemas de *software* (e eventualmente também de *hardware*) concebidos por seres humanos, que, tendo recebido um objetivo complexo, atuam na dimensão física ou digital percebendo o seu ambiente mediante a aquisição de dados, interpretando os dados estruturados ou não estruturados recolhidos, raciocinando sobre o conhecimento ou processando as informações resultantes desses dados e decidindo as melhores ações a adotar para atingir o objetivo estabelecido. Os sistemas de IA podem utilizar regras

---

10 RUSSEL; NORVIG, 2013.

11 FRANKISH; RAMSEY, 2014.

12 PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 24.

13 São inúmeras as aplicações da IA na prevenção, detecção e tratamento do coronavírus, podendo-se mencionar como exemplo o projeto desenvolvido pela Secretaria da Saúde do Ceará (Sesa) em parceria com pesquisadores da Universidade de Fortaleza e da Universidade de Lisboa. A plataforma desenvolvida utiliza a IA para analisar exames de raios-x de tórax de pessoas com suspeita ou não da doença, de forma que o sistema poderá ser usado para triagem de pacientes e no auxílio do diagnóstico em hospitais e clínicas (MORAIS, 2020).

14 GPAN IA, 2018.

simbólicas ou aprender um modelo numérico, bem como adaptar o seu comportamento mediante uma análise do modo como o ambiente foi afetado pelas suas ações anteriores.”

A Inteligência Artificial trata-se de um ramo da Ciência da Computação que permite às máquinas desempenharem algumas atividades desenvolvidas por seres humanos e que pode ser dividida basicamente em três categorias: IA Geral, IA Específica e Superinteligência. A IA Geral, também denominada IA Forte, tem como objetivo criar sistemas inteligentes que possuam competências amplas, ou seja, baseia-se nas tarefas e trabalhos que os seres humanos conseguem desempenhar<sup>15</sup>. Na IA Específica (IA Fraca) os sistemas executam tarefas específicas, isto é, são especializados em uma área e um problema de cada vez<sup>16</sup>. Já a Superinteligência “é qualquer intelecto que exceda em muito o desempenho cognitivo dos seres humanos e, virtualmente, todos os domínios de interesse”<sup>17</sup>. Faz-se necessário esclarecer que, apesar do trabalho incessante dos cientistas para alcançar a superinteligência artificial, ainda não há sistemas de IA que ultrapassem o desempenho cognitivo dos seres humanos, tendo em vista que é preciso capacitar as máquinas com “uma ampla gama de novas habilidades: aprendizagem multidomínio; aprendizagem independente do domínio; compreensão de linguagem natural; raciocínio de senso comum, planejamento e aprendizado com um pequeno número de exemplos”, além de ensinar os robôs a terem autoconsciência, humor, amor, empatia e outros sentimentos<sup>18</sup> relativos aos humanos<sup>19</sup>.

Além das categorias supramencionadas, importante analisar também o que se entende por *machine learning* (aprendizado de máquina), *deep learning* (aprendizado profundo), redes neurais e processamento de linguagem natural. Segundo Frankish e Ramsey<sup>20</sup>, aprendizado de máquina é um subcampo da IA que se utiliza de algoritmos para o fim de permitir que sistemas baseados em Inteligência Artificial aprendam, e divide-se em aprendizagem supervisionada<sup>21</sup>,

---

15 PEIXOTO; SILVA, 2019

16 SARMAH, 2019.

17 BOSTROM, 2018, p. 80.

18 Segundo Nick Bostrom, os especialistas divergem acerca da possibilidade de as máquinas adquirirem “inteligência de máquina nível humano” (HLMI), sendo que alguns pesquisadores (10%) apontam que será alcançada até 2022, 50% estimam que será até 2040 e 90% asseveram que será até 2075. Importante destacar, nesse sentido, que não se fala em superinteligência, mas, sim, inteligência igual à dos seres humanos (BOSTROM, 2018, p. 48).

19 LEE, 2019.

20 FRANKISH; RAMSEY, 2014.

21 Na aprendizagem supervisionada, utilizam-se os dados conhecidos para treinar determinado modelo com finalidade de descobrir novos dados (SARMAH, 2019). Geralmente, a aprendizagem supervisionada é usada para classificação e categorização.

aprendizagem não supervisionada (ou auto-organizados)<sup>22</sup> e aprendizagem por reforço<sup>23</sup>. O aprendizado profundo (*deep learning*)<sup>24</sup> “é uma forma específica de *machine learning*, que envolve o treinamento de redes neurais com muitas camadas e unidades”<sup>25</sup> e que se utiliza de uma enorme quantidade de dados com a finalidade de alcançar o resultado almejado<sup>26</sup>. Por sua vez, rede neural é uma coleção de unidades conectadas em que as propriedades de rede são determinadas conforme a sua topologia e propriedades dos neurônios, composta por unidades (nós) conectadas por ligações direcionadas e dispostas em camadas, de modo que cada unidade recebe o *input* a partir das unidades na camada imediatamente anterior<sup>27</sup>. Por fim, o processamento de linguagem natural é um subcampo da Inteligência Artificial que se destina à geração e compreensão da linguagem natural, frequentemente utilizado nos sistemas de tradução automática, de reconhecimento de texto e de reconhecimento de voz<sup>28</sup>.

Nota-se que nos últimos anos o mundo tem assistido ao desenvolvimento vertiginoso da IA, podendo-se mencionar como exemplo os programas de reconhecimento de voz, assistentes pessoais (como a Siri da Apple)<sup>29</sup>, sistemas de reconhecimento óptico, programas de tradução automática, reconhecimento facial, entre outros, sendo que essas tecnologias vêm sendo amplamente empregadas em sistemas de vigilância, de reserva de voos e de negociação de ações, por exemplo, ou seja, não restam dúvidas de que a evolução da Inteligência Artificial está ocasionando profundas mudanças no cotidiano da sociedade, remodelando diversos setores, como o transporte, a educação, a saúde, a economia e as relações de trabalho, como será analisado no tópico a seguir.

- 
- 22 Os algoritmos de aprendizagem não supervisionada não apontam variáveis específicas como alvo ou foco, de forma que tem como objetivo fornecer uma caracterização geral do conjunto de dados completos. São comumente utilizados para agrupamentos, isto é, separar vários indivíduos em grupos “naturais” de acordo com uma ou outra métrica (FRANKSHI; RAMSEY, 2014).
- 23 Na aprendizagem por reforço, o sistema utiliza recompensas positivas e negativas para determinados comportamentos, de maneira que as máquinas podem aprender a otimizar o comportamento de acordo em essas recompensas (SARMAH, 2019).
- 24 Dentre as aplicações mais comuns de aprendizado profundo está a criação de carros autônomos, pois para que sejam treinados a pensar como humanos, é necessário que se tenha uma rede de modelos trabalhando simultaneamente (SARMAH, 2019).
- 25 PEIXOTO; SILVA, 2019.
- 26 LEE, 2019.
- 27 RUSSEL; NORVIG, 2013, p. 842-844.
- 28 FRANKSHI; RAMSEY, 2014.
- 29 A Siri é uma assistente pessoal da Apple, que utiliza aprendizado de máquina para desempenhar diversas atividades, como definir alarmes, localizar fotos, entre outros. Disponível em: <https://www.apple.com/br/siri/>. Acesso em: 19 jan. 2021.

### 3 – Ficção científica ou realidade? O emprego da Inteligência Artificial nas relações de trabalho

Talvez Charlie Chaplin quando escreveu, dirigiu e atuou no filme “Tempos Modernos”, em 1936, não imaginava que, 85 anos mais tarde, as enormes engrenagens da então moderna linha de produção poderiam ser substituídas por robôs e sistemas baseados em Inteligência Artificial. Consoante acima analisado, a referida tecnologia começou a ganhar notoriedade na comunidade acadêmica na década de 1950, com o início da Terceira Revolução Industrial<sup>30</sup>. Porém, foi apenas em 1997, quando um dos melhores jogadores de xadrez do mundo, Garry Kasparov, perdeu uma partida do jogo para o *Deep Blue* (o supercomputador da IBM), que o assunto ganhou destaque na sociedade. Desde então, surgiram diversos sistemas e novas tecnologias (relativas à Quarta Revolução Industrial), amplamente empregadas nos mais variados setores da sociedade, dentre eles nas relações de trabalho.

Veículos autônomos, robôs industriais, humanoides, drones, que no passado eram relegados ao mundo da ficção científica, hoje fazem parte do cotidiano da sociedade, fazendo com que a fronteira entre realidade e ficção fique cada vez mais tênue.

No âmbito das relações laborais, a IA pode ser empregada em diversas atividades, como, por exemplo: 1) *chatbots*, que utilizam linguagem para conversar com as pessoas de maneira natural e pré-programada, reconhecendo nomes e números de telefones e reproduzindo o comportamento humano; 2) aplicações de gestão, úteis para identificar os trabalhadores que estão desempenhando suas atividades com mais eficiência; 3) assistente pessoal, utilizada para marcar reuniões, horários na agenda e atividades do cotidiano, capaz de reconhecer o comando de voz e fornecer informações e soluções ao usuário; 4) mecanismos de segurança, tanto em ataques digitais quanto em situações do cotidiano, como eventos; 5) previsões, por meio de máquinas equipadas com Inteligência Artificial nas empresas que podem ser desenvolvidas para fazer previsões do comportamento humano em determinadas circunstâncias (também utilizada em campanhas de *marketing*, por exemplo, para prever diferentes

---

30 Por volta de 1950, as principais tecnologias da Terceira Revolução Industrial (tecnologias de informação e comunicação – TICs) passaram por evoluções revolucionárias. Segundo os autores, “a capacidade de armazenar, processar e transmitir informações em formato digital deu nova forma a quase todas as indústrias e mudou drasticamente a vida profissional e social de bilhões de pessoas” (SCHWAB; DAVIS, 2019). Manuel Castells assevera que a Revolução Tecnológica (Terceira Revolução Industrial) tem como cerne da transformação as “tecnologias da informação, processamento e comunicação”, que não são apenas ferramentas a serem aplicadas, mas, sim, processos a serem desenvolvidos (CASTELLS, 2005, p. 68-69).

cenários e possíveis resultados); 6) vendas e *marketing*, para detectar o perfil do consumidor, personalizando o atendimento, com praticidade e conforto; e 7) ensino, capaz de fornecer informações e dados ao usuário a qualquer hora do dia<sup>31</sup>.

Além disso, a utilização da Inteligência Artificial no âmbito das relações de trabalho permite realizar a seleção e o recrutamento de empregados, monitorar em tempo integral as atividades das equipes<sup>32</sup>, traçar o perfil de trabalhadores<sup>33</sup>, realizar o registro de ponto por intermédio de sistemas de reconhecimento facial<sup>34</sup>, bem como avaliar, por meio do reconhecimento de emoções, quais trabalhadores estão efetivamente prestando atenção em uma reunião de trabalho<sup>35</sup>.

A IA, além de revolucionar as relações laborais, está trazendo consequências ao mundo do trabalho, tendo em vista a substituição gradativa do trabalho humano pelas máquinas. O desenvolvimento do aprendizado profundo (*deep learning*) ocasionará um forte aumento da produtividade, “mas também de perturbações generalizadas nos mercados de trabalho – e grandes efeitos sociopsicológicos nas pessoas – à medida que a Inteligência Artificial tomar conta dos empregos humanos em todas as indústrias”<sup>36</sup>.

De acordo com Jeremy Rifkin<sup>37</sup>, na atualidade, já existem fábricas que operam praticamente sem trabalhadores, conduzidas por programas de computador, sendo que até mesmo segmentos do mercado de trabalho considerados

31 STEFANINI GROUP, 2018.

32 Empresários do Reino Unido estão utilizando o sistema de IA chamado “Isaak” para monitorar em tempo real as atividades de suas equipes, para verificar quais os trabalhadores mais ativos e colaborativos, e analisar quais são influenciadores ou agentes de mudança. O sistema permite comparar dados de atividades com avaliações qualitativas, verificando o desempenho dos funcionários (BOOTH, 2019).

33 Existem vários sistemas de avaliação *on-line*, os quais permitem traçar o perfil dos candidatos à vaga de emprego, classificando-os por cores, por exemplo. De acordo com o autor, essas ferramentas, que muitas vezes são ocultas, têm a capacidade de analisar toda a vida do candidato, inclusive o seu temperamento (em redes sociais) e a sua criatividade (PASQUALE, 2015).

34 Basta uma simples pesquisa nos *sites* de busca, para encontrar diversas empresas que oferecem sistemas de reconhecimento facial para o controle de ponto. Essas empresas oferecem um sistema de biometria facial que funciona de maneira semelhante aos algoritmos utilizados nas redes sociais (que permitem aos usuários marcar os amigos nas fotos). Assim, por intermédio da biometria o sistema reconhece os traços das faces das pessoas cadastradas nos sistemas (OITCHAU, 2020).

35 Conforme reportagem veiculada no *site* Wired, a plataforma de videoconferência *Headroom*, lançada em 2020, utiliza o reconhecimento de emoções (campo relativamente novo da IA) para medir a temperatura da sala e avaliar quanto os participantes estão prestando atenção a quem está falando durante uma reunião. As métricas são exibidas em uma janela da tela, com o intuito de fornecer ao locutor um *feedback* em tempo real (PARDES, 2020).

36 LEE, 2019.

37 RIFKIN, 2016, p. 151.



difíceis de serem automatizados estão se tornando “vítimas da informatização”, como, por exemplo, a indústria têxtil, o setor de logística<sup>38</sup>, de transportes e de serviços. Assevera o autor que a Primeira Revolução Industrial eliminou o trabalho escravo e servil, a Segunda Revolução Industrial reduziu o trabalho artesanal e agrícola, e a Terceira Revolução Industrial<sup>39</sup> “está provocando o fim da mão de obra em massa assalariada no setor de manufatura e serviços, e o fim do trabalho profissional especializado em grande parte das áreas de conhecimento”<sup>40</sup>.

Verifica-se que a automação e a Inteligência Artificial possuem forte tendência para substituir atividades rotineiras e previsíveis, de maneira que, além das ocupações de tipo manual, haverá substituição de ocupações típicas de profissionais de nível superior, como contadores, administradores e auditores<sup>41</sup>. A ameaça aos postos de trabalho está mais próxima do que se imagina e, segundo especialistas, atingirá tanto aqueles profissionais altamente treinados como também os de baixa escolaridade<sup>42</sup>.

Denota-se, ainda, que a revolução tecnológica, além de ameaçar os postos de trabalho, provocando o desemprego em massa, pode também acarretar a falta de trabalho especializado, fazendo surgir uma nova classe social, que Harari<sup>43</sup> chama de “inúteis”, pois, mesmo que seja possível criar novos empregos, talvez não seja viável reinserir os trabalhadores nessas novas profissões, seja pela falta de habilidade, de especialização, ou, ainda, pela ausência de energia e resistência necessárias para uma vida de mudanças. Conforme a Comissão Global sobre o Futuro do Trabalho, da OIT, os avanços tecnológicos criarão empregos, porém aqueles que ficarem desempregados durante essa transição “poderão ser os menos preparados para aproveitar as novas oportunidades de emprego. As habilidades atuais não corresponderão aos empregos do amanhã e competências recém-adquiridas podem se tornar rapidamente obsoletas”<sup>44</sup>.

É notório, portanto, que a Inteligência Artificial possui uma real capacidade de substituir em larga escala a mão de obra humana, tornando-a irrelevante

---

38 Na corrida pela automação, a Amazon está lançando máquinas para embalar os pedidos dos clientes, automatizando o trabalho realizado por milhares de seus funcionários. A tecnologia escaneia as mercadorias e as envolve rapidamente em caixas feitas sob medida para cada item, sendo que sua implantação nos depósitos da empresa poderá acabar com pelo menos 24 funções (DASTIN, 2019).

39 Para Jeremy Rifkin, o mundo vivencia atualmente a Terceira Revolução Industrial, marcada pela “conjunção da tecnologia de comunicação da internet com as energias renováveis” (RIFKIN, 2012, p. 57).

40 RIFKIN, 2016, p. 159.

41 ARBIX; COMIN, 2020.

42 LEE, 2019.

43 HARARI, 2018.

44 OIT, 2019, p. 18.

ou inútil em diversos segmentos da economia, que vai desde os transportes autônomos até algoritmos de Inteligência Artificial capazes de produzir argumentos, substituindo, por exemplo, o trabalho técnico jurídico<sup>45</sup>. Schwab e Davis alertam que o risco de automação dos empregos é muito maior que nas revoluções industriais anteriores, porém, a taxa de criação de novos postos de trabalho nas indústrias é mais lenta<sup>46</sup>. Os empregos que surgem atualmente demandam maiores conhecimentos técnicos, impondo obstáculos aos trabalhadores menos qualificados<sup>47</sup>.

Ou seja, de forma gradativa, porém cada vez mais acelerada, está se operando uma transição entre o trabalho precarizado, sem cobertura ou com cobertura social insuficiente, para um trabalho humano irrelevante (desnecessário ou inútil), de forma que é necessário encontrar mecanismos que proporcionem ampla proteção aos direitos dos trabalhadores, em face da utilização da Inteligência Artificial e da robótica nas relações de trabalho, seja por intermédio de normas jurídicas, ou, ainda, políticas públicas, consoante será analisado do próximo tópico.

#### **4 – Mecanismos de proteção dos direitos dos trabalhadores em face da utilização da Inteligência Artificial nas relações laborais: contribuições das leis da robótica de Isaac Asimov**

Como visto acima, a Inteligência Artificial e a robótica já fazem parte do cotidiano de diversas empresas e, tendo em vista o potencial disruptivo dessas tecnologias, há uma grande preocupação de que aumentem ainda mais os índices de desemprego, em razão da possibilidade de que robôs e máquinas inteligentes passem a desempenhar atividades exercidas por seres humanos.

De fato, já é possível observar o impacto dessas novas tecnologias no mercado de trabalho brasileiro, ou seja, de acordo com um estudo realizado pelo

45 A IA já faz parte do cotidiano de escritórios de advocacia e do Poder Judiciário. Através das ferramentas disponibilizadas por essa tecnologia é possível realizar o “gerenciamento de dados, elaboração de documentos, análise de diligências (no auxílio de programas de *compliance*, por exemplo), pesquisas, prognósticos de teses jurídicas” (PEIXOTO; SILVA, 2019, p. 115). Além disso, no âmbito do Poder Judiciário sistemas de IA auxiliam no aprimoramento da prestação jurisdicional, como, por exemplo, o programa Elis (criado pelo TJ de Pernambuco, que classifica os processos ajuizados no PJe em relação a divergências cadastrais, competências diversas e possíveis prescrições); o Poti (desenvolvido pelo TJ do Rio Grande do Norte para bloqueio, desbloqueio de contas e emissão de certidões relacionadas ao BACENJUD); o Victor (desenvolvido pelo STF para converter imagens em texto no processo digital, localizar documentos no acervo do Tribunal, separar e classificar peças processuais mais utilizadas, e identificar temas de repercussão geral de maior incidência na Corte), entre outros (CNJ, 2019).

46 SCHWAB; DAVIS, 2019.

47 SCHWAB; DAVIS, 2019.

IPEA, em 2019, atividades tipicamente rotineiras e não cognitivas possuem alto risco de serem automatizadas, ao passo que outras profissões “que integram tanto subtarefas facilmente automatizáveis quanto as de difícil execução por robôs devem sofrer transformações em função do desenvolvimento da tecnologia e da inteligência artificial”<sup>48</sup>. Ainda, estima-se que, caso as empresas resolvam automatizar as profissões que possuem alta chance de automação, aproximadamente 30 milhões de empregos estariam em risco até 2026<sup>49</sup>.

Ademais, a recessão provocada pela covid-19, aliada à adoção de tecnologias, parece ter antecipado o futuro do trabalho. De acordo com Fórum Econômico Mundial, mais de 80% dos líderes empresariais mundiais relataram que pretendem agilizar a automatização de seus processos de trabalho e ampliar o teletrabalho. De outra sorte, 50% dessas empresas afirmaram que têm intenção de acelerar a automação de empregos, sendo que um em cada cinco empregadores espera reduzir permanentemente a sua força de trabalho<sup>50</sup>.

A automatização dos empregos está em ritmo acelerado, de maneira que é necessário implementar uma ação reversa, que tenha o condão de salvaguardar os direitos fundamentais dos trabalhadores, como o direito ao trabalho e à dignidade da pessoa humana. No entanto, indaga-se: quais medidas podem ser tomadas para se usufruir dos benefícios advindos desse novo arcabouço tecnológico e, ao mesmo tempo, proteger a força de trabalho?

Tal medida existe e está contemplada no art. 7º, inciso XXVII, da Constituição Federal, que prevê como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a “proteção em face da automação da forma da lei”. Porém, passados 33 anos da promulgação da Constituição da República, diante da falta de lei regulamentar, essa promessa constitucional se trata de um direito ineficaz dos trabalhadores<sup>51</sup>.

Ocorre que, consoante alerta o Fórum Econômico Mundial<sup>52</sup>, o avanço tecnológico vem trazendo inúmeras consequências ao mercado de trabalho, como o desemprego em massa, o deslocamento de empregos em grande quantidade e a escassez de habilidades, o que exigirá “liderança com propósito

---

48 ALBUQUERQUE *et al.*, 2019, p. 25.

49 ALBUQUERQUE *et al.*, 2019.

50 WEF, 2020.

51 Com vistas a finalidade de conferir maior proteção aos trabalhadores, foram propostos os Projetos de Leis ns. 790/91, 2.313/91, 354/91, 2.902/92, 3.053/97, 34/99, 1.366/99 e 2.611/00, contudo, as propostas foram arquivadas, tendo em vista a justificativa de que os efeitos da automação já estariam superados (MARTINEZ; MALTEZ, 2017). Em 2019, com o objetivo de regulamentar o art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, o deputado Wolney Queiroz propôs o Projeto de Lei nº 1.091/2019 (BRASIL, 2019).

52 WEF, 2020, p. 8.

para chegar a um futuro de trabalho que atenda ao potencial humano e crie prosperidade amplamente compartilhada”; ou seja, não é possível esperar que mais 33 anos se passem para que esse direito fundamental dos trabalhadores seja efetivado. Assim, que venha dos livros de ficção científica a inspiração para regulamentar o referido dispositivo constitucional. Isaac Asimov, autor de diversos livros clássicos de ficção científica, desenhou um futuro em que humanos e robôs conviviam pacificamente, sendo que, para tornar possível essa coexistência, os robôs eram construídos por engenheiros seguindo as três leis da robótica:

“1. Um robô não pode fazer mal a um ser humano ou, por omissão, permitir que um ser humano sofra algum tipo de mal.

2. Um robô deve obedecer às ordens dos seres humanos, a não ser que entrem em conflito com a Primeira Lei.

3. Um robô deve proteger a própria existência, a não ser que essa proteção entre em conflito com a Primeira ou a Segunda Lei.”<sup>53</sup>

Anos mais tarde, Asimov<sup>54</sup> acrescentou a chamada Lei Zero, segundo a qual “um robô não pode prejudicar a humanidade ou, pela inação, permitir que a humanidade seja prejudicada”. Foi denominada “Lei Zero” por ser mais abrangente que as demais, pois, protegendo-se a sociedade humana em geral, estar-se-á zelando também pelos seres humanos. Segundo o autor, “o bem da humanidade em geral tinha precedência sobre o bem de um indivíduo em particular”<sup>55-56</sup>. Denota-se, portanto, que, de acordo com as leis enunciadas, a criação e desenvolvimento de sistemas baseados em novas tecnologias, como a robótica e a Inteligência Artificial, devem ser centrados nos seres humanos, ou seja, a integração dessas ferramentas tecnológicas aos sistemas humanos requer uma orientação sobre como maximizar os benefícios e minimizar os riscos à sociedade.

Importante destacar que, no âmbito das relações laborais, essa abordagem não é diferente. Vale destacar que o direito social ao trabalho é essencial

---

53 ASIMOV, 2002.

54 ASIMOV, 1985, p. 258.

55 ASIMOV, 2002.

56 Em que pese terem sua origem em contos de ficção científica, as leis da robótica de Isaac Asimov influenciaram até hoje cientistas e pesquisadores da IA, bem como são utilizadas para embasar legislações, a exemplo da Resolução do Parlamento Europeu, de 16 e fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2013(INL)), que assim dispõe: “considerando que as Leis de Asimov têm de ser encaradas como dirigindo-se aos criados, aos produtores e aos operadores de robôs, incluindo robôs com autonomia integrada e autoaprendizagem, uma vez que não podem ser convertidas em código de máquina” (UNIÃO EUROPEIA, 2017).

à condição humana, pois é por meio dele que o indivíduo garante acesso a recursos mínimos de sobrevivência, permitindo que tenha uma vida civilizada, com acesso ao lazer, cultura, segurança, vestuário, educação, entre outros, garantindo-se, assim, uma existência digna aos trabalhadores. Denota-se, por conseguinte, que o direito fundamental ao trabalho tem como objetivo proteger o ser humano, como fim em si mesmo, além de garantir a efetividade dos direitos fundamentais, assegurando que as relações laborais tenham condições de dignificar os trabalhadores. Nesse sentido:

“O art. 6º define o trabalho como direito social, mas nem ele nem o art. 7º trazem norma expressa conferindo o direito ao trabalho. Este, porém, ressaí do conjunto de normas da Constituição sobre o trabalho. Assim, no art. 1º, IV, se declara que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, entre outros, os valores sociais do trabalho; o art. 170 estatui que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho, e o art. 193 dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho. Tudo isso tem o sentido de reconhecer o direito social ao trabalho como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também, da República Federativa do Brasil (art. 1º, III). E aqui se entroncam o direito individual ao livre-exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, com o direito social ao trabalho, que envolve o direito de acesso a uma profissão, à orientação e formação profissionais, à livre escolha do trabalho, assim como o direito à relação de emprego (art. 7º, I) e o seguro-desemprego, que visam, todos, entre outros, à melhoria das condições sociais dos trabalhadores.”<sup>57</sup>

O direito fundamental ao trabalho impõe ao Estado o dever de proteção dos trabalhadores, ou seja, cabe a ele zelar, repressiva e preventivamente, pelos direitos fundamentais da classe trabalhadora. Assim, diante do potencial impacto que essas tecnologias podem ocasionar ao mercado de trabalho, tanto no aspecto qualitativo quanto no quantitativo, é necessário refletir sobre o futuro das relações trabalhistas, bem como acerca da adoção de políticas sociais e do fortalecimento da legislação laboral. Nesse sentido, entende-se que os impactos às relações de trabalho podem ser mitigados por meio de políticas públicas, como: a) a criação de leis com o objetivo de normatizar as atividades desempenhadas por robôs e Inteligência Artificial; b) a modificação da cobrança de tributos, para o fim de equilibrar a arrecadação, considerando a possibilidade de

---

57 NASCIMENTO, 2011, p. 292.

as máquinas tomarem o lugar dos trabalhadores; c) a criação de novos sistemas de seguridade social<sup>58</sup>.

Considerando a necessidade de se editar normas e implantar políticas públicas que protejam o trabalhador e a sua dignidade humana, diversos países e organizações internacionais estão se mobilizando para o fim de regulamentar o setor, podendo-se mencionar como exemplo a União Europeia, que editou as Resoluções ns. 2015/2103 (INL) e 2018/2088 (INI) com o objetivo de incentivar o desenvolvimento da robótica e da IA, bem como minimizar seu impacto negativo na sociedade. No âmbito das relações laborais, as resoluções preveem que Estados-Membros: a) identifiquem os riscos e elaborem estratégias para o fim de garantir o desenvolvimento de programas relativos à requalificação e reconversão dos trabalhadores; b) incentivem o desenvolvimento de programas de educação voltados à literacia digital, com o objetivo de facilitar a adaptação dos trabalhadores aos novos postos de trabalho e às mudanças tecnológicas; c) eliminem os obstáculos à entrada no mercado de trabalho; d) lancem iniciativas para apoiar as mulheres no setor digital; e) adotem políticas proativas e repensem a reformulação das políticas de mercado, os regimes de segurança sociais e a tributação, entre outros.

No mesmo sentido, a OCDE, em maio de 2019, adotou a Recomendação do Conselho sobre IA<sup>59</sup>, implementando princípios complementares entre si, para a administração responsável de IA confiável, recomendando aos Estados aderentes que implementem as seguintes recomendações no tocante ao mercado de trabalho:

“a) Os governos devem trabalhar em estreita colaboração com as partes interessadas para se preparar para a transformação do mundo do trabalho e da sociedade. Eles devem capacitar as pessoas a usar e interagir efetivamente com os sistemas de IA em toda a gama de aplicativos, inclusive equipando-os com as habilidades necessárias.

b) Os governos devem tomar medidas, inclusive por meio do diálogo social, para garantir uma transição justa para os trabalhadores à medida que a IA é implantada, como por meio de programas de treinamento ao longo da vida profissional, apoio aos afetados pelo deslocamento e acesso a novas oportunidades no mercado de trabalho.

c) Os governos também devem trabalhar em estreita colaboração com as partes interessadas para promover o uso responsável da IA no

---

58 HORTMANN, 2019, p. 56.

59 O Brasil aderiu à Recomendação da OCDE em 21 de maio de 2019.

trabalho, melhorar a segurança dos trabalhadores e a qualidade dos empregos, promover o empreendedorismo e a produtividade e ter como objetivo garantir que os benefícios da IA sejam compartilhados de maneira ampla e justa.”<sup>60</sup>

No Brasil, apesar da relevância, “o direito social previsto no inciso XXVII do art. 7º da CF vincula-se à norma constitucional de eficácia limitada: para ganhar efetividade, depende de lei ordinária regulamentadora, nos termos do próprio inciso XXVII”<sup>61</sup>, que ainda não foi aprovada. O Projeto de Lei nº 1.091/2019, que tem como objetivo introduzir direitos sociais e previdenciários mínimos à classe trabalhadora, estabelece diretrizes que deverão ser adotadas pelos empregadores antes de implementar novas tecnologias de produção, dentre elas: implantação de programas e processos de readaptação, capacitação para novas funções (art. 5º, §§ 2º e 5º); negociação coletiva prévia (art. 5º, § 3º); pagamento em dobro das verbas rescisórias (art. 8º); vedação de dispensa coletiva em massa (art. 9º); entre outros. No entanto, apesar da urgência, o referido projeto ainda não foi aprovado pela Câmara dos Deputados.

Como salientam Guilherme Guimarães Feliciano e Paulo Douglas Almeida de Moraes<sup>62</sup>, “a inércia legislativa começa a beirar a irresponsabilidade”, principalmente diante das consequências advindas da crise instaurada pela Pandemia da Covid-19, que agravaram as mudanças já desencadeadas pela Quarta Revolução Industrial.

Assim, tomando-se como fundamento as leis da robótica de Asimov, proteger a classe trabalhadora não deve ser um objetivo secundário, de forma que cabe ao Estado zelar pelos direitos fundamentais, editando normas e implantando políticas públicas que protejam o trabalhador e sua dignidade humana, pois a tecnologia deve estar a serviço do ser humano, como determinam os arts. 1º, inciso III, e 170 da Constituição Federal.

## 5 – Conclusão

Consoante restou demonstrado na presente pesquisa, a automatização em substituição aos empregos está em ritmo acelerado, principalmente em decorrência da recessão provocada pela Pandemia da Covid-19, que acabou antecipando as consequências negativas advindas da utilização de tecnologias criadas com o advento da Quarta Revolução Industrial.

---

60 OCDE, 2019.

61 FELICIANO; MORAES, 2019, p. 950.

62 FELICIANO; MORAES, 2019, p. 951.

## DOCTRINA

Pesquisas apontam que grande parte da liderança mundial pretende agilizar a automatização dos processos de trabalho e uma parcela significativa de empresas espera reduzir permanentemente a utilização de mão de obra humana, aumentando, assim, os índices de desemprego. Ainda, além do desemprego massivo, outra consequência da automação é a escassez de habilidades dos trabalhadores, o que poderá torná-los desnecessários ou irrelevantes para o processo produtivo.

Oportuno esclarecer que não se pretende demonizar o desenvolvimento da Inteligência Artificial e da robótica no âmbito das relações laborais; no entanto, é necessário que sua criação, implantação e utilização observem a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores. Consoante determinam as leis da Robótica de Asimov, é preciso buscar medidas que permitam o desenvolvimento de ferramentas tecnológicas centrado no ser humano, preservando e promovendo a sua existência digna.

O direito fundamental ao trabalho impõe ao Estado o dever de proteção dos trabalhadores, inclusive, em face da automação (art. 7º, inciso XXVII, da CF, pendente de regulamentação). Diante da necessidade de editar normas e implantar políticas públicas que protejam os direitos sociais dos trabalhadores, diversos países e organizações internacionais, estão se mobilizando com a finalidade de regulamentar o setor, sem que isso implique frear o desenvolvimento tecnológico. Dentre as diretrizes internacionais, pode-se apontar a adoção de iniciativas que repensem a reformulação de políticas de mercado, os regimes de segurança sociais e a tributação com o objetivo de reequilibrar a arrecadação.

Contudo, consoante restou demonstrado, no Brasil, dentre as inúmeras iniciativas com o intuito de regulamentar o art. 7º, inciso XXVII, da Constituição, apenas o Projeto de Lei nº 1.091/2019 está em trâmite na Câmara dos Deputados, porém, aguardando parecer da Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF), desde 20 de março de 2019, ou seja, a inércia legislativa e a ausência de políticas públicas acabam deixando desamparados inúmeros trabalhadores, que temem as mudanças anunciadas pela Revolução 4.0.

É urgente, portanto, que o Estado busque inspiração nas leis da robótica de Asimov, para o fim de efetivar o direito de proteção da classe trabalhadora em face da automação, salvaguardando, assim, o direito fundamental ao trabalho e à dignidade da pessoa humana, conforme preconizam os arts. 1º, inciso III, e 170 da Constituição Federal.



## 6 – Referências bibliográficas

ALBUQUERQUE, Pedro Henrique Melo *et al.* Na era das máquinas, o emprego é de quem? Estimativa da probabilidade de automação de ocupações no Brasil. *IPEA*. Mar. 2019. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/211408/1/1664569839.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

ARBIX, Glauco; COMIN, Alvaro A. A pandemia, a tecnologia e o trabalho no meio da encruzilhada. *Panorama setorial da internet*. São Paulo, a. 12, n. 4, dez. 2020, p. 13-19. Disponível em: [https://cetic.br/media/docs/publicacoes/6/20201223152932/panorama\\_setorial\\_ano\\_xii\\_n\\_4\\_inteligencia\\_artificial\\_trabalho\\_O%20trabalho%20do%20futuro\\_moldando%20a%20tecnologia%20e%20as%20instituicoes.pdf.pdf](https://cetic.br/media/docs/publicacoes/6/20201223152932/panorama_setorial_ano_xii_n_4_inteligencia_artificial_trabalho_O%20trabalho%20do%20futuro_moldando%20a%20tecnologia%20e%20as%20instituicoes.pdf.pdf). Acesso em: 19 jan. 2021.

ASIMOV, Isaac. *Os robôs e o império*. Rio de Janeiro: Record, 1985.

ASIMOV, Isaac. *Visões de robô*. 2. ed. Rio de Janeiro: Recordo, 2002. *E-book*.

BOOTH, Robert. UK businesses using artificial intelligence to monitor staff activity. *The Guardian*. 7 abr. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2019/apr/07/uk-businesses-using-artificial-intelligence-to-monitor-staff-activity>. Acesso em: 19 jan. 2021.

BOSTROM, Nick. *Superinteligência: caminhos, perigos e estratégias para um novo mundo*. Cajamar: Darkside Books, 2018. *E-book*.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 1.091/2019*. Regula o disposto no inciso XXVII, do art. 7º, da Constituição Federal, que estabelece o direito de o trabalhador urbano e rural ter “proteção em face da automação, na forma da lei”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192959>. Acesso em: 19 jan. 2021.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CNJ. *Judiciário ganha agilidade com uso de inteligência artificial*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/judiciario-ganha-agilidade-com-uso-de-inteligencia-artificial/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

DASTIN, Jeffrey. Amazon rolls out machines that pack orders and replace jobs. *Reuters*. 13 maio 2019. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-automation-exclusive/exclusive-amazon-rolls-out-machines-that-pack-orders-and-replace-jobs-idUSKCN1SJ0X1>. Acesso em: 19 jan. 2021.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MORAES, Paulo Douglas Almeida de. Do direito social à proteção da automação: breves comentários ao PL n. 1.091/2019, da Câmara dos Deputados. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v. 65, n. 100, t. II, p. 947-962, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/51535/Revista%20TRT-3%20-100-tomo-2-401-416.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 10 jan. 2021.

FRANKISH, Keith; RAMSEY, William M. *The Cambridge handbook of artificial intelligence*. United Kingdom: Cambridge University Press, 2014. *E-book*.

GPAN IA. *Uma definição de IA: principais capacidades científicas*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation/guidelines#Top>. Acesso em: 10 ago. 2020.

## DOCTRINA

- HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.
- HODGES, Andrew. *Turing: um filósofo da natureza*. São Paulo: UNESP, 2001. *E-book*.
- HORTMANN, Charize de Oliveira. *Inteligência artificial no mercado de trabalho: prevenção de impactos e a implementação de políticas públicas*. 2019. 121 f. Dissertação (mestrado) – Mestrado em Direitos Humanos, Universidade do Minho, Minho, 2019.
- LEE, Kai-Fu. *Inteligência artificial: como os robôs estão mudando o mundo, a forma como amamos, nos relacionamos, trabalhamos e vivemos*. Rio de Janeiro: Globo, 2019. *E-book*.
- MARTINEZ, Luciano; MALTEZ, Luciana. O direito fundamental à proteção em face da automação. *Revista de Direito do Trabalho e Seguridade Social – RDT*, São Paulo, v. 43, n. 182, p. 21-59, out. 2017. Disponível em: [https://www.academia.edu/37646783/O\\_DIREITO\\_FUNDAMENTAL\\_%C3%80\\_PROTE%C3%87%C3%83O\\_EM\\_FACE\\_DA\\_AUTOMA%C3%87%C3%83O\\_The\\_Fundamental\\_Right\\_To\\_Protection\\_In\\_The\\_Face\\_Of\\_Automation\\_](https://www.academia.edu/37646783/O_DIREITO_FUNDAMENTAL_%C3%80_PROTE%C3%87%C3%83O_EM_FACE_DA_AUTOMA%C3%87%C3%83O_The_Fundamental_Right_To_Protection_In_The_Face_Of_Automation_). Acesso em: 19 jan. 2021.
- MCCARTHY, John. *A proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*. Disponível em: <http://jmc.stanford.edu/articles/dartmouth.html>. Acesso em: 08 set. 2020.
- MORAIS, Débora. Sesa desenvolve sistema de inteligência artificial para diagnóstico de covid-19. *Sesa*. 15 jul. 2020. Disponível em: <https://www.saude.ce.gov.br/2020/07/15/sesa-desenvolve-sistema-de-inteligencia-artificial-para-diagnostico-de-covid-19/>. Acesso em: 19 jan. 2021.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NOGUEIRA, Luiz. ‘Os Jetsons’ completa 58 anos: veja algumas das previsões acertadas pela série. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2020/09/23/cinema-e-streaming/os-jetsons-completa-58-anos-veja-algumas-das-previsoes-acertadas-pela-serie/>. Acesso em: 19 jan. 2021.
- OCDE. OECD/LEGAL/0449. *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*. 21 mai. 2019. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em: 08 set. 2020.
- OIT. *Trabalhar para um futuro melhor*. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms\\_677383.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_677383.pdf). Acesso em: 19 jan. 2021.
- OITCHAU. *Reconhecimento facial: como funciona a nova tecnologia nos sistemas de controle de ponto?* Disponível em: <https://www.oitchau.com.br/blog/como-funcionam-sistemas-de-ponto-por-reconhecimento-facial/>. Acesso em: 19 jan. 2021.
- PARDES, Arielle. AI can run your work meetings now. *Wired*. 24 nov. 2020. Disponível em: [https://www.wired.com/story/ai-can-run-work-meetings-now-headroom-clockwise/#intcid=wired-bottom-recirc\\_bc5008fd-fdf7-4f88-b9b2-c9a306bd53d%E2%80%A6](https://www.wired.com/story/ai-can-run-work-meetings-now-headroom-clockwise/#intcid=wired-bottom-recirc_bc5008fd-fdf7-4f88-b9b2-c9a306bd53d%E2%80%A6). Acesso em: 19 jan. 2021.
- PASQUALE, Frank. *The black box society: the secret algorithms that control money and information*. London: Harvard University Press, 2015.
- PEIXOTO, Fabiano Hartmann; SILVA, Roberta Zumblick Martins da Silva. *Inteligência artificial e direito*. Curitiba: Alteridade, 2019.

## DOCTRINA

RIFKIN, Jeremy. *A terceira revolução industrial: como o poder lateral está transformando a energia, a economia e o mundo*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2012.

RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2016.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência artificial*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. *E-book*.

SARMAH, Simanta Shekhar. Concept of artificial intelligence, its impact and emerging trends. *International Research Journal of Engineering and Technology*, v. 6, 11, nov. 2019. Disponível em: <https://www.irjet.net/archives/V6/i11/IRJET-V6I11253.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2021.

SCHWAB, Klaus; DAVIS, Nicholas. *Aplicando a Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2019. *E-book*.

STEFANINI GROUP. *As 7 principais aplicações de inteligência artificial nas empresas*. Disponível em: <https://stefanini.com/pt-br/trends/artigos/as-7-principais-aplicacoes-de-inteligencia-artificial-nas-empres>. Acesso em: 16 set. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, que contém recomendações à Comissão sobre disposições de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))*. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_PT.html). Acesso em: 15 set. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu, de 12 de fevereiro de 2019, sobre uma política industrial europeia completa no domínio da inteligência artificial e da robótica (2018/2088(INI))*. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0019\\_PT.html](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0019_PT.html). Acesso em: 15 set. 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. *The future of jobs report 2020*. 20 out. 2020. Disponível em: <https://es.weforum.org/reports/the-future-of-jobs-report-2020/digest>. Acesso em: 19 jan. 2021.

Recebido em: 09/05/2022

Aprovado em: 31/05/2022

# PROTEÇÃO À SAÚDE OCUPACIONAL DOS TRABALHADORES EM PLATAFORMAS DIGITAIS

## *OCCUPATIONAL HEALTH PROTECTION OF WORKERS ON DIGITAL PLATFORMS*

Gustavo Carvalho Chehab\*

**RESUMO:** Trata-se de estudo sobre a proteção à saúde ocupacional dos trabalhadores em plataformas digitais. O objetivo é saber se esses trabalhadores, empregados ou autônomos, dispõem de proteção constitucional à saúde no trabalho, qual o seu alcance e o grau de responsabilidade de aplicativos e de empresas fornecedoras de serviços e de produtos. Para isso, utiliza-se pesquisa bibliográfica sobre o direito à saúde, o meio ambiente de trabalho e o trabalho em plataformas digitais e a análise crítica da Constituição e da tênue legislação sobre o tema. Espera-se, ao fim, compreender como se efetiva a proteção à saúde ocupacional dos trabalhadores em plataformas digitais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à Saúde no Trabalho. Plataforma Digital. Responsabilidade.

**ABSTRACT:** This is a study on the protection of workers' occupational health on digital platforms. The goal is to know whether these workers, employees or self-employed, have constitutional protection to health at work, their scope and the degree of responsibility of the digital platform, and service and product delivery companies. A bibliographic research has been carried out on the right to health, on the work environment and on the work on digital platforms. Moreover, a critical analysis of the Constitution and of the rare legislation on the subject has been performed, with the goal to understand how the protection of workers' occupational health on digital platforms can be effective.

**KEYWORDS:** Right to Health at Work. Digital Platform. Responsibility.

### 1 – Introdução

O trabalho atualmente passa por um momento de insegurança, de incerteza e de desproteção, em que há mudanças de demanda do mercado, pressões por produtividade, por competitividade e por eficiência, dificuldades para a aquisição ou para a manutenção do emprego, uma defesa da flexibilidade e de uma política de precarização centrada no aqui e agora<sup>1</sup>. Essa “nova cultura do trabalho” impõe ao trabalhador a adaptação ao risco e à

---

\* *Doutor em Direito (Uniceub/DF); juiz do trabalho substituto (TRT da 10ª Região) e auxiliar da Presidência (TST); professor substituto (UnB/DF) e convidado (Uniceub/DF). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7177214396898947>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2350-6720>. E-mail: [correio.eletronico.do.gustavo@gmail.com](mailto:correio.eletronico.do.gustavo@gmail.com).*

1 BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad líquida*. 3ª reimp. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2004. p. 171-172.

insegurança<sup>2</sup>. O trabalho por plataformas digitais surge na onda da 4ª Revolução Industrial e desafia os profissionais do Direito, particularmente quando atinge direitos fundamentais afetos à dignidade da pessoa humana, como à saúde e ao meio ambiente no trabalho.

O Brasil, em novembro de 2020, possuía 678.528 entregadores e 1.271.219 motoristas de aplicativos sem registro na CTPS, o que totaliza 6% dos 32,3 milhões de trabalhadores por “conta própria”<sup>3</sup>. Apenas 20,88% desses entregadores e 28,21% desses motoristas eram, naquele tempo, contribuintes do INSS<sup>4</sup>. Portanto, há cerca de 1,5 milhão de trabalhadores de aplicativos sem proteção da Seguridade Social, inclusive em caso de acidente de trabalho típico, de trajeto ou por doença ocupacional.

O presente estudo procura refletir sobre a proteção à saúde ocupacional desses trabalhadores, a redução dos riscos psicossociais laborais e a responsabilidade das plataformas digitais e das empresas diretamente beneficiárias de seus serviços, independentemente da configuração ou não da relação de emprego ou da exposição advinda da covid-19.

Para isso, discorre-se sobre o direito à saúde, o meio ambiente de trabalho e o trabalho em plataformas digitais, por meio de pesquisa bibliográfica. Após, propõe-se a análise crítica à luz da Constituição e da tênue legislação a respeito para compreender o alcance e a responsabilidade pela proteção à saúde ocupacional desses trabalhadores.

## 2 – O direito à saúde e o meio ambiente laboral

Cada pessoa humana é fruto indissociável de um conjunto de peculiaridades físicas, biológicas, fisiológicas, psíquicas e culturais que determinam sua individualidade e a distinguem de outra pessoa. Os direitos à vida e à saúde são qualidades que se agregam ao homem<sup>5</sup>, dotando-o de dignidade enquanto pessoa humana. A saúde viabiliza e garante a própria vida humana e, por isso, é pressuposto da dignidade da pessoa humana, devendo ser protegida e respeitada<sup>6</sup>.

---

2 DRUCK, Graça. Flexibilização e precarização: formas contemporâneas de dominação do trabalho. *Caderno CRH*, Salvador, v. 37, n. especial 1, jul./dez. 2002, p. 16.

3 LAPA, Raphael Santos. O trabalho em plataformas digitais e a pandemia da Covid-19: análise dos dados da PNAD Covid-19/IBGE. *Mercado de trabalho: Conjuntura e Análise*, Brasília, IPEA, ano 27, n. 71, abr. 2021, p. 4-5.

4 *Idem*, p. 12-13.

5 CAMARGO, José A. O direito à integridade psicofísica nos direitos brasileiro e comparado. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 26, 2009, p. 270.

6 MAGGIO, Marcelo Paulo; DALLARI, Sueli Gandolfi. A efetivação jurídico-política do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito sanitário*, São Paulo, v. 17, n. 3, fev. 2017, p. 60-61.

## DOCTRINA

Saúde, do latim *salus* (salvação)<sup>7</sup>, é o “estado de completo bem-estar físico, mental e social”<sup>8</sup> e não apenas a ausência de doenças. A saúde compreende as dimensões físicas e corpóreas do indivíduo, sua mente e psique, sua dimensão social e familiar<sup>9</sup> e é uma condicionante indispensável para o pleno exercício dos direitos civis e políticos<sup>10</sup>.

O direito à saúde é um direito fundamental social, um direito de todos e dever do Estado, garantido por políticas sociais e econômicas destinadas à redução do risco de agravos e de doenças e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e tratamento (arts. 6º e 196 da Constituição Federal). Toda pessoa tem o direito de ser respeitada em sua integridade física, psíquica e moral (artigo 5º, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos).

Como direito, a saúde possui, ao mesmo tempo, uma dimensão individual (direito público subjetivo de cada indivíduo<sup>11</sup>) e uma dimensão social ou coletiva (norma programática dirigida ao Poder Público<sup>12</sup>), uma dimensão de defesa e outra de prestação.

“Enquanto direito de defesa, o direito à saúde determina o dever de respeito, num sentido eminentemente negativo, ou seja, não afetar a saúde de alguém, mas, sim, preservá-la. Na dimensão prestacional, imputa o dever, em especial ao Estado, de executar medidas reais e concretas no sentido de fomento e efetivação da saúde da população, circunstância que, neste último caso, torna o indivíduo, ou a própria coletividade, credores de um direito subjetivo a determinada prestação, normativa ou material.”<sup>13</sup>

A saúde deve ser assegurada de forma: a) universal, garantindo-se o acesso às ações e aos serviços para toda a população, em todos os níveis de assistência; b) igualitária, sem discriminação ou privilégio, atendendo a todos

- 7 FLÓREZ, Manuel. *Morfologia latina*. São Paulo: Centro de Noviciado da Legião de Cristo, 2001. p. 301.
- 8 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial de Saúde*. Nova Iorque, 1946, preâmbulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 7 maio 2022.
- 9 OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011. p. 125.
- 10 ECHEVERRI L., Maria Esperanza. Derecho a la salud, Estado y globalización. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, Medellín, Universidad de Antioquia, v. 28, n. especial, mar. 2008, p. 82-83.
- 11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286/RS. 2ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no *DJ* de 24 nov. 2000.
- 12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE. Plenário. Relator Ministro Gilmar Mendes. Publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* de 29 abr. 2010.
- 13 SARLET, Ingo *apud* FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 88.

segundo suas diferenças e igualdades e alcançando a isonomia substancial; e c) integral, em que os serviços de saúde incluam ações de prevenção, de promoção e de tratamento em qualquer nível de complexidade, pois o ser humano é um todo indivisível, não se podendo prestar “meia-saúde”<sup>14</sup>.

No âmbito do trabalho humano, a Saúde no Trabalho procura a prevenção de acidentes e de doenças ocupacionais e a promoção e a proteção da saúde do trabalhador, melhorando as condições e o ambiente do trabalho<sup>15</sup> de qualquer natureza (autônomo, avulso, subordinado, voluntário, eventual, etc.). Seu foco principal é a gestão de riscos profissionais, antecipando, identificando, avaliando e controlando as ameaças à saúde em razão do trabalho.

Goza, ainda, de especial proteção constitucional e em tratados internacionais, o meio ambiente do trabalho, em suas diversas características, organizações, métodos e formas.

A Convenção nº 155 da OIT (artigo 5º, “a” e “b”) dá um amplo alcance ao meio ambiente do trabalho, abarcando instalações, arranjos e componentes materiais do trabalho (como locais; ambientes; ferramentas; maquinários; equipamentos; substâncias; agentes químicos, biológicos e físicos; operações e processos); interações desses com trabalhadores e superiores; e as adaptações às capacidades físicas e mentais dos trabalhadores de maquinário, de equipamentos, do tempo e da organização do trabalho e das operações e dos processos de produção.

O ambiente do trabalho não está adstrito ao interior das fábricas, mas:

“deve abranger tudo que se refira ao *habitat* laboral, mormente o local de trabalho (aberto ou fechado, interno ou externo) e adjacências que nele interfiram, bem como as práticas e métodos de trabalho, a edição, cumprimento e fiscalização das normas de saúde, segurança e higiene do trabalho, a implementação de medidas preventivas de doenças e acidentes do trabalho, a conscientização ou educação de trabalhadores e empresários sobre a necessidade de zelar pelo meio ambiente laboral adequado, a adoção de equipamentos de proteção coletiva e individual dos trabalhadores, a rejeição de máquinas e equipamentos que ponham em risco a saúde e a vida dos trabalhadores, a abolição de contato direto do trabalhador com substâncias nocivas à saúde, entre outros.”<sup>16</sup>

---

14 MAGGIO; DALLARI, *op. cit.*, p. 64.

15 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *ILO list of occupational diseases*. Genebra: OIT, 2010. p. 1-2.

16 SOARES, Evanna. Educação ambiental no trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XV, n. 30, set. 2005, p. 12.

Há diversos fatores laborais que comprometem a higidez do meio ambiente do trabalho e que trazem riscos à saúde do trabalhador. O risco advém do perigo ou da exposição a situações ou a agentes potencialmente agressivos, nocivos, adversos ou lesivos à integridade física ou psíquica de alguém. Classicamente, os riscos afetos ao trabalho eram identificados como fatores ambientais, de ordem física, que podem ser verificados por critérios qualitativos ou quantitativos. Hodiernamente, a Organização Internacional do Trabalho<sup>17</sup>, a Organização Mundial da Saúde<sup>18</sup> e a Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho<sup>19</sup> apontam para a existência de riscos psicossociais originados por fatores organizacionais, pessoais, relacionais e coletivos e que, muitas vezes, estão ligados aos estilos de gestão ou à própria organização do trabalho problemática ou doentia. No Brasil, a Norma Regulamentar 17 (NR 17) faz menções pontuais a fatores ou a condições psicossociais de trabalho.

A promoção do direito à saúde ocupacional e a manutenção de um meio ambiente do trabalho equilibrado em qualquer meio ou iteração, inclusive digital ou por aplicativo informático e em operações como transporte e entrega de bens, de pessoas ou de serviços, compreendem a gestão dos riscos psicossociais do trabalho.

### 3 – O trabalhador de plataforma digital

O toyotismo, modelo de produção flexível surgida no Japão do pós-guerra, trouxe uma descentralização, uma horizontalização, de grande parte do processo produtivo que é transferido para terceiros<sup>20</sup>, que ganha novos contornos com o aprimoramento da informática. O uso das mais avançadas tecnologias de informação trouxe diversas repercussões no mundo do trabalho e em sua organização, como o aparecimento de empresas enxutas, com baixa proteção ao trabalho e intensificação do ritmo das atividades laborais, polivalência do trabalhador, mecanismos de gestão pautados pela pressão psicológica

---

17 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Workplace stress: a collective challenge*. Genebra: ILO Publications, 2016, p. 2. Disponível em: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms\\_466547.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_466547.pdf). Acesso em: 8 maio 2022.

18 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Gestão de riscos psicossociais – Modelo europeu: aspectos chaves*. 2011. Disponível em: [http://www.who.int/occupational\\_health/publications/fact\\_01.pdf](http://www.who.int/occupational_health/publications/fact_01.pdf). Acesso em: 8 maio 2022.

19 UNIÃO EUROPEIA. Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho. *Riscos psicossociais e stresse no trabalho*. Jul. 2013. Disponível em: [https://osha.europa.eu/pt/topics/stress/index\\_html](https://osha.europa.eu/pt/topics/stress/index_html). Acesso em: 8 maio 2022.

20 ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 196.



e incremento da produtividade<sup>21</sup>, que culmina com a 4ª Revolução Industrial ou o Trabalho 4.0<sup>22</sup>.

No início do século XXI, dissemina-se a cultura do compartilhamento e da colaboração social<sup>23</sup>. A economia do compartilhamento baseia-se na ideia – ainda que falsa – de que há uma igualdade entre os participantes da relação comercial<sup>24</sup> e na qual os bens de consumo não utilizados ou subutilizados passam a ter alguma destinação e podem gerar renda (aproveitamento financeiro), inclusive para desempregados, ou menor gasto (redução do desperdício)<sup>25</sup>.

Nesse contexto, a empresa em rede tem a capacidade de se desenvolver organicamente com inovação, sistemas de produção e demanda de mercado<sup>26</sup> e é estimulada a buscar mecanismos e instrumentos que facilitem a rotina das pessoas, cada vez mais interligadas em redes<sup>27</sup>.

A noção de plataforma, como forma de organização do trabalho, não é recente e diz respeito à infraestrutura e ao ambiente que possibilitam a “interação entre dois ou mais grupos”<sup>28</sup>. A empresa passa a ser um mero eixo que coordena diversos contratos, pois suas relações contratuais (com empregados, clientes, fornecedores, credores, entre outros) são um aspecto essencial de sua constituição<sup>29</sup>. A empresa é “basicamente um local de troca”, em que se promove o encontro entre a demanda e a procura<sup>30</sup>.

21 ANTUNES, Ricardo; PRAUN, Luci. A sociedade dos adoecimentos no trabalho. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 123, jul./set. 2015, p. 409 e 411. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ssoc/n123/0101-6628-ssoc-123-0407.pdf>. Acesso em: 7 maio 2022.

22 MOREIRA, Teresa Coelho. Revolução 4.0. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 56, jan./jun. 2020, p. 26-27 e 29-35.

23 GAIA, Fausto Siqueira. *As novas formas de trabalho no mundo dos aplicativos: o caso “UBER”*. Tese de Doutorado (em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2018, p. 210. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21889/2/Fausto%20Siqueira%20Gaia.pdf>. Acesso em: 7 maio 2022.

24 SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado*. São Paulo: Elefante, 2017. p. 24.

25 MELO, Geraldo Magela. A uberização do trabalho doméstico: limites e tensões. In: LEME, Ana Carolina R. Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende (Coord.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017. p. 221.

26 CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2015. p. 69.

27 GAIA, *op. cit.*, p. 211.

28 CARELLI, Rodrigo de Lacerda; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *As plataformas digitais e o direito do trabalho: como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no século XXI*. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 49.

29 HART, Oliver. An economist's perspective on the theory of the firm. *Columbia Law Review*, Chicago, v. 89, n. 7, nov. 1989, p. 1763-1765. Disponível em: [https://josephmahoney.web.illinois.edu/BA549\\_Fall%202010/Session%204/Hart%20\(1989\).pdf](https://josephmahoney.web.illinois.edu/BA549_Fall%202010/Session%204/Hart%20(1989).pdf). Acesso em: 7 maio 2022.

30 LANGLEY; LEYSHON *apud* CARELLI; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 52.

Rodrigo Carelli e Murilo Sampaio Oliveira<sup>31</sup>, citando diversas empresas e modelos de negócio, destacam que as diversas plataformas digitais diferenciam-se, entre outros fatores, pelo modo de atuação, pela forma e pela natureza do produto ou do serviço ofertado.

O modelo de negócios que originou o fenômeno conhecido como “uberrização” ou *gig economy* nasceu a partir da necessidade pessoal de seus desenvolvedores Travis Kalanick e Garrett Camp, que, durante uma forte nevasca em Paris, em 2008, não conseguiram solicitar um serviço de taxi e, por isso, tiveram a ideia de conceber um aplicativo que, mediante um mero acionamento, conecta, a qualquer momento, passageiro e motorista que estivesse disponível<sup>32</sup>.

As plataformas digitais surgem e têm, como parte principal ou dominante, “um trabalhador, que se coloca à disposição para prestar pessoalmente serviços oferecidos digitalmente”<sup>33</sup>. Em outras palavras:

“As plataformas digitais de trabalho seriam infraestruturas digitais que possibilitam a interação de dois ou mais grupos tendo como objeto principal o trabalho intensivo, sempre considerando como plataforma não a natureza do serviço prestado pela empresa, mas sim o método, exclusivo ou conjugado, para realização do negócio empresarial.”<sup>34</sup>

Dependendo da forma e do modo de atuação, os trabalhadores de plataformas digitais poderão: a) ser conectados diretamente pela plataforma ao usuário cliente, em que o aplicativo serve de infraestrutura de interação entre eles; ou b) estar vinculados, isto é, prestando serviços ou estarem à disposição de um único beneficiário (ou a um número determinável), em que há, pelo menos, quatro sujeitos envolvidos na relação de trabalho: o aplicativo, o fornecedor do produto ou do serviço, o usuário do aplicativo e o trabalhador. Nesse caso, o trabalhador atua diretamente no transporte ou na entrega, em favor do fornecedor do serviço oferecido ao usuário que se conectou ao aplicativo.

A natureza da relação de trabalho entre o trabalhador e a plataforma digital – autônoma ou empregatícia – tem sido alvo de amplo debate na doutrina e na jurisprudência. Só para ilustrar, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho (TST) há decisões de Turmas em sentido colidentes, ora negando o vínculo

---

31 CARELLI; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 59-61.

32 GAIA, *op. cit.*, p. 211.

33 CARELLI; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 53.

34 *Idem*, p. 70.

(TST AIRR 1001256-86.2021.5.02.0084, 4ª Turma<sup>35</sup>), ora reconhecendo (TST RR 100353-02.2017.5.01.0066, 3ª Turma<sup>36</sup>).

Para Rodrigo Carelli e Murilo Sampaio Oliveira<sup>37</sup> não se pode, *a priori*, considerar tais trabalhadores como autônomos ou como empregados, pois, se a plataforma apenas se limitar a construir ponto de encontros entre pessoas e não interferir na prestação de serviços, o trabalho será autônomo, mas se, ao contrário, a plataforma estabelecer mecanismos de controle e de ordenação (como precificação, punição, ordenação, etc.), organizando e dirigindo o trabalho, será ela empregadora.

Diversamente dos direitos e das verbas trabalhistas típicos, em que a relação de emprego é condição *sine qua non* para o reconhecimento deles, o direito à saúde é universal, igualitário, e subsiste independentemente da natureza do vínculo do trabalhador de plataforma digital ou da presença de outras espécies de subordinação. Por imperativo constitucional, a operadora do aplicativo e, se for o caso, as empresas fornecedoras de produtos ou de serviços a terceiros devem conservar o meio ambiente do trabalho equilibrado, proteger e promover a saúde no trabalho e eliminar ou atenuar os riscos psicossociais à saúde desse trabalhador.

#### 4 – A proteção à saúde ocupacional do trabalhador em plataforma digital

A Constituição Federal já fez uma escolha quando se contrapõem saúde/trabalho com livre-iniciativa/propriedade, condicionando esses bens constitucionais àqueles.

A livre iniciativa nada mais é do que o trabalho humano prestado para si ou em favor de si e, como trabalho que é, tem a mesma dignidade e valor do que o trabalho realizado em favor de outrem.

Ao tratar da livre iniciativa, a Constituição a contrapõe com o valor social do trabalho (arts. 1º, IV, e 170), revelando que ela é assegurada enquanto o observar, pois o trabalho goza de primazia na ordem social (art. 193). Da mesma forma, a propriedade não é um direito constitucional absoluto, pois seu uso e seu gozo estão sujeitos a um “valor social” (arts. 5º, XXIII, e 170, III).

---

35 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1001256-86.2021.5.02.0084. 4ª Turma. Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho. Publicado no *DEJT* de 6 maio 2022.

36 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 100353-02.2017.5.01.0066. 3ª Turma. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. Publicado no *DEJT* de 11 abr. 2022.

37 CARELLI; OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 175-176.

Há, pois, uma submissão do interesse particular em relação ao interesse social. Esse condiciona o titular da coisa a observar uma responsabilidade no seu uso, na sua fruição e na sua disposição.

A ordem econômica tem, dentre seus princípios, a função social da propriedade e a defesa do meio ambiente, inclusive em face do impacto ambiental dos produtos e de serviços e de seus processos de elaboração e de prestação (art. 170, III e VI).

A Constituição assegura o trabalho seguro, ao determinar a redução dos riscos à saúde inerentes ao trabalho (art. 7º, XXII), eleva a *status* de proteção constitucional o meio ambiente do trabalho (art. 200, VIII), estabelece a universalidade do direito à saúde (art. 196), resguardando, inclusive, a saúde do trabalhador (art. 200, II), seja qual for seu regime e a natureza de trabalho.

Diversos tratados internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 12) e as Convenções da OIT (particularmente as de ns. 155 e 161), incorporados ao direito brasileiro pelo menos como normas supraleais<sup>38</sup>, garantem que o trabalho humano está sujeito à proteção contra os riscos laborais à saúde humana.

Não há, pois, um conflito entre livre-iniciativa e trabalho saudável, entre propriedade e meio ambiente do trabalho equilibrado, entre direitos afetos ao empregador (tomador ou fornecedor de serviços) e direito à saúde. “O trabalho humano, livremente organizado e utilizando-se dos fatores de produção (...), deve, necessariamente e impreterivelmente, resguardar a integridade física e psíquica do trabalhador”<sup>39</sup>, seja ele empregado ou não.

Por isso, qualquer que seja o ambiente e a forma em que o trabalho é realizado, o desenvolvimento de qualquer atividade econômica produtiva – autônoma, empregatícia ou de qualquer outra natureza – deve observar a sustentabilidade e a salubridade do ambiente de trabalho, respeitar a dignidade da pessoa humana e os direitos da personalidade do trabalhador afetos a sua integridade física, psíquica, moral, intelectual e social<sup>40</sup> e eliminar ou atenuar os riscos psicossociais do trabalho.

---

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 95.967-9/MS. 2ª Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Publicado no *Diário de Justiça da União* de 28 nov. 2008.

39 CHEHAB, Gustavo Carvalho. *O direito sanitário e ambiental do trabalho como impositivo de uma política de saúde mental no trabalho*. Tese de Doutorado (em Direito). Centro Universitário de Brasília: Brasília, 2019. p. 100.

40 ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado: proteção à saúde do trabalhador. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, Curitiba, n. 23, v. 2, out. 2013, p. 49.

O art. 7º, XXII, da Constituição, que coíbe degradações ambientais no trabalho<sup>41</sup>, ainda que de ordem psicossocial, estende-se a todos os ambientes laborais, inclusive aqueles prestados por meio de plataforma digital, e alcança a todos que se utilizam ou se aproveitam do trabalho humano.

O operador da plataforma digital, que contrata ou se utiliza de trabalhadores e oferece seus serviços a terceiros, detém a responsabilidade constitucional de reduzir os riscos profissionais à saúde desses trabalhadores, de preservar a saúde ocupacional deles e de manter hígidas as condições ambientais de trabalho, podendo responder diretamente pelos danos causados a eles, nos termos dos arts. 5º, V e X, da Constituição Federal, e 186, 187 e 927 do Código Civil.

Também aquele que horizontaliza ou descentraliza serviços (como os de entregas) pela utilização de mão de obra por meio de plataforma digital também atrai para si a responsabilidade direta, pois optou em utilizar tal serviço quando o contratou. Incumbe-lhe assegurar o respeito à vida, à segurança e à saúde no trabalho e a integridade psicofísica do trabalhador.

Se a empresa fornecedora do serviço ou do produto e a operadora do aplicativo unem-se para tirar o aproveitamento econômico de atividade de um trabalhador humano, então ambos concorrem para o mesmo fim e a responsabilidade deles é solidária, na forma do art. 264 do Código Civil.

Será objetiva a responsabilidade do aplicativo e/ou do fornecedor do serviço quando houver riscos ocupacionais inerentes à própria atividade exercida ou ao serviço prestado (art. 927, parágrafo único, do Código Civil). Isso acontece, por exemplo, no caso dos motoqueiros entregadores de aplicativos, pois a própria legislação já considera essa atividade como perigosa (art. 193, § 4º, da CLT com redação dada pela Lei nº 12.997/2014).

Ainda que se afaste a responsabilidade objetiva, haverá a responsabilidade subjetiva quando o dano à saúde ocupacional do trabalhador em plataforma digital decorrer de dolo ou de negligência, de imprudência ou de imperícia na conduta, comissiva ou omissiva, do aplicativo ou do fornecedor de bens e de serviços (art. 7º, XXII, da Constituição). Isso pode acontecer em situações como a má eleição ou a má escolha de certo meio para execução da atividade, a ausência de fiscalização ou de treinamento, incúria na assistência pós-acidente ou doença.

Afastada a solidariedade da empresa fornecedora do bem e do serviço que se utiliza diretamente do trabalhador de aplicativo, poderá ela responder

---

41 ANDRADE, Laura Martins Maia de. *Meio ambiente do trabalho e ação civil pública trabalhista*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 109.

de forma subsidiária pelo infortúnio laboral quando houver a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, caso haja mera intermediação de mão de obra (art. 5-A, §§ 3º e 5º, da Lei nº 6.019/74 e Súmula nº 331, IV, do TST) ou ser a responsável direta, se for a contratante real e única do trabalhador. Tal empresa tem o dever de avaliar os riscos psicossociais do trabalho de dano à saúde do trabalhador, eliminá-los e, não sendo possível, atenuá-los, inclusive, fornecendo equipamento de proteção individual e treinamento.

A Lei nº 14.297/2022 previu algumas medidas de proteção ao entregador de empresa de aplicativo de entrega durante a vigência da emergência de saúde pública no Brasil decorrente da infecção da covid-19, como assegurar assistência financeira aos contaminados pelo SARS-CoV-2, contratar seguro contra acidentes e fornecer informações sobre os riscos e os cuidados necessários em razão da covid-19.

Essa lei não promoveu a saúde laboral de forma integral, mas parcial, sob o ponto de vista objetivo (ateve-se a certas medidas de enfrentamento da covid-19), temporal (enquanto perdurar a emergência sanitária), ou subjetivo (resguardando apenas trabalhadores de entregas e responsabilizando apenas a empresa de entrega por aplicativo). Ainda que seja um primeiro passo para o reconhecimento do direito à saúde ocupacional de trabalhadores de plataforma digitais, a Lei nº 14.927/2022 passou longe de garantir as dimensões universal, igualitária e integral do direito à saúde no trabalho.

Como não há meia saúde e o imperativo constitucional é de promover a todos a saúde, o meio ambiente de trabalho equilibrado e a redução dos riscos laborais, parece lógico que tal proteção aos trabalhadores das plataformas digitais não se restringe ao período da pandemia do coronavírus, aos entregadores por aplicativo, a certas empresas de aplicativos ou aos casos de covid-19, diversamente do que faz crer a Lei nº 14.297/2022.

O 20º Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho<sup>42</sup>, reunido entre os dias 27 e 30 de abril de 2022, aprovou tese por mim defendida e incorporada pela Amatra 10, assim ementada:

“PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR EM PLATAFORMAS DIGITAIS. I – São responsáveis pela proteção à saúde e pela redução dos riscos laborais dos trabalhadores de plataformas digitais: a) a empresa fornecedora do meio digital que contrata ou seleciona

---

42 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 20º Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. *Teses aprovadas*. Ipojuca, 30 abr. 2022, tese 5, comissão 1. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/conamat/20-edicao>. Acesso em: 7 maio 2022.

esses trabalhadores; b) a empresa que se utiliza dos serviços desses trabalhadores para prestar serviços a terceiros. II – A responsabilidade da empresa fornecedora da plataforma digital e da empresa beneficiada por esse serviço é solidária. III – É possível a responsabilização objetiva ou subjetiva desses contratantes ou beneficiárias do trabalho humano em plataforma digital. IV – A proteção à saúde desses trabalhadores não está adstrita ao período da pandemia do coronavírus ou aos casos de covid-19, diversamente do que faz crer a Lei nº 14.297/2022.”

Não há dúvida de que, independentemente da natureza de relação de trabalho, o trabalhador de plataformas digitais tem o direito de proteção à sua saúde ocupacional, cabendo às empresas de aplicativo e a fornecedora do produto ou do serviço, que se beneficiam desse trabalho, assegurarem o direito à saúde ocupacional no trabalho, a redução dos riscos laborais e o meio ambiente do trabalho equilibrado. Havendo dano à saúde laboral, poderá haver responsabilidade direta, solidária ou subsidiária, se for o caso, e objetiva ou subjetiva, dependendo da atividade ou do serviço prestado.

### 5 – Conclusão

A saúde é um direito fundamental para todos, sendo dever do Estado garanti-la e de todos em respeitá-la. A saúde é um direito individual e social, possui uma dimensão de defesa e outra de prestação e precisa ser assegurada de forma universal, igualitária e integral, não havendo “meia saúde”.

A saúde no trabalho objetiva a prevenção de acidentes e de doenças ocupacionais, a promoção e a proteção da saúde do trabalhador e melhoria das condições e do ambiente laboral. A promoção da saúde no trabalho compreende a gestão dos fatores laborais de riscos psicossociais.

Novas formas de trabalho flexível estão surgindo com a Revolução 4.0, entre as quais as fundadas em cultura de compartilhamento e de colaboração social, cujas premissas – ainda que falsas – são de que há uma igualdade entre os participantes da relação negocial e de que os bens de consumo subutilizados podem ser destinados a gerar renda, inclusive para desempregados. Aprimorou-se a concepção de plataforma, como forma de organização do trabalho, e de empresa como mero eixo que coordena diversos contratos ou como local de troca e de encontro entre demanda e procura.

As plataformas digitais de trabalho são infraestruturas tecnológicas (aplicativos) que possibilitam que o trabalhador se coloque à disposição para prestar os serviços de um negócio empresarial demandados pelo usuário. Há várias

formas e modos de atuação das plataformas digitais, inclusive, o que interliga o usuário e o trabalhador e o que possibilita a vinculação com um prestador de serviço ou de produto. Existem embates sobre a existência de vínculo de emprego ou autonomia desses trabalhadores, mas que não elidem o direito à saúde ocupacional desses trabalhadores.

A Constituição Federal condiciona a livre-iniciativa e a propriedade à saúde e ao trabalho; assegura o trabalho seguro, a redução dos riscos à saúde inerentes ao trabalho, o meio ambiente do trabalho hígido e a universalidade do direito à saúde; e resguarda a saúde do trabalhador independentemente do regime de trabalho (arts. 1º, IV, 5º, XXIII, 7º, XXII, 170, *caput* e III, 193, 196 e 200, II e VIII). A livre-iniciativa é o trabalho prestado para si ou em favor de si e, como tal, não tem valor maior do que o trabalho realizado em favor de outrem. A ordem econômica está sujeita à função social da propriedade e à defesa do meio ambiente (art. 170, III e VI). O trabalho humano, ainda que livremente organizado, deve, necessária e impreterivelmente, resguardar a saúde ocupacional de qualquer trabalhador, empregado ou não.

O operador da plataforma digital, que contrata ou se utiliza de trabalhadores e oferece seus serviços a terceiros, detém a responsabilidade de reduzir os riscos à saúde desses trabalhadores, de gerir os riscos psicossociais do trabalho e de preservar a saúde deles, e responde pelos danos causados a eles (arts. 5, V e X, da Constituição Federal, e 186, 187 e 927 do Código Civil). Também os fornecedores de serviços e de produtos que, por meio de plataforma digital, utilizem mão de obra atraem para si tal responsabilidade.

A princípio, a responsabilidade de ambos é solidária (art. 264 do Código Civil) e objetiva quando o risco à saúde decorrer da própria atividade exercida ou do serviço prestado (art. 927, parágrafo único, do Código Civil). Porém, há margem para a responsabilidade subsidiária (art. 5-A, §§ 3º e 5º, da Lei nº 6.019/74), direta ou subjetiva (art. 7º, XXII, da Constituição).

A Lei nº 14.297/2022 assegurou alguma responsabilidade de empresa de *delivery* por aplicativo, sem observar as dimensões universal, igualitária e integral do direito à saúde ocupacional. Como não há meia saúde, a proteção à saúde laboral dos trabalhadores das plataformas digitais transcende às limitações objetivas, temporais e subjetivas da Lei nº 14.297/2022.

Logo, independentemente da natureza da relação de trabalho, o trabalhador de plataforma digital tem o direito de proteção a sua saúde ocupacional. O aplicativo e o eventual fornecedor de produto ou de serviço têm responsabili-



dades em garantir o direito à saúde no trabalho, reduzir os riscos psicossociais laborais e preservar o meio ambiente do trabalho equilibrado.

### 6 – Referências bibliográficas

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Meio ambiente do trabalho saudável e equilibrado: proteção à saúde do trabalhador. *Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, Curitiba, n. 23, v. 2, out. 2013.

ANDRADE, Laura Martins Maia de. *Meio ambiente do trabalho e ação civil pública trabalhista*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade no mundo do trabalho. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

ANTUNES, Ricardo; PRAUN, Luci. A sociedade dos adoecimentos no trabalho. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 123, jul./set. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n123/0101-6628-sssoc-123-0407.pdf>. Acesso em: 7 maio 2022.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 20º Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. *Teses aprovadas*. Ipojuca, 30 abr. 2022, tese 5, comissão 1. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/conamat/20-edicao>. Acesso em: 7 maio 2022.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad líquida*. 3ª reimp. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 271.286/RS. 2ª Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no *DJ* de 24 nov. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 95.967-9/MS. 2ª Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie. Publicado no *Diário de Justiça da União* de 28 nov. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175/CE. Plenário. Relator Ministro Gilmar Mendes. Publicado no *Diário de Justiça Eletrônico* de 29 abr. 2010.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista 100353-02.2017.5.01.0066. 3ª Turma. Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado. Publicado no *DEJT* de 11 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 1001256-86.2021.5.02.0084. 4ª Turma. Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho. Publicado no *DEJT* de 6 maio 2022.

CAMARGO, José A. O direito à integridade psicofísica nos direitos brasileiro e comparado. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 26, 2009.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda; OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. *As plataformas digitais e o direito do trabalho: como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no século XXI*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2015.

## DOCTRINA

CHEHAB, Gustavo Carvalho. *O direito sanitário e ambiental do trabalho como impositivo de uma política de saúde mental no trabalho*. Tese de Doutorado (em Direito). Centro Universitário de Brasília: Brasília, 2019.

DRUCK, Graça. Flexibilização e precarização: formas contemporâneas de dominação do trabalho. *Caderno CRH*, Salvador, v. 37, n. especial 1, jul./dez. 2002.

ECHEVERRI L., Maria Esperanza. Derecho a la salud, Estado y globalización. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*, Medellín, Universidade de Antioquia, v. 28, n. especial, mar. 2008.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FLÓREZ, Manuel. *Morfologia latina*. São Paulo: Centro de Noviciado da Legião de Cristo, 2001.

GAIA, Fausto Siqueira. *As novas formas de trabalho no mundo dos aplicativos: o caso “UBER”*. Tese de Doutorado (em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2018. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/21889/2/Fausto%20Siqueira%20Gaia.pdf>. Acesso em: 7 maio 2022.

HART, Oliver. An economist's perspective on the theory of the firm. *Columbia Law Review*, Chicago, v. 89, n. 7, nov. 1989. Disponível em: [https://josephmahoney.web.illinois.edu/BA549\\_Fall%202010/Session%204/Hart%20\(1989\).pdf](https://josephmahoney.web.illinois.edu/BA549_Fall%202010/Session%204/Hart%20(1989).pdf). Acesso em: 7 maio 2022.

LAPA, Raphael Santos. O trabalho em plataformas digitais e a pandemia da Covid-19: análise dos dados da PNAD Covid-19/IBGE. *Mercado de Trabalho: Conjuntura e Análise*, Brasília, IPEA, ano 27, n. 71, abr. 2021.

MAGGIO, Marcelo Paulo; DALLARI, Sueli Gandogf. A efetivação jurídico-política do direito à saúde no Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito sanitário*, São Paulo, v. 17, n. 3, fev. 2017.

MELO, Geraldo Magela. A uberização do trabalho doméstico: limites e tensões. In: LEME, Ana Carolina R. Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES Jr., José Eduardo de Resende (Coord.). *Tecnologias disruptivas e a exploração do trabalho humano: a intermediação de mão de obra a partir das plataformas eletrônicas e seus efeitos jurídicos e sociais*. São Paulo: LTr, 2017.

MOREIRA, Teresa Coelho. Revolução 4.0. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 56, jan./jun. 2020.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *ILO list of occupational diseases*. Genebra: OIT, 2010.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Workplace stress: a collective challenge*. Genebra: ILO Publications, 2016. Disponível em: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms\\_466547.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_466547.pdf). Acesso em: 8 maio 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Constituição da Organização Mundial de Saúde*. Nova Iorque, 1946, preâmbulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 7 maio. 2022.

## DOUTRINA

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Gestão de riscos psicossociais – modelo europeu: aspectos chaves*. 2011. Disponível em: [http://www.who.int/occupational\\_health/publications/fact\\_01.pdf](http://www.who.int/occupational_health/publications/fact_01.pdf). Acesso em: 8 maio 2022.

SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado*. São Paulo: Elefante, 2017.

SOARES, Evanna. Educação ambiental no trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, ano XV, n. 30, set. 2005.

UNIÃO EUROPEIA. Agência Europeia para a Segurança e Saúde no Trabalho. *Riscos psicossociais e stresse no trabalho*. Jul. 2013. Disponível em: [https://osha.europa.eu/pt/topics/stress/index\\_html](https://osha.europa.eu/pt/topics/stress/index_html). Acesso em: 8 maio 2022.

Recebido em: 09/05/2022

Aprovado em: 31/05/2022

# SOCIEDADE DO RISCO E SUA REPERCUSSÃO NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

## *RISK SOCIETY AND ITS REPERCUSSION ON THE WORK ENVIRONMENT*

Paulo Eduardo Vieira de Oliveira\*

Thamiris Cristina Rebelato\*\*

Willian de Melo\*\*\*

**RESUMO:** O presente artigo tem por objetivo analisar o conceito de risco a partir do pensamento de Ulrich Beck e Anthony Giddens, relacionando o conceito de sociedade de risco com situações vivenciadas no meio ambiente laboral. A partir dos contornos conceituais do risco e da sociedade de risco, identifica-se a dinâmica da distribuição de riscos na sociedade moderna e industrial, relacionando-se riscos e pobreza. Em seguida, descreve-se e conceitua-se o aspecto do meio ambiente, estabelecendo, a partir daí e com o auxílio de alguns exemplos, a relação existente entre meio ambiente de trabalho e sociedade de risco.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sociedade de Risco. Meio Ambiente de Trabalho. Sociedade Industrial. Modernidade.

**ABSTRACT:** *This article aims to analyze the concept of risk from the perspective of Ulrich Beck and Anthony Giddens, relating the concept of risk society with situations experienced in the work environment. Based on the concepts of risk and risk society, the dynamics risk distribution in modern industrial societies are identified, in which risks and poverty are related. Subsequently, the work environment and its concept are described, in order to establish its relation to risk society, with the help of examples.*

**KEYWORDS:** *Risk Society. Work Environment. Industrial Society. Modernity.*

### 1 – Introdução

Este artigo tem por objetivo analisar o conceito de risco a partir do pensamento de Ulrich Beck e Anthony Giddens, bem como a ideia de sociedade de risco construída na obra do primeiro autor, estabelecendo de que forma tais concepções podem ser relacionadas ao meio ambiente de trabalho.

---

\* Livre-Docente em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Lattes: 7385410938880501. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8937-9958>. E-mail: pauloevo@terra.com.br

\*\* Mestranda pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, com linha de pesquisa em Constitucionalismo e Democracia. Lattes: 0484941660671958. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8019-7277>. E-mail: [thamirisrebelato.adv@gmail.com](mailto:thamirisrebelato.adv@gmail.com).

\*\*\* Mestrando pela Faculdade de Direito do Sul de Minas, com linha de pesquisa em Constitucionalismo e Democracia. Lattes: 6824161992548407. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0798-7018>. E-mail: [williandemelo81@gmail.com](mailto:williandemelo81@gmail.com).

Para isso, busca-se inicialmente apresentar algumas das principais ideias de Ulrich acerca dos contornos históricos e sociais do risco na modernidade, abordando, em seguida, alguns pontos da obra de Anthony Giddens.

Em Ulrich Beck, a questão da industrialização e do modo de produção industrial é vista como uma das maiores fontes de risco na sociedade moderna, cunhando o conceito de sociedade industrial do risco e de modernidade reflexiva, que, ao se conectar ao pensamento de Giddens, trata da confiança na técnica, identificando uma fonte de riscos e de reflexividade.

A sociedade moderna e industrial distribui riscos indistintamente, mas busca-se demonstrar ao longo deste trabalho que o meio ambiente de trabalho se encontra na vanguarda da produção de riscos, estando os trabalhadores fatalmente na linha de frente daqueles que serão afetados.

Buscando atingir o objetivo proposto de relacionar risco, sociedade de risco e meio ambiente de trabalho, serão descritos diversos grandes acidentes de trabalho e outras questões de grande repercussão relacionadas com o meio ambiente laboral, incluindo as tragédias de Bhopal e Brumadinho, dentre outras.

## 2 – Modernidade e sociedade de risco

O tema da modernidade aparece como uma questão central nas obras de Ulrich Beck e Anthony Giddens. As profundas transformações da vida em sociedade, a destradicionalização de formas de ordem social, as mudanças dinâmicas nos modos de produção, e os avanços técnico-científicos constituem objeto das análises sociológicas dos referidos autores, mormente quando se debruçam sobre as últimas décadas do século XX e o alvorecer do século XXI.

Dentre as muitas implicações da modernidade para a sociedade contemporânea, destaca-se nas mencionadas obras a noção de risco, especialmente o conceito de “sociedade de risco” na obra de Beck. A modernidade desenvolvida, cujo surgimento traz a possibilidade de ascensão social às pessoas e oferece a chance de se ocupar uma posição na estrutura social determinada por escolhas e esforços, faz emergir um destino do qual não se pode esquivar – o “destino adstrito” em função do perigo<sup>1</sup>. Beck compara esse destino aos estamentos medievais, porém, com a diferença de que ele não tem esteio na necessidade, mas

---

1 BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 8.

no medo. Além disso, ele não é um resíduo, mas um produto da modernidade em seu estágio mais avançado<sup>2</sup>. Nas palavras do autor:

“Contra as ameaças da natureza externa, aprendemos a construir cabanas e acumular conhecimentos. Diante das ameaças da segunda natureza, absorvida no sistema industrial, vemo-nos praticamente indefesos. Perigos vêm a reboque do consumo cotidiano. Eles viajam com o vento e a água, escondem-se por toda a parte e, junto com o que há de mais indispensável à vida – o ar, a comida, a roupa, os objetos domésticos –, atravessam todas as barreiras altamente controladas de proteção da modernidade.”<sup>3</sup>

Ao mesmo tempo em que a natureza é socializada, socializam-se também os danos a ela, advindo daí as ameaças sociais, econômicas e políticas que permeiam a sociedade mundial altamente industrializada. As ameaças à vida ocasionadas pelo modo de produção industrial se transmutam em inquietações sociais capazes de afetar os mais diversos aspectos da vida cotidiana, o que, por fim, prenuncia o ocaso do século XIX e da sociedade industrial clássica<sup>4</sup>.

A modernidade se rompe internamente, separando-se da moldura da sociedade industrial e transmutando-se naquilo que Beck denomina de “sociedade (industrial) do risco”<sup>5</sup>, que é apresentada pela seguinte analogia:

“Assim como no século XIX a modernização dissolveu a esclerosada sociedade agrária estamental e, ao depurá-la, extraiu a imagem estrutural da sociedade industrial, hoje a modernização dissolve os contornos da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, surge uma outra configuração social.”<sup>6</sup>

Por outro lado, deve ser dito que, enquanto no século XIX a modernização se deu em face de uma sociedade agrária e tradicional e de uma natureza que ainda se tentava compreender e controlar, a partir da virada do século XX para o XXI, esse mundo tradicional já não mais existe e a modernização passa a confrontar a si mesma, revisando suas próprias premissas. Beck denomina esses dois momentos distintos, respectivamente, de “modernização simples e reflexiva”<sup>7</sup>.

---

2 *Ibidem*, p. 8.

3 *Ibidem*, p. 9.

4 *Ibidem*, p. 10.

5 *Ibidem*, p. 12.

6 *Ibidem*, p. 12-13.

7 *Ibidem*, p. 13.

Nesse ponto, cabe trazer à tona o pensamento de Anthony Giddens e a ideia de que certas descontinuidades marcam o desenvolvimento histórico, havendo, em relação à modernidade, uma descontinuidade específica, ou conjunto de descontinuidades, a ela associados<sup>8</sup>.

Giddens propõe o seguinte questionamento – “Como deveríamos identificar as descontinuidades que separam as instituições sociais modernas das ordens sociais tradicionais?”<sup>9</sup>. Para tanto, algumas dessas descontinuidades são apresentadas. A primeira delas é aquilo que ele denomina de “ritmo de mudança” – na modernidade, a rapidez da mudança se dá de forma extrema. A segunda é o “escopo da mudança” – a mudança ocorre de forma globalizada, espalhando-se virtualmente por toda superfície terrestre. A terceira descontinuidade se refere à “natureza intrínseca das instituições modernas”, uma vez que determinadas formas sociais modernas não encontram parâmetro em períodos anteriores ou “têm apenas uma continuidade especiosa com ordens sociais preexistentes”<sup>10</sup>.

O mundo moderno é um mundo em constante transformação. As mudanças são profundas e se dão em uma velocidade atordoante. Em todos os aspectos, seja na vida social, no conhecimento técnico-científico ou na geopolítica, são constantes as descontinuidades e reconfigurações de quase tudo que a humanidade reconhece como seguro, tradicional e estável.

Para Giddens, o mundo moderno é um “mundo em disparada”, não só o ritmo da mudança social é muito mais rápido que em qualquer sistema anterior; também a amplitude e a profundidade com que ela afeta práticas sociais e modos de comportamento preexistentes são maiores<sup>11</sup>.

Esse caráter dinâmico da modernidade é explicado, segundo Giddens, por três elementos principais, quais sejam: a) separação de tempo e espaço; b) mecanismos de desencaixe; e c) reflexividade institucional<sup>12</sup>.

No que diz respeito à separação entre tempo e espaço, sua ocorrência tem o poder de estabelecer vínculos, relações ou coordenar ações entre indivíduos fisicamente distantes uns dos outros, relegando para segundo plano a materialidade do “onde” como elemento essencial para tanto<sup>13</sup>.

---

8 GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991. p. 10.

9 *Ibidem*, p. 12.

10 *Ibidem*, p. 12.

11 GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002. p. 22.

12 *Ibidem*, p. 26.

13 *Ibidem*, p. 23.

## DOCTRINA

O elemento sob análise possui fundamental importância para os mecanismos de desençaixe, os quais são divididos por Giddens em duas categorias: fichas simbólicas e sistemas especializados.

As fichas simbólicas “são meios de troca que têm um valor padrão, sendo assim intercambiáveis numa pluralidade de contextos”<sup>14</sup> (por exemplo, o dinheiro). Apesar de trocas monetárias antecederem à modernidade em muitos séculos (as primeiras remontam ao século VII a.C.), foi na modernidade que elas se aperfeiçoaram. “O dinheiro põe entre parênteses o tempo (porque é um meio de crédito) e o espaço (pois o valor padronizado permite transações entre uma infinidade de indivíduos que nunca se encontraram fisicamente)”<sup>15</sup>. Um grande exemplo disso são as compras feitas por meio da internet com o uso de cartão de crédito: um indivíduo no Brasil pode adquirir um produto diretamente da China sem que tenha sequer um centavo em sua conta bancária, já que é a operadora do cartão que irá intermediar a transação e fazer o pagamento ao vendedor.

Os sistemas especializados dizem respeito a diversas áreas de conhecimento técnico, científico e profissional, criando uma ruptura no tempo entre os detentores de tais conhecimentos e aqueles (clientes) que fazem uso deles. Eles estão entremeados em quase todos os âmbitos da vida na modernidade, tais como: alimentação, medicina, moradia, transportes, etc.<sup>16</sup>

Os sistemas especializados dependem de confiança, ou, indo mais além, tornam necessária uma postura de “fé” frente ao conhecimento e àqueles que o detêm<sup>17</sup>. Ao fazer uma viagem aérea, confiamos – ou temos fé – nos conhecimentos dos engenheiros e técnicos que projetaram e construíram o avião. A confiança põe entre parênteses o conhecimento técnico limitado que a maioria das pessoas não possui sobre a informação codificada que afeta sua rotina<sup>18</sup>.

A confiança cria aquilo que Giddens denomina de “pontos de acesso”, ou abstratos, ou seja, conexões entre indivíduos leigos e os representantes de sistemas abstratos “São lugares de vulnerabilidade para os sistemas abstratos, mas também junções nas quais a confiança pode ser mantida

---

14 *Ibidem*, p. 24.

15 *Ibidem*, p. 24.

16 *Ibidem*, p. 24.

17 *Ibidem*, p. 24-25.

18 *Ibidem*, p. 25.



ou reforçada”<sup>19</sup>. Por sua vez, os mecanismos de desencaixe também são criadores de riscos:

“Atitudes de confiança em relação a situações, pessoas ou sistemas específicos, num nível mais geral, estão diretamente ligadas à segurança psicológica dos indivíduos e grupos. Confiança e segurança, risco e perigo, existem em conjunções historicamente únicas nas condições da modernidade. Os mecanismos de desencaixe, por exemplo, garantem amplas arenas de segurança relativa na atividade social diária. Pessoas que vivem em países industrializados, e em certa medida em qualquer lugar hoje, estão geralmente protegidas contra alguns dos perigos enfrentados rotineiramente em tempos pré-modernos – como as forças da natureza. Por outro lado, novos riscos e perigos, tanto locais quanto globais, são criados pelos próprios mecanismos de desencaixe. Comidas com ingredientes artificiais podem ter características tóxicas ausentes das comidas tradicionais; perigos ambientais podem ameaçar os ecossistemas da Terra como um todo.”<sup>20</sup>

Os dois elementos previamente apresentados – desconexão entre tempo e espaço e mecanismos de desencaixe – formam o cenário onde se vislumbra o terceiro, a reflexividade, que “se refere à suscetibilidade da maioria dos aspectos da atividade social, e das relações materiais com a natureza, à revisão intensa à luz de novo conhecimento ou informação”<sup>21</sup>.

A relação estabelecida por Giddens entre mecanismos de desencaixe, riscos e reflexividade encontra paralelos com o que Beck preconiza a respeito da modernização reflexiva da sociedade, produção de riqueza e produção de risco, havendo, na passagem da sociedade industrial para a sociedade de risco, uma inversão da lógica da produção de riqueza e produção de risco<sup>22</sup>. A sociedade industrial (ou de classes) tem no cerne de seu conceito o questionamento da distribuição desigual (e ao mesmo tempo “legítima”) da riqueza produzida socialmente. A sociedade de risco, por sua vez, tenta encontrar uma solução para as ameaças e riscos que emergem da modernização tardia, de modo que, se não puderem ser evitados ou minimizados, sejam ao menos “isolados e redistribuídos de modo tal que não comprometam o processo de modernização e

---

19 *Idem*, 1991, p. 81.

20 *Idem*, 2002, p. 25.

21 *Ibidem*, p. 25-26.

22 BECK, *op. cit.*, p. 15.

nem as fronteiras do que é (ecológica, medicinal, psicológica ou socialmente) “aceitável”<sup>23</sup>.

E assim como na sociedade industrial há desigualdades na distribuição de riquezas, na sociedade de risco há desigualdades na distribuição de riscos. Da mesma forma, as desigualdades são uma questão de classe – enquanto as riquezas se concentram nas camadas mais altas da sociedade, os riscos se acumulam nas mais baixas. Portanto, os riscos se mostram um reforço, e não uma superação, da sociedade de classes<sup>24</sup>.

Também deve ser observado que trabalho e pobreza são fatores capazes de fomentar maior exposição e tolerância ao risco:

“(…) o risco de tornar-se desempregado é atualmente consideravelmente maior para quem não tem qualificações do que para os que são altamente qualificados. Riscos de sobrecarga, irradiação e contaminação, ligados à execução do trabalho nos correspondentes ramos da indústria, são distribuídos de modo desigual conforme a profissão. São principalmente as vizinhanças mais acessíveis aos grupos de menor renda da população, nas redondezas de centros de produção industrial, que são oneradas no longo prazo por conta de diversos poluentes no ar, na água e no solo. Com a ameaça da redução de renda, uma maior tolerância pode ser gerada.”<sup>25</sup>

Não são apenas os riscos, mas também a capacidade de se esquivar deles ou contorná-los é influenciada por questões de classe. Aqueles que possuem mais recursos financeiros podem se mudar para outro local, consumir uma alimentação mais saudável e evitar certos alimentos contaminados por metais pesados ou agrotóxicos<sup>26</sup>.

No entanto, à medida que os riscos se aprofundam, as possibilidades privadas de escape ou compensação se tornam cada vez mais reduzidas. A contaminação do ar ou da água ignora as barreiras sociais e geográficas, atingindo a todos indistintamente<sup>27</sup>.

E é justamente pela capacidade que os riscos possuem de estender seus tentáculos sobre todos, independentemente de classe social, que Ulrich Beck afirma que “sociedades de risco simplesmente não são sociedades de classes;

---

23 *Ibidem*, p. 23-24.

24 *Ibidem*, p. 41.

25 *Ibidem*, p. 41-42.

26 *Ibidem*, p. 42.

27 *Ibidem*, p. 42-43.

suas situações de ameaça não podem ser concebidas como situações de classe, da mesma forma como seus conflitos não podem ser concebidos como conflitos de classe”<sup>28</sup>. O sociólogo alemão ainda faz a seguinte analogia: “à ‘classe’ dos afetados não se opõe uma ‘classe’ dos não afetados. À ‘classe’ dos afetados opõe-se, na melhor das hipóteses, a ‘classe’ dos ainda-não-afetados”<sup>29</sup>.

Todavia, não é porque as ameaças geradas pela sociedade de risco afetam “democraticamente” ricos e pobres, que desigualdades deixam de emergir desse cenário:

“A equalização mundial das situações de ameaça não deve, entretanto, camuflar as novas desigualdades sociais no interior da suscetibilidade ao risco. Estas surgem particularmente quando – ao menos em escala internacional – situações de risco se sobrepõem: o proletariado da sociedade do risco mundial instala-se ao pé das chaminés, ao lado das refinarias e indústrias químicas, nos centros industriais do Terceiro Mundo. (...) As indústrias de risco foram transferidas para os países com mão de obra barata. Isto não aconteceu por acaso. Existe uma sistemática ‘força de atração’ entre pobreza extrema e riscos extremos. No pátio de triagem da distribuição dos riscos, estações situadas em ‘rincões provinciais subdesenvolvidos’ gozam de especial popularidade. Um tolo ingênuo ainda presumiria que os responsáveis pela triagem não sabem o que fazem. Também fala em favor desse processo a comprovada ‘alta aceitação’ de uma população provincial desempregada (!) diante de ‘novas’ tecnologias (capazes de gerar empregos).”<sup>30</sup>

Dessa forma, nos países periféricos, entre a ameaça tangível e visível da miséria e da fome e as ameaças muitas vezes invisíveis dos riscos produzidos pelo processo de industrialização, opta-se por abraçar estes últimos para combater a primeira. “Na concorrência entre a morte pela fome, visivelmente iminente, com a morte por intoxicação, iminente, mas invisível, impõe-se a premência do combate à fome material”<sup>31</sup>.

Nos países desenvolvidos também há uma aceitação dos riscos como meio de se assegurar a prosperidade e o desenvolvimento econômico. Assim, diante da possibilidade de um aumento nas taxas de desemprego, toleram-se níveis maiores de poluição ou se ignora a presença de resíduos tóxicos nos alimentos<sup>32</sup>.

---

28 *Ibidem*, p. 43.

29 *Ibidem*, p. 47.

30 *Ibidem*, p. 49-50.

31 *Ibidem*, p. 50.

32 *Ibidem*, p. 55.

Em uma sociedade industrial, em que pese a distribuição ampla e quase equânime de riscos, é da natureza do próprio modo de produção vigente que os trabalhadores sejam colocados na linha de frente do contato com as mais diversas ameaças e perigos que emergem desta realidade. Assim, apesar do fato de eventos catastróficos como os de Chernobyl, Bhopal ou Brumadinho terem o poder de afetar milhões de pessoas e causar enormes danos ao meio ambiente natural, quase sempre são os trabalhadores os primeiros afetados. Da mesma forma, o ambiente de trabalho pode ser o epicentro de onde irradiam as mais variadas substâncias tóxicas ou cancerígenas que tanto afetam (e preocupam) governos, cidadãos e ambientalistas.

### 3 – Meio ambiente do trabalho e risco

Ao falar de meio ambiente, as primeiras imagens que nos vêm à mente são frondosas florestas repletas de animais, rios caudalosos correndo entre matas verdejantes, praias desertas cercadas de coqueiros ou algo do gênero. Todavia, tais cenários idílicos não fazem parte da realidade da maioria dos seres humanos. Para estes, o *habitat* onde fazem sua morada, do nascimento até a morte, são as cidades ou as áreas rurais amplamente modificadas pela ação antrópica.

Ali, na luta diária pela sobrevivência, por longas horas diárias e durante quase toda sua vida produtiva, o *homo sapiens* estará na fábrica, no escritório ou no campo, permanecendo no seu local de trabalho, muitas vezes, por mais tempo do que em seu próprio lar. Por isso mesmo, suas condições de trabalho podem influenciar fortemente sua condição física e psíquica.

Sob o enfoque jurídico, o conceito de meio ambiente pode ser colocado sob uma perspectiva estrita e outra ampla. Em relação à primeira, o meio ambiente representa o patrimônio natural, suas interações com os seres vivos e as relações destes entre si. Conforme se observa, exclui-se qualquer coisa que não esteja relacionada aos recursos naturais. Por outro lado, em uma perspectiva ampla, o meio ambiente engloba aspectos naturais, artificiais e culturais. Surgem, portanto, duas grandes divisões: o meio ambiente natural, composto pelo solo, água, ar, energia, fauna e flora; e o meio ambiente artificial, constituído por construções, aparatos e alterações originados da ação humana<sup>33</sup>. Logo, se entende que “que nem todos os ecossistemas são naturais, havendo mesmo quem se refira a ‘ecossistemas sociais’ e ‘ecossistemas naturais’<sup>34</sup>”.

33 MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 142.

34 *Ibidem*, p. 142-143.

Além das duas grandes categorias apresentadas por Milaré, é relevante apresentar a divisão proposta por Norma Sueli Padilha, que segmenta o ambiente em natural, artificial, cultural e do trabalho<sup>35</sup>. Tal classificação não tem a pretensão de abranger a totalidade dos bens que compõem o meio ambiente, mas indicar que eles estão relacionados, de modo que os danos causados a um deles afeta os demais, constatando-se, assim, que a preservação da totalidade do meio ambiente depende da utilização racional dos recursos naturais, culturais e artificiais<sup>36</sup>.

Ainda sobre a grande divisão entre meio ambiente natural e artificial, Cristiane Derani acrescenta o seguinte:

“(…) na medida em que o homem integra a natureza e, dentro do seu meio social, transforma-a, não há como referir-se à atividade humana sem englobar natureza, cultura, conseqüentemente sociedade. Toda relação humana é uma relação natural, toda relação com a natureza é uma relação social. A distinção entre diferentes aspectos do meio ambiente, assim, tem finalidade exclusivamente didática.”<sup>37</sup>

O meio ambiente do trabalho, nesse sentido, compõe uma grande rede de interações existentes entre o mundo natural e mundo modificado pela ação humana. Longe de ser algo isolado, o meio ambiente laboral é por eles influenciado e, ao mesmo tempo, também exerce sobre eles sua influência.

Por tudo isso, deve-se encarar e conceituar o meio ambiente de trabalho a partir de (e sob) uma perspectiva holística, unindo à ideia de *locus* de prestação de trabalho o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que incidem sobre o homem em sua atividade laboral, esteja ou não submetido ao poder hierárquico de outrem”<sup>38</sup>.

Ainda quanto à composição do meio ambiente de trabalho, Ney Maranhão divisa três elementos basilares, que são o ambiente, a técnica e o homem. Esses elementos, segundo o autor, são facilmente associados com os fatores de produção clássicos estudados pela Economia e que são fundamentais para

---

35 PADILHA, Norma Sueli. Do meio ambiente do trabalho equilibrado. São Paulo: LTr, 2002, p. 24-26. Apud: CABRAL, Angelo Antonio. *Sociedade de risco e direito ambiental do trabalho*. 2014. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-10122014-163228/pt-br.php>. Acesso em: 20 ago. 2020.

36 *Ibidem*.

37 DERANI, Cristiane. Direito ambiental econômico. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 149-150. Apud: CABRAL, *op. cit.*

38 CABRAL, *op. cit.*

## DOCTRINA

a produção de mercadorias e o desenvolvimento de serviços, quais sejam, a terra, o capital e o trabalho<sup>39</sup>.

O ambiente corresponde à terra, sendo o local físico de prestação de serviços, que abrange, ainda, o conjunto de “itens móveis e/ou imóveis, naturais e/ou construídos pelo homem”<sup>40</sup>.

Ao segundo elemento – a técnica – corresponde o capital, sendo, na lição de Guilherme Guimarães Feliciano, “a fórmula pragmática de ação para o alcance de um fim particular preestabelecido”<sup>41</sup>.

Por fim, o homem (trabalhador) corresponde ao trabalho, sendo este o elemento central e mais importante da relação sob análise, uma vez que é com sua presença em determinado cenário que este se converte em ambiente laboral:

“(…) o oceano para os mergulhadores, o subsolo para os mineiros, as vias públicas para os motoristas de condução pública etc. Da mesma forma, diversos maquinários, inúmeras mobílias e variados recursos técnicos podem até ser inseridos na ambiência laboral. Entretanto, apenas quando presente a figura humana investida no papel social de trabalhador, todo esse cenário, *ipso facto*, convola-se em meio ambiente de trabalho, ou seja, somente a conjugação dos elementos ambientais e técnicos com a ação humana laborativa é capaz de fazer nascer o meio ambiente do trabalho.”<sup>42</sup>

Nesse sentido, em razão de o ser humano trabalhador se constituir a figura central do meio ambiente laboral, Ney Maranhão o considera o mais social e humano de todos os aspectos abrangidos pelo direito ambiental, pois é nele que a saúde, a segurança e a dignidade do homem ficam mais expostas. Além disso, é no meio ambiente de trabalho que a integração humana com o meio ambiente se faz mais evidente, haja vista as interações havidas entre o trabalhador, colegas de trabalho, superiores hierárquicos e clientes<sup>43</sup>.

Analisando a lição de Ney Maranhão, é possível ter um vislumbre da situação de vulnerabilidade em que o trabalhador pode ser colocado, já que,

39 MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. *Revista de Direitos, Trabalho e Política Social*, Cuiabá, v. 2, n. 3, p. 80-117, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://revista91.hospedagemdesites.ws/index.php/rdtps/article/view/40/37>. Acesso em: 25 ago. 2020.

40 *Ibidem*.

41 FELICIANO, Guilherme Guimarães. Teoria da imputação objetiva no direito penal ambiental brasileiro. São Paulo: LTr, 2005, p. 283. *Apud*: MARANHÃO, *op. cit.* Disponível em: <http://revista91.hospedagemdesites.ws/index.php/rdtps/article/view/40/37>. Acesso em: 25 ago. 2020.

42 MARANHÃO, *op. cit.*

43 *Ibidem*.

## DOCTRINA

quanto maior sua integração e interação com o meio ambiente laboral, maior será sua exposição aos riscos que o permeiam.

Cenci e Kässmayer lembram que, inicialmente, a questão ambiental foi tratada pelos movimentos ambientalistas unicamente sob o enfoque da preservação dos recursos naturais, de modo a tentar refrear sua exploração radical. Porém, no final dos anos 1980, emerge nos EUA um movimento inovador<sup>44</sup>, com a denúncia que os grupos sociais de menor renda são, em geral, os que recebem as maiores cargas dos danos ambientais do desenvolvimento. A partir dessa discussão nasceu um novo enfoque das questões ambientais, que passaram a ser pensadas em termos de distribuição e de justiça<sup>45</sup>.

A questão social está fortemente atrelada ao meio ambiente sob todos os seus aspectos – natural, artificial, cultural e laboral –, o que faz com que se imponham às camadas menos favorecidas as consequências mais imediatas da degradação ambiental e da adoção de políticas ambientais equivocadas. Além disso, o acesso aos recursos naturais, como a água e o solo, ocorre de forma socialmente desigual.

A injustiça ambiental aflige a saúde de trabalhadores, moradores de favela e os excluídos dos grandes processos de desenvolvimento, constituindo-se uma questão à qual se liga o problema da vulnerabilidade das camadas sociais marginalizadas<sup>46</sup>.

Isso remete, mais uma vez, ao pensamento de Ulrich Beck, que chama a atenção para a sobreposição de situações de classe e risco, além do fato de que as indústrias de risco são atraídas para os países subdesenvolvidos:

“Condições de produção favoráveis em termos de custos, imunes às constringências legítimas, atraem os conglomerados industriais como imãs, e acabam vinculando-se ao interesse próprio dos países em superar a carência material e em alcançar a autonomia nacional numa combinação explosiva, no mais verdadeiro sentido da palavra: *o diabo da fome é combatido com o belzebu da potenciação do risco*. Indústrias de riscos elevados são transferidas para os países pobres da periferia. À pobreza

---

44 CENCI, Daniel Rubens; KÄSSMAYER, Karin. O direito ambiental na sociedade de risco e o conceito de justiça ambiental. In: *IV Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade (ANPPAS)*, 06, 2008, Brasília-DF. Anais eletrônicos (...) Brasília-DF, 2008. Disponível em: <http://anppas.org.br/encontro4/cd/ARQUIVOS/GT11-1015-886-20080510203835.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

45 ACSELRAD, H.; HERCULANO, S.; PÁDUA, J. A. (Org.). *Justiça ambiental e cidadania*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. *Apud*: CENCI, Daniel Rubens; KÄSSMAYER, Karin, *op. cit.*

46 *Ibidem*.

do Terceiro Mundo soma-se o horror das impetuosas forças destrutivas da avançada indústria do risco.<sup>47</sup>

Tal cenário faz com que o meio ambiente de trabalho, principalmente nos países periféricos, seja fonte dos mais variados riscos, os quais, no conceito de Armando Lopes da Silva Filho, são agentes “que, em função de sua natureza, concentração ou intensidade e tempo de exposição, são capazes de causar danos à saúde do trabalhador”<sup>48</sup>.

Cerca de 40.000 substâncias químicas são identificadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) como potencialmente tóxicas ao ser humano. Todavia, a NR 15, do extinto Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), lista, aproximadamente, somente 140 substâncias consideradas insalubres<sup>49</sup>.

Tal fato expõe o quanto o meio ambiente de trabalho pode abrigar riscos desconhecidos, ou, muitas vezes, convenientemente ignorados pelos detentores dos meios de produção, já que a vida e a saúde dos trabalhadores são frequentemente colocadas em segundo plano em nome do lucro e da eficiência produtiva. Nesse sentido, Beck observa o seguinte:

“A produção de riscos e sua interpretação equivocada têm, portanto, seu primeiro fundamento numa *miopia econômica* da racionalidade técnica das ciências naturais. Seu olhar está dirigido às vantagens produtivas. Ele incide, assim, juntamente com uma *cegueira em relação aos riscos* que é sistematicamente provocada. Enquanto as possibilidades de aplicabilidade econômica são claramente previstas, desenvolvidas, testadas e, de acordo com todas as regras da arte, esclarecidas, no caso dos riscos é sempre necessário tatear no escuro e então deixar-se surpreender e consternar profundamente com seu aparecimento ‘imprevisto’ ou mesmo ‘imprevisível’. A concepção inversa, segundo a qual as vantagens produtivas são assumidas em retrospecto como efeitos colaterais latentes ‘imprevistos’ e ‘involuntários’ de um deliberado controle de risco estabelecido a despeito das resistências de uma ciência natural orientada pelo risco, parece completamente absurda. Isto torna claro mais uma vez o grau de obriedade com que se valida historicamente,

47 BECK, *op. cit.*, p. 51.

48 SILVA FILHO, Armando Lopes da. Segurança química: risco químico no meio ambiente do trabalho. São Paulo: LTr, 1999, p. 13. *Apud*: ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. *A ação regressiva acidentária como instrumento de tutela do meio ambiente do trabalho*. 2010. 253f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/handle/11338/601>. Acesso em: 20 ago. 2020.

49 GROTT, João Manoel. Meio ambiente do trabalho: prevenção – a salvaguarda do trabalhador. Curitiba: Juruá, 2005. p. 133. *Apud*: ZIMMERMANN, *op. cit.*



no desenvolvimento tecnológico conduzido pelas ciências naturais, um *interesse cognitivo que aumenta a produtividade*, que se refere à lógica da produção de riqueza e segue vinculado a ela.”<sup>50</sup>

Todavia, cedo ou tarde, as consequências diretas ou indiretas dos riscos ambientais laborais acabam por eclodir, seja na forma do adoecimento ou morte de um único trabalhador em razão das condições de trabalho às quais foi submetido, ou na forma de acidentes ou eventos danosos de grandes proporções, que afetam um número considerável de pessoas. Ao longo da história recente, os exemplos da segunda hipótese são numerosos, sendo alguns deles expostos adiante.

– Caso Shell/Basf:

Em 1977, dois anos após a vedação da fabricação e utilização, nos EUA, de produtos contendo compostos da família dos “drins”, a Companhia Shell passa a produzir pesticidas que continham a referida substância em sua unidade fabril localizada em Paulínia, Estado de São Paulo. Em 1993, quando a fabricação de pesticidas à base de “drins” já era proibida pela legislação brasileira, é iniciado o processo de venda de parte do empreendimento à Cyanamid Co., ocorrendo nova venda à Basf S.A. em março de 2000<sup>51</sup>.

Em razão das atividades desenvolvidas, a fábrica e seu entorno foram contaminados por diversas substâncias tóxicas carcinogênicas e não carcinogênicas, afetando o solo e o lençol freático<sup>52</sup>, sendo que a incidência de câncer de tireoide entre os trabalhadores das empresas Shell/Cyanamid/Basf é 166 vezes maior que a incidência na população masculina de Campinas<sup>53</sup>.

– Tragédia de Brumadinho:

No Município de Brumadinho, Estado de Minas Gerais, no dia 25 de janeiro de 2019, às 12h28min, aconteceu o rompimento da barragem B I de contenção de rejeitos de minério de ferro da Mina de Córrego do Feijão, de propriedade da empresa Vale S.A.

---

50 BECK, *op. cit.*, p. 73.

51 ALIAGA, Márcia Kamei López. Caso Shell/Basf: reflexões para um novo olhar sobre os acidentes ampliados. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 49, p. 69-95, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/103323>. Acesso em: 31 ago. 2020.

52 *Ibidem*.

53 REZENDE, June Maria Passos. Caso Shell/Cyanamid/Basf: epidemiologia e informação para o resgate de uma precaução negada. Tese de Doutorado. Campinas: Biblioteca Virtual da Unicamp, 2005. *Apud*: ALIAGA, *op. cit.*

O rompimento da barragem deflagrou uma onda de lama e rejeitos de minério que chegou a atingir 80 km/h, avançando sobre diversas instalações, incluindo escritórios, refeitórios, vestiários e almoxarifados<sup>54</sup>. Em virtude do horário do acidente, muitos trabalhadores almoçavam no refeitório.

Das 270 vítimas fatais do acidente, considerando mortos e presumidamente mortos, 258 eram trabalhadores em atividade no momento do rompimento da barragem. Trata-se do maior acidente de trabalho da história do Brasil.

Conforme estudos solicitados pela própria Vale, a empresa tinha ciência de que o centro administrativo, o refeitório e a oficina mecânica seriam atingidos em até 60 segundos caso a barragem se rompesse<sup>55</sup>.

Além disso, as águas do Rio Paraopeba foram atingidas pela lama de rejeitos, expondo cerca de 1,3 milhão de pessoas, em 48 municípios, à contaminação por metais pesados, como, por exemplo, o manganês, que pode causar doenças como câncer, fraqueza muscular e motora, além de alterações neurológicas<sup>56</sup>.

Dos exemplos acima se verifica que, se “o conceito de sociedade de risco expressa a acumulação de riscos – ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais – que tem uma presença esmagadora hoje em nosso mundo”<sup>57</sup>, o meio ambiente de trabalho integra essa realidade e constitui uma das facetas da sociedade mundial de risco.

Zimmermann, refletindo sobre sociedade de risco e meio ambiente de trabalho, faz a seguinte observação:

“Mas afinal, onde se encontra essa sociedade mundial do risco preconizada por Beck? Da forma como se apresenta, ela está em todo o lugar, em todos os segmentos da sociedade, ela é a única sociedade que se tem na atualidade, pelo simples fato de ser sociedade, ou seja, de contar com a presença do ser humano. Todos os ambientes em que o homem está inserido, disposto a tomar decisões em prol do desenvolvimento/crescimento econômico, compõem a sociedade mundial do risco,

---

54 BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. *Relatório de análise de acidente de trabalho: rompimento da barragem b I da Vale S.A. em Brumadinho/MG em 25/01/2019*. Belo Horizonte, 2019. Disponível em: [https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST\\_acidentes\\_de\\_trabalho/Relatorio\\_Analise\\_Acidentes\\_SAMARCO-BRUMADINHO.pdf](https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST_acidentes_de_trabalho/Relatorio_Analise_Acidentes_SAMARCO-BRUMADINHO.pdf). Acesso em: 01 set. 2020.

55 *Ibidem*.

56 STROPASOLAS, Pedro. *Brumadinho: sem acesso a exames, 1 milhão de pessoas podem ter metal pesado no sangue*. 2019. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/especiais/brumadinho-sem-acesso-a-exames-1-milhao-de-pessoas-podem-ter-metal-pesado-no-sangue>. Acesso em: 01 set. 2020.

57 BECK, *op. cit.*, p. 361.

porque tal elemento será admitido (ou negado veementemente, segundo os catastrofistas) por ser encarado como uma oportunidade ou estratégia de mercado (ainda que os riscos não se alastrem apenas em ambientes de concorrência acirrada), sendo por isso que o meio ambiente laboral tornou-se um dos principais concentradores de riscos.”<sup>58</sup>

A vida na sociedade de risco é permeada por medos, ameaças, incertezas e imprevisibilidade. Esses fantasmas também assombram, talvez de forma até mais intensa, o meio ambiente laboral, que acaba por constituir, ao mesmo tempo, um ponto de convergência e irradiação de riscos, os quais são capazes de afetar não somente trabalhadores, mas também pessoas não envolvidas diretamente nos processos produtivos.

#### 4 – Considerações finais

Conforme preconizado por Ulrich Beck, a sociedade moderna é a sociedade de risco. Os riscos transparecem e emergem nas mais cotidianas atividades, afetando o ar, a água, a comida e o meio ambiente de maneira geral. Não existe ser humano não afetado pelo risco, mas simplesmente aqueles que *ainda* não foram afetados.

Todavia, algumas pessoas mais privilegiadas possuem os recursos para minimizar os riscos, ou, pelo menos, adiar seus efeitos. Cria-se, portanto, uma distribuição desigual dos riscos. É o que se observa, por exemplo, quando indústrias altamente poluidoras se instalam em países subdesenvolvidos. Pobreza e risco normalmente caminham juntos.

Os riscos produzidos pela moderna sociedade industrial afetam sobremaneira o meio ambiente, mas é preciso destacar que não se pode compreendê-lo somente como o meio ambiente natural. O meio ambiente artificial e o laboral também são afetados e, para que exista meio ambiente do trabalho basta a presença de um elemento essencial – a figura do trabalhador.

Se mais cedo ou mais tarde todos sofrerão os efeitos do modo de produção industrial, na loteria da distribuição dos riscos os trabalhadores serão, quase sempre, os primeiros contemplados e, com bastante frequência, aqueles que sentirão os efeitos mais fortes e duradouros, conforme se verificou dos exemplos mencionados ao longo do presente trabalho. Dessa forma, o meio ambiente de trabalho é uma das faces da sociedade de risco – senão a mais evidente e mais cotidiana delas – e os trabalhadores os mais afetados por ela.

---

58 ZIMMERMANN, *op. cit.*

## 5 – Referências bibliográficas

ALIAGA, Márcia Kamei López. Caso Shell/Basf: reflexões para um novo olhar sobre os acidentes ampliados. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 49, p. 69-95, jul./dez. 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/103323>. Acesso em: 31 ago. 2020.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. *Relatório de análise de acidente de trabalho: rompimento da barragem b I da Vale S.A. em Brumadinho/MG em 25/01/2019*. Belo Horizonte, 2019. Disponível em: [https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST\\_acidentes\\_de\\_trabalho/Relatorio\\_Analise\\_Acidentes\\_SAMARCO-BRUMADINHO.pdf](https://sit.trabalho.gov.br/portal/images/SST/SST_acidentes_de_trabalho/Relatorio_Analise_Acidentes_SAMARCO-BRUMADINHO.pdf). Acesso em: 01 set. 2020.

CABRAL, Angelo Antonio. *Sociedade de risco e direito ambiental do trabalho*. 2014. 198f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-10122014-163228/pt-br.php>. Acesso em: 20 ago. 2020.

CENCI, Daniel Rubens; KÄSSMAYER, Karin. O direito ambiental na sociedade de risco e o conceito de justiça ambiental. In: *IV Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade (ANPPAS)*, 06, 2008, Brasília-DF. Anais eletrônicos (...) Brasília-DF, 2008. Disponível em: <http://anppas.org.br/encontro4/cd/ARQUIVOS/GT11-1015-886-20080510203835.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIDDENS, Anthony. *Modernidade e identidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

MARANHÃO, Ney. Meio ambiente do trabalho: descrição jurídico-conceitual. *Revista de Direitos, Trabalho e Política Social*, Cuiabá, v. 2, n. 3, p. 80-117, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://revista91.hospedagemdesites.ws/index.php/rdtps/article/view/40/37>. Acesso em: 25 ago. 2020.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

STROPASOLAS, Pedro. *Brumadinho: sem acesso a exames, 1 milhão de pessoas podem ter metal pesado no sangue*. 2019. Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/especiais/brumadinho-sem-acesso-a-exames-1-milhao-de-pessoas-podem-ter-metal-pesado-no-sangue>. Acesso em: 01 set. 2020.

ZIMMERMANN, Cirlene Luiza. *A ação regressiva acidentária como instrumento de tutela do meio ambiente do trabalho*. 2010. 253f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul. Disponível em: <https://repositorio.ucs.br/handle/11338/601>. Acesso em: 20 ago. 2020.

Recebido em: 09/05/2022

Aprovado em: 31/05/2022

# A DESTINAÇÃO ADEQUADA DAS CONDENAÇÕES EM DINHEIRO NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS TRABALHISTAS

## *THE PROPER DESTINATION OF MONETARY COMPENSATION IN LABOR PUBLIC CIVIL ACTIONS*

Xisto Tiago de Medeiros Neto\*

RESUMO: Analisa-se a forma de destinação adequada da parcela da condenação em dinheiro nas ações civis públicas trabalhistas, a partir da interpretação coerente da norma do art. 13 da Lei nº 7.347/85 com a Constituição da República. Demonstra-se a não exclusividade, a impropriedade, o desvio de finalidade e a inefetividade do Fundo de Defesa de Direitos Difusos e do Fundo de Amparo ao Trabalhador como destinatários dos valores direcionados ao atendimento da finalidade legal de reconstituição dos direitos transindividuais violados. Em seguida, fundamenta-se a pertinência e a eficácia jurídica da destinação das parcelas para fins específicos, objetivando promover-se a reparação/recomposição do dano, em benefício da coletividade.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Civil Pública Trabalhista. Condenação em Dinheiro. Reparação do Dano Coletivo. Destinação Adequada da Parcela.

*ABSTRACT: This article analyzes the appropriate way to direct resources from monetary compensations due to labor public civil actions, considering the coherent interpretation of the rule of art. 13 of Law nº 7.347/85 of the Brazilian Constitution. Non-exclusivity, impropriety, deviation from finality and the ineffectiveness of the Fund for the Defense of Diffuse Rights (FDD) and the Worker Support Fund (FAT) are demonstrated, as recipients of values aimed at the legal purpose of reconstituting trans-individual rights violated. Subsequently, the pertinence and legal effectiveness of the allocation of installments for specific purposes is analyzed, aiming to promote the repair/recomposition of the collective damage, for the benefit of the community.*

*KEYWORDS: Labor Public Civil Actions. Monetary Compensation. Collective Damage Repair. Allocation of Installments.*

### 1 – Introdução

**A** Lei nº 7.347, de 24.07.85, estabelece, em seu art. 13, que a *condenação em dinheiro* havida no âmbito das ações civis públicas, em decorrência de indenização pelo dano causado, reverterá a um fundo gerido por um

---

\* *Doutorando pela UFPR; mestre em Direito Público; especialista em Direito do Trabalho e em Direito e Cidadania pela UFRN; procurador regional do Ministério Público do Trabalho; professor adjunto da UFRN; professor colaborador da ESMPU; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0969634391823319>. ORCID: 0000-0002-2505-3454. E-mail: xistotmn@gmail.com.*

Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, com a obrigatória participação do *Ministério Público* e de representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados ao objetivo específico da *reconstituição dos bens lesados*.

Do conteúdo dessa disposição legal, os seguintes aspectos merecem destaque, pela sua relevância para a compreensão do tema: a natureza da condenação em dinheiro resultante de indenização pelo dano coletivo em ação civil pública; a exigência da presença do Ministério Público no Conselho gestor do fundo; e a destinação dos valores vinculada à recomposição dos direitos violados.

A partir da referida norma e à luz do sistema constitucional, será examinada a criação, estruturação e funcionamento do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), sob a visão crítica quanto à sua não exclusividade, inefetividade e desvio de finalidade como destinatário das parcelas de indenização oriundas das condenações havidas no âmbito das ações civis públicas trabalhistas. A análise dessa condição estende-se também ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), relativamente à inadequação e impropriedade legal, em decorrência da sua indicação em decisões judiciais, igualmente como receptor das mencionadas quantias.

Em último ponto, expõe-se sobre os fundamentos jurídicos e a forma adequada de se promover a reparação do dano a direitos transindividuais, no espaço das relações de trabalho, mediante a reversão da parcela da condenação para finalidades específicas, em benefício da coletividade, com a aderência necessária à área territorial de alcance da violação.

## 2 – O Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD)

### 2.1 – Origem e estruturação

No âmbito federal, o Decreto nº 1.306, de 09.11.94, e a Lei nº 9.008, de 21.03.95, regulamentaram o fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85, adotando a denominação de Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) e estabelecendo como sua finalidade precípua a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.

A gestão do FDD é exercida pelo Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos (CFDD), órgão colegiado integrante da estrutura organizacional do Ministério da Justiça, contando com a seguinte composição: I – um representante da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que o presidirá; II – um representante do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal; III – um representante do Ministério

da Cultura; IV – um representante do Ministério da Saúde, vinculado à área de vigilância sanitária; V – um representante do Ministério da Fazenda; VI – um representante do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; VII – um representante do Ministério Público Federal; VIII – três representantes de entidades civis<sup>1</sup>.

A constituição desse fundo como destinatário das parcelas das condenações pecuniárias de natureza indenizatória, oriundas das ações civis públicas, representou, a princípio e à vista do contexto presente em sua concepção original, solução lógica no universo da tutela dos direitos transindividuais, a considerar-se, em regra, a indivisibilidade desses interesses, a titularização reconhecida a uma dada coletividade e a indeterminação das pessoas dela integrantes.

Desde o início da formulação do processo coletivo para a tutela dos direitos transindividuais, erigiu-se como questão determinante a definição da forma possível e pertinente para se viabilizar a destinação das parcelas em dinheiro objeto da condenação por danos, optando o legislador brasileiro pela criação de um fundo, em âmbito federal e, igualmente, na esfera dos Estados.

Registra *Hugo Nigro Mazzilli* que “o legislador acabou enfrentando a questão de maneira razoável, ao criar um fundo destinado à reparação dos interesses transindividuais lesados”, por força do que, “quando o produto da indenização se referir a danos indivisíveis, será usado de maneira flexível, em proveito da defesa de *interesses equivalentes* àqueles que geraram a condenação judicial”<sup>2</sup>.

Concebeu-se, assim, a criação de um *fundo*, sob controle do Estado, que, “para não perder a conexão com as espécies de interesses protegidos, seria destinado à *restituição de bens lesados*”<sup>3</sup>.

Nesse sentido, tem-se a determinação legal explícita quanto a uma recomposição do dano coletivo<sup>4</sup>, o que impõe assegurar-se a correspondência possível da destinação conferida à parcela da condenação judicial com o interesse lesado objeto da tutela, garantindo-se, portanto, o nexos entre o direito violado, a extensão dos efeitos do dano e a coletividade afetada, inserida na base territorial em que ocorreu a violação<sup>5</sup>.

1 Arts. 1º, *caput*, e 2º da Lei nº 9.008/95, e 3º do Decreto nº 1.306/94.

2 *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 374.

3 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 347.

4 Art. 13 da Lei nº 7.347/85.

5 Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 432.

## 2.2 – Ausência de efetividade e desvio de finalidade

As normas referentes ao FDD não contêm previsão expressa de sua atuação no âmbito da reconstituição ou reparação dos direitos transindividuais tutelados pelas ações civis públicas trabalhistas.

Além disso, verifica-se que as parcelas das condenações da Justiça do Trabalho por dano moral coletivo até então destinadas para o FDD não tiveram inserção em espaço orçamentário específico para assegurar a sua aplicação direcionada à recomposição de lesões, por exemplo, no campo da saúde e segurança do trabalho, da não discriminação nas relações laborais, da prática de fraudes contratuais, do trabalho em condições degradantes ou análogas à de escravo, e da exploração do trabalho de crianças e adolescentes.

Em análise aprofundada e contundente sobre o desvio de finalidade e ausência de efetividade do FDD, Edilson Vitorelli e Matheus Rodrigues Oliveira expõem que esse fundo nunca aplicou as verbas que recebeu em atendimento à destinação prevista legalmente, assinalando os seguintes principais fundamentos:

“O FDD não tem conta bancária própria. Os recursos a ele destinados são depositados na conta única do Tesouro Nacional, mediante código de arrecadação específico. (...)”

A União, enquanto ente federativo responsável pela gestão do FDD (tendo em vista que seu Conselho Gestor é subordinado ao Ministério da Justiça), em vez de aplicar os recursos nele depositados em projetos e ações de defesa de direitos e interesses transindividuais, ignorou, ao longo dos anos, o peculiar regime jurídico que cerca esses valores e passou a utilizar-se do Fundo como mecanismo de arrecadação ordinária. E o faz de modo muito simples: pela não aplicação dos recursos arrecadados.

Em outras palavras: mesmo auferindo arrecadação bilionária, o FDD não aplica as verbas que recebe. (...)”

É como se o Governo Federal tratasse as verbas arrecadas pelo FDD – todas decorrentes de atos ilícitos que causaram lesão irreparável a interesses transindividuais – como tributos, meros mecanismos ordinários de financiamento na máquina pública. Como os recursos não são depositados em conta específica, mas na conta única do Tesouro Nacional, a União se aproveita deles e os aplica em outras finalidades (como formação de reserva de contingência), mantendo-os contabilmente (ou seja, ficticiamente) reservados ao FDD, mas sem permitir que sejam efetivamente aplicados para os fins a que foram arrecadados.”



E, sob acertado tom crítico quanto a essa distorção do funcionamento do FDD, salientam os autores que os recursos a ele encaminhados, não obstante por expressa dicção legal tenham destinação vinculada, “são tratados pelo Governo Federal como fonte orçamentária ordinária, vez que utilizados para finalidades outras que não a efetiva reparação de bens jurídicos lesados”, assinalando que esse Fundo tem sido utilizado “como meio de formação de superávit (ou, ao menos, de redução do déficit das contas públicas), a despeito da efetiva aplicação de seus recursos”. Em conclusão, destacam com contundência:

“(…) A União, ao utilizar o FDD para fins de formação de reserva de contingência, na verdade desprestigia os fins a que o Fundo foi criado e a necessidade de aplicação na tutela e reparação dos direitos transindividuais lesados. (...) O resultado prático disso é que a lesão provocada à sociedade, cujos recursos originaram o depósito no fundo, fica sem reparação.

(…) Fica claro que a forma como a União, há tempos e por diversos governos, gere e aplica os recursos arrecadados pelo Fundo de Defesa dos Direitos Difusos é ilegal.”

Outra constatação determinante a evidenciar a inadequação do FDD como destinatário das parcelas oriundas das ações civis públicas trabalhistas é a ausência da participação de representante do Ministério Público do Trabalho no seu Conselho Gestor. Tal aspecto é reforçado com a verificação de que nenhum dos integrantes desse órgão possui atuação ou vocação constitucional voltada para a área das relações de trabalho (art. 2º da Lei nº 9.008/95).

Diante desse quadro, verifica-se, sem surpresa, desde o início do funcionamento do FDD, a inexistência de aplicação de parcelas em projetos voltados especificamente para a reconstituição dos *bens jurídicos lesados* no universo trabalhista, a partir das parcelas oriundas das condenações por dano nas ações civis públicas, o que revela, de forma inequívoca, o absoluto desvio de finalidade e a inefetividade da atuação do fundo nessa área<sup>6</sup>.

Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna, ao tratarem sobre tal situação, são firmes em aduzir que se o fundo não se presta para atender ao objetivo legal de reparar o dano coletivo gerado e de prevenir novas violações aos direitos, além da inadequação, “tem-se uma solução francamente inconstitucional, na medida em que o bem (que deveria ser protegido) permanecerá violado, e o dinheiro que deveria ser empregado para sua recomposição será destinado a qualquer outra finalidade”.

---

6 Curso de processo civil coletivo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 327.

## DOCTRINA

É exemplo de tal realidade o seguinte levantamento, por amostragem, dos valores arrecadados pelo FAT<sup>7</sup> e dos percentuais ínfimos destinados à execução de projetos gerais, nenhum deles, conforme assentado, pertinente à reparação de danos coletivos decorrentes de violação a direitos transindividuais na esfera trabalhista: *em 2015*, arrecadou-se 563,3 milhões e foram executados projetos no valor de apenas 3,8 milhões, correspondentes a 0,68% do total, por força do contingenciamento imposto e da apropriação pelo Governo Federal de 99,32%; *em 2016*: 775,49 milhões, executados 3,8 milhões, correspondentes a 0,38% do total, e contingenciados 99,62%; *em 2017*: 592,03 milhões, executados 1,25 milhão, correspondentes a 0,21% do total, e contingenciados 99,79%; *em 2018*: 597,36 milhões, executados 2,6 milhões, correspondentes a 0,43% do total, e contingenciados 99,56%; *em 2020*: 436,60 milhões, executados 50,6 milhões, correspondentes a 11,6% do total, e contingenciados 88,4%.

Assinale-se, ainda, que a forma de operacionalização da atividade finalística do FDD – concentrando indistintamente na conta única do Tesouro Nacional as receitas e destinações oriundas de todos os campos de incidência de danos a direitos transindividuais, sem especificação e vinculação quanto à origem desses valores para efeito de sua aplicação voltada para a reconstituição do bem lesado –, não é coerente com a efetividade exigida pela tutela reparatória, evidenciando o desrespeito à norma constitucional da reparação integral dos danos.

Em estudo realizado sobre a atuação do FDD em descompasso com a garantia da tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos, Fábio Nesi Venzon expressa, de forma categórica, que, diante da destinação imprópria dada aos recursos carreados a esse Fundo, tem-se um “processo de inconstitucionalização por afronta ao direito de acesso à justiça, na medida em que não é assegurada a tutela efetiva do direito material”. E conclui, explicitando que “a desvirtuação do FDD viola, outrossim, as normas constitucionais que estabelecem os direitos difusos e coletivos, no momento em que não se concretiza a reparação integral desses direitos quando lesados”<sup>8</sup>.

Salienta-se, por derradeiro, e não menos grave, que os pouquíssimos projetos aprovados, em áreas diversas da trabalhista, não guardam nenhuma pertinência ou identificação necessária com a origem, a natureza e a área de abrangência territorial das violações apuradas nas ações civis públicas, o que demonstra, objetivamente, o não atendimento do Fundo à sua finalidade legal.

7 Disponível em: <https://legado.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/direitos-difusos/arrecadacao>.

8 VENZON, Fábio Nesi. Fundo de Defesa de Direitos Difusos: descompasso com a garantia da tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos. In: *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ESMPU, ano 16, n. 50, jul./dez. 2017, p. 140.

Em suma, a atuação do FDD nunca correspondeu ao objetivo da destinação estabelecida na lei, concluindo-se, assim, que, desde a sua criação, vem exercendo função meramente simbólica, sem efetividade quanto à reparação dos danos a direitos transindividuais na esfera das relações de trabalho, objeto de tutela por meio das ações civis públicas propostas pelo Ministério Público do Trabalho.

### 3 – O Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)

#### 3.1 – Registro inicial

No âmbito das relações laborais inexistente um fundo específico com a finalidade de recomposição dos danos coletivos, em atendimento à diretriz e requisitos fixados pelo art. 13 da Lei nº 7.347/85. Em razão disso, identificou-se o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), à míngua de uma maior reflexão ou questionamento, como possível destinatário das parcelas de indenização oriundas das condenações por danos nas ações civis públicas trabalhistas<sup>9</sup>.

Esse direcionamento dos valores das condenações para o FAT, adotado por alguns órgãos da Justiça do Trabalho, decorreu, por lógico, do reconhecimento da incompatibilidade e do alheamento finalístico do FDD em possibilitar uma devida reparação do dano coletivo, pois, se assim não fosse, sequer seria cogitado judicialmente um outro fundo para ser o receptor dessas parcelas. Portanto, a opção pela destinação dos valores das condenações para o FAT resultou do entendimento quanto à não exclusividade do FDD como receptor dessas parcelas.

#### 3.2 – Inadequação e impropriedade legal

O FAT foi criado pela Lei nº 7.998/90, com vinculação ao Ministério do Trabalho e Previdência e constituído como um fundo contábil, de natureza financeira, destinando-se especificamente ao custeio do *Programa de Seguro-Desemprego*, do pagamento do *abono salarial* (Programa de Integração Social – PIS) e do financiamento de *programas de desenvolvimento econômico* (art. 10 e parágrafo único)<sup>10</sup>.

---

9 Pontua Raimundo Simão de Melo, com razão, que “a remessa dos valores aludidos para o FAT foi um ‘acidente de percurso’, num momento inicial em que, por falta de um fundo próprio, não se sabia o que fazer com o dinheiro arrecadado (*Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012. p. 179).

10 “Art. 10. É instituído o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, destinado ao custeio do Programa de Seguro-Desemprego, ao pagamento do abono salarial e ao financiamento de programas de educação profissional e tecnológica e de desenvolvimento econômico. Parágrafo único. O FAT é um fundo contábil, de natureza financeira, subordinando-se, no que couber, à legislação vigente.”

## DOCTRINA

Diante disso, evidencia-se que esse Fundo não possui nenhuma finalidade legal pertinente ou compatível com o objetivo de recompor ou reparar lesões a direitos transindividuais violados na esfera das relações laborais.

Em abordagem minuciosa sobre a inadequação do FAT como destinatário de parcelas da condenação nas ações civis públicas, assim expressa Rodrigo de Lacerda Carelli:

“Dentre as funções do FAT por lei impostas não está nenhuma que possa reconstituir os bens lesados protegidos pela atuação do Ministério Público do Trabalho.

O seguro-desemprego tem como destinatários, por óbvio, desempregados, além de remunerar contratos suspensos para requalificação profissional. O abono salarial, por sua vez, é uma quantia de auxílio ou incremento da renda do trabalhador, pago anualmente àqueles que percebem até dois salários-mínimos.

Já os programas de desenvolvimento econômico podem, indiretamente, gerar empregos, mas a qualidades destes, ou o respeito às leis trabalhistas não são protegidos, exigidos ou fiscalizados pelo fundo, nem mesmo é exigida essa contrapartida.

A regra, então, é que os benefícios das verbas arrecadadas pelo FAT vão para os desempregados, e não para os empregados. Visa à criação de renda para os desempregados ou a geração de atividade econômica que possa, em tese, criar empregos. Parece algo óbvio, mas que não acontece, é que os financiamentos realizados pelo BNDES – Banco Nacional de Desenvolvimento, a partir de verbas do Fundo de Amparo ao Trabalhador, deveriam ter como exigência de contrapartida o respeito aos direitos dos trabalhadores. O que se vê, em verdade, são altos empréstimos a grandes empresas, sem nenhuma exigência de respeito aos direitos trabalhistas e geração mínima de postos de trabalho dignos.”<sup>11</sup>

Com efeito, verifica-se o completo distanciamento das finalidades legais do FAT do objetivo específico de se promover a reconstituição de direitos coletivos violados, âmbito das relações de trabalho. Daí porque nunca houve a aprovação ou execução de projeto específico, em toda a existência do FAT, direcionado à reparação de danos transindividuais trabalhistas, em favor de uma determinada coletividade inserida na área de abrangência da violação.

---

11 CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Transação na ação civil pública e na execução do termo de compromisso de ajustamento de conduta e a reconstituição dos bens lesados. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, LTr, ano XVII, n. 33, mar. 2007, p. 125.

Assim, nenhuma parcela até hoje aportada ao FAT pela Justiça do Trabalho atendeu ao objetivo determinado pela Lei da Ação Civil Pública (art. 13). Os valores recebidos por esse Fundo foram aplicados em projetos alheios à reparação de danos a direitos coletivos, o que representa, além do desrespeito à norma legal, evidente desvio de finalidade da destinação dos valores da condenação.

Além disso, um outro aspecto fundamental a demonstrar a impossibilidade de direcionamento de parcelas das condenações das ações civis públicas ao FAT está em que, no seu órgão gestor, não há a participação de representante do Ministério Público, requisito obrigatório fixado no referido art. 13 da Lei nº 7.347/85<sup>12</sup>.

Nesse ponto, observa-se que o art. 18 da Lei nº 7.998/90 não prevê a representação do *Parquet* no Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (CODEFAT), indicando a composição do órgão por *representação de trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais*, atualmente com a seguinte disposição: I – quatro representantes do Ministério da Economia, sendo: a) um representante da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho; b) um representante da Secretaria Especial de Fazenda; c) dois representantes da Secretaria Especial de Produtividade, Emprego e Competitividade; II – um representante do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento; III – um representante do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social; IV – seis representantes dos trabalhadores, indicados, respectivamente, pelas seguintes entidades: a) Central Única dos Trabalhadores – CUT; b) Força Sindical; c) União Geral dos Trabalhadores – UGT; d) Nova Central Sindical dos Trabalhadores – NCST; e) Central dos Trabalhadores e Trabalhadoras do Brasil – CTB; e f) Central dos Sindicatos Brasileiros – CSB; V – seis representantes dos empregadores, indicados, respectivamente, pelas seguintes entidades: a) Confederação Nacional da Indústria – CNI; b) Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF; c) Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo – CNC; d) Confederação da Agricultura e Pecuária

---

12 Em análise sobre o tema, Marcos Antônio Ferreira Almeida assim expõe com propriedade: “Primeiramente, verifica-se que o Ministério Público do Trabalho não possui assento no Conselho Deliberativo do FAT, o que o distancia do fundo idealizado pela LACP, a exigir a presença de representantes do *Parquet* como forma de assegurar a efetiva fiscalização da aplicação de seus recursos. Ademais, em que pese a importância de fundo destinado ao combate ao desemprego, sobretudo diante das latentes dificuldades sociais e econômicas do nosso país, é necessário refletir sobre a destinação de recursos ao FAT, sob pena de não se atingir a fim precípua almejado pelo legislador, qual seja, a efetiva reconstituição ou restauração do bem jurídico atingido pela conduta danosa. Os relatórios de gestão do FAT demonstram, por exemplo, que as receitas decorrentes de demandas coletivas muitas vezes não são revertidas para a comunidade diretamente lesada pela conduta ilícita vergastada” (A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria-Geral do Trabalho*, LTr, ano XX, n. 39, mar. 2010, p. 81).

do Brasil – CNA; e) Confederação Nacional do Turismo – CNTur; e f) Confederação Nacional do Transporte – CNT<sup>13</sup>.

Afirma-se, portanto, a inadequação e impropriedade legal do FAT como destinatário das parcelas pecuniárias resultantes das condenações oriundas da Justiça do Trabalho nas demandas coletivas, diante das seguintes razões: (I) a ausência absoluta de previsão legal da finalidade desse fundo para promover a reconstituição ou recomposição dos bens tutelados pela ação civil pública trabalhista; (II) a inexistência de projeto específico do FAT, em todo o tempo de seu funcionamento, direcionado para a reparação de danos coletivos, em favor de uma determinada coletividade; e (III) a verificação da ausência de previsão da participação do Ministério Público do Trabalho no Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador (CODEFAT)<sup>14</sup>.

À vista dessa realidade, assenta-se a pertinência e embasamento jurídico do direcionamento das parcelas em dinheiro resultantes das condenações judiciais nas ações civis públicas trabalhistas para destinações específicas, em prol da coletividade atingida ou da comunidade em cujo espaço se deu a violação do direito, de maneira a assegurar-se adequação e efetividade, à luz dos escopos e princípios norteadores do processo coletivo, no âmbito da tutela dos direitos e interesses transindividuais.

#### **4 – A destinação adequada das condenações em dinheiro nas ações civis públicas trabalhistas**

##### **4.1 – Fundamento jurídico-constitucional**

A visão amplificada e sistemática do ordenamento jurídico-constitucional, em direção à tutela dos direitos transindividuais, converge para o inegável reconhecimento da pertinência jurídica, no âmbito da Justiça do Trabalho,

---

13 Resolução nº 891, de 02.12.2020, do CODEFAT.

14 Na manifestação apresentada pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho perante o STF, na ADPF 944, atuando como *amicus curiae*, destacaram-se as seguintes importantes informações: nos últimos meses do ano de 2021 o patrimônio do FAT correspondia a R\$ 406,4 bilhões, e, desse total, R\$ 328,8 bilhões (80,9%) foram destinados a empréstimos constitucionais ao BNDES, para financiamento de programas de desenvolvimento econômico; desta parcela, 47,1% dos recursos tiveram aplicação em operações de infraestrutura e 63,8% do saldo aplicado foram destinados a grandes empresas; outros 20% dos recursos do FAT, relativamente à parte não destinada ao BNDES, foram utilizados para o custeio do Programa Nacional de Microcrédito Produtivo Orientado (PNMPO), institucionalizado pela Lei nº 13.636/2018 (Disponível em: <https://portalfat.mte.gov.br/wp-content/uploads/2021/12/Boletim-de-informacoes-financeiras-do-FAT-2-bimestre-2021.pdf>). E em conclusão, afirmou-se que o recurso aportado ao FAT “ao contrário de beneficiar a coletividade lesada, composta de trabalhadores e trabalhadoras de todo o país, retorna às grandes empresas, pessoas jurídicas que figuram como rés em ações civis públicas trabalhistas”.

do direcionamento específico e adequado das parcelas pecuniárias objeto das condenações por dano coletivo, para atender à finalidade estabelecida no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, diversamente do que ocorre com o envio dos respectivos valores para o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD) ou ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Sob essa perspectiva, e diferentemente do que poderia sugerir uma interpretação literal, assenta-se primeiramente que o mencionado dispositivo legal não confere exclusividade ao FDD, e muito menos ao FAT, considerada a inadequação, impropriedade e inefetividade desses fundos como destinatários dos valores decorrentes das condenações em dinheiro nas demandas coletivas trabalhistas.

Observa-se que a norma em comento é anterior à vigência da Constituição da República de 1988, a partir de quando se estabeleceu uma nova e necessária postura e tratamento relativamente aos direitos transindividuais, no rumo da garantia da sua tutela adequada e eficaz e da concretização do direito fundamental à reparação integral dos danos.

Com efeito, a recepção do art. 13 da Lei da Ação Civil Pública pela nova matriz constitucional respaldou o entendimento da não exclusividade do fundo como destinatário das condenações em dinheiro nas ações coletivas.

Dessa maneira, por força da aplicação dos princípios fundamentais da adequação e efetividade da tutela jurisdicional e da reparação integral dos danos individuais e coletivos (art. 5º, V, X e XXXV, da CF), além do inegável reconhecimento dos amplos poderes do juiz na condução e solução eficaz do processo coletivo, exige-se, à luz do atual arcabouço constitucional, uma interpretação com ele coerente e conforme, a consagrar a possibilidade da destinação das parcelas pecuniárias da condenação pelo dano coletivo para o atendimento de finalidade específica, diante do caso concreto, no plano da reparação do direito violado, diversamente do encaminhamento aleatório desses valores para um fundo genérico, opção que, objetivamente, afasta-se do desiderato exigido legal.

Assim, à luz da Constituição de República, afirma-se a possibilidade e pertinência jurídica de direcionamento da parcela em dinheiro oriunda de condenação em ação civil pública trabalhista, considerada a sua peculiar natureza, para atendimento de finalidade específica, em benefício efetivo da coletividade atingida pela lesão ou da comunidade na qual se encontra inserida, na área territorial onde se deu a violação.

Essa destinação igualmente se legitima pela sua consonância com a racionalidade e os valores que presidem o processo coletivo, conferindo significativa relevância ao sistema de justiça, principalmente na esfera da responsabilidade

civil, em face da garantia da eficácia social assegurada à tutela dos direitos transindividuais, garantindo-se o direcionamento do valor da condenação para, em tempo e espaço adequado, promover a reparação do dano a direitos transindividuais.

Nesse passo, de acordo com as autorizadas palavras do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Herman Benjamin, “a legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a *ratio essendi* de sua garantia”<sup>15</sup>.

Importante ainda destacar que o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, aplicado ao processo coletivo por determinação do art. 21 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), estatui que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

A expressão “adequada e efetiva tutela” presente nesse dispositivo impõe que o resultado das demandas coletivas tenha eficácia e pertinência quanto à reparação do dano coletivo, de maneira a se concretizar o objetivo da reconstituição dos bens lesados, finalidade que nunca foi atendida pelo FDD ou pelo FAT, sob nenhuma perspectiva, no âmbito das relações laborais, considerada a realidade da estrutura, operacionalização e direcionamento desses fundos.

Assinale-se, ainda, que na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.306, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, afirma-se, coerentemente, que o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública não restringe a um único e exclusivo fundo a destinação dos valores oriundos de reparações ou compensações por danos morais coletivos previstos em acordo judicial ou TAC. E também se conclui que, diante da não obrigatoriedade de destinação dos recursos a um único fundo, tem-se “a possibilidade de reversão alternativa dos recursos, conforme se observa do § 1º do art. 5º da Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público”<sup>16</sup>.

Enfim, com fundamento na ordem constitucional vigente, é equivocado imprimir-se interpretação literal e restritiva à regra do art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, para sustentar-se a exclusividade do FDD ou do FAT como destinatários do recebimento das parcelas pecuniárias oriundas de condenação em ações civis públicas trabalhistas, assim como para erigir obstáculo ao reco-

15 Trecho do voto vencedor proferido no RESp 1.114.893/MG, DJe 28.02.2012.

16 A ADI 6.306 foi proposta em face dos arts. 21 e 28 da Medida Provisória nº 905/2019, revogada, posteriormente, pela Medida Provisória 955/2020, o que resultou na perda superveniente do objeto da ação.



nhecimento da possibilidade, no caso concreto, de destinação para finalidade específica em atendimento ao objetivo da reparação do direito transindividual violado, garantindo-se o dever de eficácia e efetividade social, em benefício da coletividade.

Essa foi a posição chancelada e normatizada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), com respaldo na sua atribuição regulamentar primária, por meio da Resolução nº 179/2017 (art. 5º), e, no mesmo passo, pelo Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, mediante a Resolução nº 179/2020, conforme adiante abordado.

#### **4.2 – O art. 5º da Resolução nº 179/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), no exercício de sua competência constitucional (art. 130-A, § 2º, inciso I)<sup>17</sup>, normatizou, no âmbito do Ministério Público brasileiro, por meio da Resolução nº 179, de 26.07.2020, a tomada do Compromisso de Ajustamento de Conduta.

Nos §§ 1º e 2º do art. 5º dessa norma estabelece-se, objetivamente, a possibilidade de as parcelas oriundas das indenizações pecuniárias decorrentes dos danos a direitos coletivos e difusos terem destinação específica, em prol da coletividade, no espaço geográfico em que se deu a violação, consagrando o entendimento da não exclusividade da destinação das referidas parcelas concernentes à reparação pela violação de direitos transindividuais para o FDD ou outro Fundo, como se pode observar da redação do dispositivo:

“Art. 5º As indenizações pecuniárias referentes a danos a direitos ou interesses difusos e coletivos, quando não for possível a reconstituição específica do bem lesado, e as liquidações de multas deverão ser destinadas a fundos federais, estaduais e municipais que tenham o mesmo escopo do fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/85.

§ 1º Nas hipóteses do *caput*, também é admissível a destinação dos referidos recursos a projetos de prevenção ou reparação de danos de bens jurídicos da mesma natureza, ao apoio a entidades cuja finalidade institucional inclua a proteção aos direitos ou interesses difusos, a depósito em contas judiciais ou, ainda, poderão receber destinação específica

---

17 “Art. 130 (...). § 2º (...). I – Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.”

que tenha a mesma finalidade dos fundos previstos em lei ou esteja em conformidade com a natureza e a dimensão do dano.

§ 2º Os valores referentes às medidas compensatórias decorrentes de danos irreversíveis aos direitos ou interesses difusos deverão ser, preferencialmente, revertidos em proveito da região ou pessoas impactadas.”

Portanto, tem-se o expresso respaldo normativo do CNMP quanto à possibilidade de o Ministério Público do Trabalho, em sua atuação finalística, no âmbito do Termo de Ajustamento de Conduta ou, por extensão e similaridade, na esfera processual da ação civil pública, promover a destinação específica da parcela concernente à condenação por dano coletivo, em benefício da coletividade presente no território em que se deu a violação do direito.

#### **4.3 – A Resolução nº 179/2020 do Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho**

O Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho (CSMPT), de sua vez, aprovou a Resolução nº 179, de 26.11.2020, dispondo exatamente sobre a reversão de bens e recursos decorrentes da atuação finalística do Ministério Público do Trabalho e os respectivos procedimentos de fiscalização, respaldando e orientando a adoção de destinações específicas como forma adequada de assegurar a tutela dos direitos violados.

Previu-se no art. 3º que essa iniciativa se insere na órbita da independência funcional dos(as) membro(as), ressalvado o dever de fundamentação das decisões, e, no art. 4º, que a destinação das parcelas em dinheiro terá como finalidade precípua a “reconstituição direta dos bens lesados” ou a concretização de “medidas sociais correlatas”.

Nesse passo, a norma estabelece no *caput* do art. 5º que a destinação poderá alternativamente direcionar-se: I – a fundos federais, estaduais, distritais ou municipais que tenham por objetivo o financiamento de iniciativas e projetos de promoção de direitos sociais relacionados direta ou indiretamente ao trabalho, conforme a extensão territorial do dano; II – à instrumentalização de entidade e órgãos públicos federais, estaduais, distritais ou municipais que promovam direitos sociais relacionados direta ou indiretamente ao trabalho, priorizando os do local do dano; e III – a órgãos e entidades públicos ou privados, nacionais ou internacionais, previamente cadastrados, de promoção de direitos sociais relacionados direta ou indiretamente ao trabalho ou na falta de direitos sociais outros de notório interesse público, priorizando, em qualquer caso, as iniciativas e projetos no local do dano.

E, no § 1º do art. 5º, em respeito ao princípio institucional da independência funcional, previu-se que “a escolha do modo mais adequado e eficiente de reparação social caberá ao(à) membro(a) responsável pela condução do procedimento, quando da disponibilização dos bens e recursos”.

No art. 6º, fixou-se restrições à destinação, mediante a vedação de se encaminhar bens ou recursos para (I) a manutenção ou custeio de atividades do Ministério Público do Trabalho, (II) a remuneração ou promoção pessoal de membros(as) do Ministério Público do Trabalho ou de integrantes das entidades ou órgãos beneficiários, (III) atividades ou fins político-partidários, (IV) entidades não regularmente constituídas, e (V) pessoas físicas.

Instituiu-se também, no art. 7º, o cadastro nacional de órgãos e entidades públicas e privadas, nacionais ou internacionais, sem fins lucrativos, que promovem direitos sociais. E o art. 8º estabeleceu o dever de o(a) membro(a) certificar nos autos do procedimento no âmbito do qual se possibilitou a destinação da parcela, as providências necessárias à aferição da sua adequada e integral utilização, bem como, eventualmente, o redirecionamento do recurso não utilizado, total ou parcialmente, a outros fundos, órgãos, entidades, iniciativas ou projetos.

Em síntese, os regramentos instituídos pelo CNMP e pelo CSMPT, além de normatizarem a destinação específica das parcelas oriundas da atuação finalística do Ministério Público do Trabalho, em prol da coletividade, cumprindo o desiderato legal da recomposição do bem jurídico violado, no âmbito dos Termos de Ajustamento de Conduta e das condenações nas ações civis públicas, conferiram a garantia e segurança jurídica e procedimental para a adoção dessa medida, a demonstrar indubitavelmente a sua conformidade com o ordenamento jurídico-constitucional.

#### **4.4 – Iniciativa da destinação**

Nas condenações em dinheiro nas ações civis públicas, o direcionamento das parcelas para atendimento à finalidade específica que guarde pertinência com os interesses transindividuais lesados e cumpra a diretriz legal de reparação do dano coletivo deve ser determinado pelo órgão judicial, em atendimento a pedido formulado pelo Ministério Público.

Vislumbra-se também poder o órgão judicial proceder a essa destinação *de ofício*, independentemente do pedido da parte autora, considerando-se o objetivo maior de se assegurar a efetivação adequada da tutela coletiva reparatória.

Põe-se em relevo, aqui, primeiramente, a amplitude diferenciada dos poderes do juiz no âmbito das ações coletivas, em razão da natureza e dos contornos específicos da tutela jurisdicional pertinente a este campo de inte-

resses transindividuais, a ensejar uma forma própria de conceber e conduzir o processo, congruente com os fins almejados.

Nessa linha, destaca-se a postura e participação do magistrado na construção de soluções processuais eficazes, a partir da postulação trazida pelo autor, e a adequação necessária do procedimento e seu escopo ao objetivo de assegurar a efetividade da decisão, em face da coletividade.

A determinação sobre o destino da parcela da condenação fixada na ação civil pública constitui medida de natureza instrumental, reconhecendo-se que o ato judicial correspondente à definição do direcionamento dessa quantia legitima-se pelo dever de alcançar-se a necessária eficácia pertinente à reparação adequada do direito violado.

Assim, sob a ótica da tutela coletiva e dos princípios que lhe informam, afasta-se eventual objeção de que ao órgão judicial não caberia, de ofício, quando não houvesse pedido explícito do autor da ação, determinar a destinação da parcela da condenação pelo dano coletivo, no âmbito da ação civil pública, para um fim específico, congruente com a natureza do direito tutelado e em benefício da coletividade.

O juiz estaria, nessa hipótese, promovendo, de forma legítima, embasado no dever de assegurar a concretização e eficácia da tutela jurisdicional reparatória, a destinação adequada, e possível juridicamente, da parcela objeto da condenação, considerando-se a inefetividade e impropriedade de seu encaminhamento para o FDD ou o FAT.

Na dimensão do processo coletivo, saliente-se, o sistema jurisdicional propicia ao magistrado até mesmo a liberdade “para conceder não exatamente aquilo que foi postulado, mas a medida mais adequada à efetiva satisfação do direito material”<sup>18</sup>. E, no âmbito da tutela dos direitos transindividuais, não se olvide, conforme lição autorizada de Kazuo Watanabe, que o juiz possui mais poderes “para conferir ao processo, mais especificamente ao seu provimento, maior plasticidade e mais perfeita adequação e aderência às peculiaridades do caso concreto”<sup>19</sup>.

Em outro ângulo, também se verifica a possibilidade de haver conciliação judicial na ação civil pública, e, nessa hipótese, com muito mais razão, nenhuma dificuldade pode ser apontada para que as próprias partes acordem sobre a destinação específica da parcela da condenação, objetivando propiciar uma adequada reparação.

---

18 LEONEL, *op. cit.*, p. 316.

19 GRINOVER, Ada Pellegrini *et al. Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II. p. 110.

A esse respeito, destaca-se a conciliação judicial celebrada no âmbito do Processo TST-ARR-22200-28.2007.5.15.0126, perante o Tribunal Superior do Trabalho, em ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Trabalho (Procuradoria Regional da 15ª Região) em face das empresas BASF S/A, RAIZEN COMBUSTÍVEIS S/A e SHELL BRASIL PETRÓLEO LTDA., no valor de R\$ 200.000.000,00 a título de reparação pelo dano moral coletivo, destinados a programas e atividades de pesquisa, prevenção e tratamento de trabalhadores vítimas de intoxicação ou adoecimento decorrentes de desastres ambientais, contaminação ambiental, exposição a substâncias tóxicas ou acidentes de trabalho que envolvam queimaduras, preferencialmente na região metropolitana de Campinas.

Não há dúvida, portanto, na seara das relações de trabalho, sobre a conformidade normativa, a adequação e a efetividade da destinação específica das parcelas judiciais da reparação pelo dano coletivo, em benefício da comunidade, condição que não se observa em relação ao direcionamento dos valores da condenação ao FDD ou ao FAT.

### 5 – Consideração final

A destinação da parcela da condenação por dano moral coletivo, no âmbito das ações civis públicas trabalhistas, deve atender a finalidade específica, voltada para a reconstituição/reparação do bem lesado, em favor da coletividade afetada, de acordo com as condições estabelecidas processualmente quanto à forma, aplicação e cumprimento.

Essa definição constitui necessário e imprescindível compromisso com a adequação e efetividade da tutela de natureza coletiva, diante das suas peculiaridades e alcance social, em compasso com a exigência constitucional de garantir-se a concretização do resultado eficaz da demanda.

À luz do ordenamento jurídico, conclui-se pela possibilidade jurídica de o órgão judicial, como opção legítima e mais consentânea com os escopos do processo coletivo, determinar ou chancelar, a pedido do Ministério Público do Trabalho ou de outro ente legitimado, a *destinação das parcelas pecuniárias* oriundas da condenação, diretamente para finalidades específicas, tais como: (a) a execução de atividades, obras, projetos ou medidas sociais compensatórias; (b) a aquisição de bens, equipamentos e serviços direcionados a entidades públicas ou privadas que atuam na promoção de direitos sociais, em áreas relacionadas direta ou indiretamente ao trabalho, educação, profissionalização, aprendizagem, saúde, pesquisa e assistência, dentre outras; (c) a realização de

cursos de capacitação, qualificação ou instrução; e (d) a produção e veiculação de material ou campanha educativa.

Essas possibilidades representam, em síntese, o direcionamento adequado das parcelas da condenação para atendimento ao objetivo de se alcançar, o quanto possível, a mais efetiva recomposição da ordem jurídica violada, em prol da coletividade afetada ou da comunidade na qual se insere.

### 6 – Referências bibliográficas

ALMEIDA, Marcos Antônio Ferreira. A efetividade da reparação do dano moral coletivo na Justiça do Trabalho. *Revista do Ministério Público do Trabalho/Procuradoria-Geral do Trabalho*, LTr, ano XX, n. 39, mar. 2010.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil coletivo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Transação na ação civil pública e na execução do termo de compromisso de ajustamento de conduta e a reconstituição dos bens lesados. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, LTr, ano XVII, n. 33, mar. 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *CDC comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Processo coletivo trabalhista*. São Paulo: LTr.

MAZZILLI, Hugo Nígro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MELO, Raimundo Simão. *Ação civil pública na Justiça do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2012.

TRAMONTE, Marina Silva *et al.* A inadequação da destinação de recursos obtidos pelo MPT ao Fundo de Amparo ao Trabalhador e sua utilização em ações de política pública social. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 7, n. 1, jan./abr. 2012.

VENZON, Fábio Nesi. Fundo de Defesa de Direitos Difusos: descompasso com a garantia da tutela adequada e efetiva dos direitos coletivos. *Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ESMPU, ano 16, n. 50, p. 125-146, jul./dez. 2017.

VITORELLI, Edilson; OLIVEIRA, Matheus Rodrigues. *Revista de Direito Administrativo: RDA*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 3, p. 221-250, set./dez. 2019. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/139113>.

WATANABE, Kazuo. Código brasileiro de Defesa do Consumidor. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. II.

Recebido em: 09/05/2022

Aprovado em: 31/05/2022

# OS PRECEDENTES JUDICIAIS COMO INSTRUMENTO DE ERRADICAÇÃO DA DENOMINADA “LOTERIA JUDICIÁRIA”

## *JUDICIAL PRECEDENTS AS AN INSTRUMENT TO ERRADICATE THE SO-CALLED “JUDICIAL LOTTERY”*

**André de Araújo Chavante\***

**Raimundo Simão de Melo\*\***

**Samara Pereira Pettinati\*\*\***

RESUMO: O sistema recursal brasileiro tem sido utilizado pelos grandes litigantes como mero obstáculo à concretização do direito à razoável duração do processo. O elevado número de dissídios trabalhistas no Brasil, ocasionados pelo elevado descumprimento legal e por uma cultura de judicialização de conflitos, gera uma crise de efetividade na Justiça do Trabalho. O problema que se investiga é a instabilidade da jurisprudência decorrente da litigiosidade em massa que, por sua vez, traz insegurança jurídica e a descredibilidade da Justiça do Trabalho perante o jurisdicionado, sob a pejorativa pecha de “loteria judiciária”. Objetiva-se analisar as elucidações do Ministro José Roberto Freire Pimenta quanto aos precedentes processuais instituídos pelo Código de Processo Civil de 2015.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes Judiciais. Segurança Jurídica. Efetividade da Jurisdição.

*ABSTRACT: The Brazilian appeal system has been used by major litigants as a mere obstacle to the realization of the right to a reasonable duration of the process. The large number of labor lawsuits in Brazil - caused by the high rate legal non-compliance and by a culture of judicialization of conflicts - generates a crisis of effectiveness in the Labor Court. The problem that is investigated is the instability of the jurisprudence resulting from mass litigation which, in turn, brings legal uncertainty and the*

---

\* *Mestrando em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF – Centro Universitário; pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6036343674411480>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3591-1774>. E-mail: [andre@andrechavante.com](mailto:andre@andrechavante.com).*

\*\* *Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP; professor titular do Centro Universitário do Distrito Federal-UDF/Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas; membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho; consultor jurídico e advogado. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2446693043126558>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3835-7040>. E-mail: [contato@simaoemelo.com.br](mailto:contato@simaoemelo.com.br).*

\*\*\* *Mestranda em Direito das Relações Sociais Trabalhistas no Centro Universitário do Distrito Federal (UDF); pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho na Estácio de Sá; graduada em Direito no Centro Universitário do Distrito Federal (UDF); advogada. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9456766603149536>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0628-7902>. E-mail: [spsamara@hotmail.com](mailto:spsamara@hotmail.com).*

*discrediting of the Labor Court before the jurisdiction, under the pejorative label of "judicial lottery". The objective is to analyze the elucidations of Minister José Roberto Freire Pimenta regarding the procedural precedents established by the Civil Procedure Code of 2015.*

*KEYWORDS: Court Precedents. Legal Certainty. Jurisdiction Effectiveness.*

### 1 – Introdução

O número de processos judiciais individuais em andamento no Brasil é maior que a capacidade operacional dos órgãos do Poder Judiciário. Os grandes litigantes usam do sistema recursal brasileiro, em especial nas instâncias de natureza extraordinária, como mero obstáculo à razoável duração do processo. Com efeito, o problema que se pesquisa é que em plena regência da Constituição Cidadã de 1988 há um déficit de efetividade da jurisdição, muito embora o art. 5º, inciso LVIII, do Texto Maior assegure dentre os direitos fundamentais aos cidadãos brasileiros a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

No que tange às causas da crise da efetividade na Justiça do Trabalho, as de maior relevância são: a) a tendência cultural de se recorrer sempre ao Judiciário para solução de conflitos, ao invés de se buscar meios alternativos para sua solução, e b) o baixo índice de cumprimento espontâneo dos comandos legais pelos seus destinatários. Não é de se olvidar que a instabilidade da jurisprudência serve de reforço para esse descumprimento por parte do empregado, porquanto a competitividade e a livre-iniciativa tornam mais oneroso o custo do trabalho ao cumpridor das decisões judiciais que ao seu concorrente descumpridor que, por óbvio, reduz a lucratividade e, por consequência, o interesse em acatar a norma jurídica.

O presente estudo objetiva analisar a explosão de demandas trabalhistas individuais (em sua maioria, repetitivas), com recorte no risco à estabilidade da jurisprudência, em vista do vultoso número de processos a serem julgados por distintos órgãos jurisdicionais, tudo isso sob o prisma do papel do Juiz na sociedade contemporânea, que é a aplicação da Lei em observância ao comando pós-positivista e principiológico da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, num primeiro momento, serão apresentados os índices de judicialização de casos e a multiplicação de recursos na Justiça do Trabalho, sob a ótica das chamadas demandas repetitivas, bem como os sistemas de enfrentamento da litigiosidade em massa, permeados pelas ações coletivas e os institutos de fixação de tese única para determinados e repetidos conflitos no



Poder Judiciário, tais como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e o Incidente de Assunção de Competência – IAC.

Em continuação, será analisado o papel do Juiz no atual Estado Democrático de Direito, visando a cumprir a complexa interpretação das leis mediante fundamentação centrada nas normas principiológicas da Constituição Federal de 1988 (e não na sua mera expressão literal). Nesse íterim, será analisado o desafiador encargo do julgador de decidir com liberdade mediante o emprego de soluções harmoniosas, ao mesmo tempo encampada pelos precedentes judiciais previamente fixados para evitar eventuais conflitos de decisões em casos análogos e dar eficácia às orientações constitucionais de segurança jurídica.

Não obstante isso, é de se reconhecer que os diversos julgadores e órgãos do Poder Judiciário podem exarar sentenças distintas para casos análogos e até mesmo contrárias à jurisprudência dos Tribunais Superiores. Contudo, essa instabilidade expõe o jurisdicionado à inconstitucional “loteria judiciária”, como se o litígio estivesse condicionado à sorte da distribuição da ação ou do recurso. A crítica com relação ao antagonismo das decisões e insegurança jurídica pela possibilidade de aplicação de teses jurídicas divergentes ou até opostas para casos semelhantes gera cepticismo do jurisdicionado quanto ao cumprimento, pelo Poder Judiciário, dos desígnios Constitucionais da segurança jurídica e isonomia jurisdicional.

Em vias de combate à pejorativa “loteria judiciária” serão analisadas súmulas vinculantes e as funções dos precedentes judiciais, bem como a obrigação instituída pelo Código de Processo Civil de 2015 quanto ao dever dos Tribunais de manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente, a par de darem cumprimento à segurança jurídica.

## **2 – A explosão de demandas (em sua maioria repetitivas) e as técnicas processuais construídas para enfrentá-las**

A Justiça do Trabalho tem enfrentado a cada ano aumento significativo de novos casos de recursos. Em 2020, esse aumento foi de 99,4% no Tribunal Superior do Trabalho e de 95% nos Tribunais Regionais do Trabalho. Ademais disso, desde 2017 as Varas do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho são os órgãos da justiça que têm apresentado os maiores índices de recorribilidade, conforme dados informados pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>1</sup>.

---

1 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2022.

Um dos fatores que tem contribuído para o significativo aumento de recursos no Tribunal Superior do Trabalho é o interesse patronal meramente protelatório, a fim de evitar o trânsito em julgado das decisões judiciais e retardar o início da execução. Vários recursos são interpostos sem o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, inclusive acerca de matérias já pacificadas pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Vale ressaltar que essa movimentação provocada pelo uso indevido dos recursos na Justiça do Trabalho representa um gasto enorme para o Poder Judiciário. Destaca-se que, segundo dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2020, a Justiça do Trabalho detinha 6% dos processos e 20% das despesas do Poder Judiciário, enquanto na Justiça Federal a relação era de 14% dos processos para 12% das despesas.

O número de recursos não eleva o número de novos processos, mas onera muito o orçamento da Justiça do Trabalho, que passa a demandar mais servidores no segundo grau e no TST, somente para conseguir apreciar a quantidade exagerada de recursos apresentados.

Contudo, o problema provocado pelo número excessivo de recursos não se restringe ao aumento dos custos da Justiça do Trabalho, refletindo também no tempo de tramitação dos processos e impossibilitando a satisfação dos créditos dos demandantes, de forma eficiente.

Cabe ressaltar que os créditos demandados na Justiça do Trabalho são, na sua maioria, de natureza alimentar e exigem tramitação efetiva, com soluções de mérito que entreguem os direitos aos reclamantes por completo, no menor espaço de tempo possível.

Por outro lado, a ausência de efetividade serve de incentivo ao descumprimento da legislação trabalhista, fazendo com que muitos empregadores reconheçam como vantajoso não efetuar o pagamento por completo dos direitos dos trabalhadores, considerando que nem todos buscam no Judiciário a reparação dos seus direitos e os que o fazem acabam enfrentando muita morosidade<sup>2</sup>.

Vale destacar, ainda, que as violações em série aos direitos dos trabalhadores provocam a apresentação de várias demandas relacionadas à mesma matéria que, apresentadas de forma individual, contribuem para o surgimento de decisões divergentes nas instâncias ordinárias, demandando a interposição

---

2 PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 81, n. 3, p. 95-164, jul./set. 2015.

de recursos para o Tribunal Superior do Trabalho, tencionando solucionar a controvérsia, até que a matéria objeto de divergência seja pacificada<sup>3</sup>.

Assim, as demandas repetitivas contribuem para o surgimento de soluções divergentes em ações que apresentam o mesmo objeto, afetando diretamente os princípios da isonomia e da segurança jurídica. Tal situação gera insegurança e incerteza para os litigantes, que acabam não sabendo o que realmente podem esperar da justiça.

A fim de frear a multiplicação de demandas repetitivas e, conseqüentemente, aumentar a segurança jurídica de suas decisões, reduzir custos e conferir maior agilidade aos processos, a Justiça do Trabalho, provocada pelo Ministério Público do Trabalho e pelos sindicatos, passou a se valer do microsistema de litigiosidade coletiva. Também vem usando o microsistema de litigiosidade repetitiva.

## **2.1 – Microsistema de litigiosidade coletiva ou metaindividual (direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos)**

Diante do aumento significativo do número de demandas repetitivas pensou-se, primeiramente, nas demandas coletivas, para substituir as demandas individuais e conter o avanço da litigiosidade em massa.

Nesse contexto, cabe destacar o conceito de ações coletivas, dado por Raimundo Simão de Melo, nos seguintes termos:

“Ação coletiva é uma ação que visa à prevenção e/ou reparação de danos aos direitos e interesses coletivos *lato sensu*, os quais estão classificados (difusos, coletivos e individuais homogêneos) e definidos no Código de Defesa do Consumidor (art. 81, parágrafo único e incisos). É uma ação que busca tutela de massa.”<sup>4</sup>

Desse modo, por meio das demandas coletivas é possível enfrentar as lesões em massa de forma unificada, sendo, ao final, proferida decisão que deve ser aplicada não só aos envolvidos na relação processual, mas também a todos que estejam diante da mesma situação jurídica<sup>5</sup>.

3 *Idem*.

4 MELO, Raimundo Simão de. Ação coletiva de tutela do meio ambiente do trabalho. In: RIBEIRO Jr., José Hortêncio *et al.* (org.). *Ação coletiva na visão de juízes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006. p. 183.

5 PIMENTA, José Roberto Freire. O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 82, n. 2, p. 176-234, abr./jun. 2016.

Vale mencionar que as ações coletivas ganharam destaque na Justiça do Trabalho com a Lei Complementar nº 75/93, que regulamentou em seu art. 83 a atuação do Ministério Público do Trabalho, conferindo legitimidade ativa ao órgão para tutela dos direitos coletivos ou individuais homogêneos. A prevenção de ilícitos e a reparação dos direitos violados foram os efeitos positivos mais significativos alcançados pelas ações coletivas<sup>6</sup>.

Porém, mesmo sendo inquestionável a relevância das demandas coletivas, no sentido de promoverem a tutela dos direitos dos trabalhadores e sua representação em juízo, ainda existem algumas críticas ao respectivo sistema. A morosidade na tramitação dessas demandas, a legitimidade ativa restrita para propor as ações, a necessidade de execução individual, o fato de nem todas as demandas repetitivas poderem ser tuteladas por meio das ações coletivas e a propensão das partes em demandar de forma individual são, sem dúvida, as maiores críticas às demandas coletivas<sup>7</sup>.

Ademais disso, a reforma trabalhista instituída pela Lei nº 13.467/2017 provocou o enfraquecimento e a desestruturação do poder de representação coletiva dos sindicatos. Logo, criou-se uma barreira no âmbito trabalhista, no sentido de restringir a atuação dos sindicatos, inclusive no que diz respeito à legitimidade ativa para demandar ações coletivas na Justiça do Trabalho.

Tal situação fez com que o Ministério Público do Trabalho se tornasse o maior responsável pela tutela de direitos difusos e coletivos no Brasil, sobrecarregando ainda mais o órgão, que também é responsável por investigar muitas denúncias sobre irregularidades trabalhistas, instaurar inquéritos civis e firmar Termos de Ajustamento de Conduta, dentre outras atribuições.

De qualquer forma, as ações coletivas representaram importante avanço no sistema processual brasileiro, todavia, não foram suficientes para barrar o número crescente de demandas individuais, que possuem o mesmo objeto, em razão de suas limitações já expostas e da falta de cultura no seu acolhimento, inclusive pelo próprio Poder Judiciário, que ainda é influenciado em boa parte pelo sistema individualista de solução judicial dos conflitos trabalhistas.

---

6 MELO, Raimundo Simão de. Evolução das ações coletivas na Justiça do Trabalho. *Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/reflexoes-trabalhistas-evolucao-acoes-coletivas-justica-trabalho>. Acesso em: 26 jan. 2022.

7 TEMER, Sofia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: tentativa de sistematização*. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

## 2.2 – O microsistema de litigiosidade repetitiva

Com a finalidade de solucionar os problemas provocados pelas demandas repetitivas, o novo Código de Processo Civil trouxe, em seu art. 976, o Incidente de Demandas Repetitivas – IRDR. O principal objetivo do instituto é a fixação de tese única acerca de determinados conflitos, que possa ser aplicada aos casos que se assemelham e constantemente se repetem perante o Poder Judiciário.

Assim, o IRDR tem como propósito buscar a prolação de decisão única para evitar que diferentes decisões sejam proferidas, conferindo segurança jurídica, previsibilidade e isonomia aos litigantes<sup>8</sup>.

É importante esclarecer que o incidente não tem a intenção de resolver diretamente os casos em concreto, uma vez que seu objetivo é a fixação da tese pelo tribunal, que deverá ser aplicada na solução das demandas repetitivas que serão submetidas ao julgamento dos juízes vinculados ao tribunal prolator da decisão<sup>9</sup>.

A definição e o objetivo do IRDR foram bem elaborados por José Roberto Freire Pimenta, nos seguintes termos:

“Incidente de resolução de demandas repetitivas – seu objetivo primordial é a tutela isonômica e efetiva dos direitos individuais homogêneos; trata-se de incidente processual (não dando origem, portanto, a uma nova relação processual nem significando a avocação da competência para julgar todas as demais demandas repetitivas) que tem o escopo de, mediante julgamento único e vinculante, assegurar interpretação isonômica à questão jurídica controvertida em demandas repetitivas que busquem tutela jurisdicional a direitos individuais homogêneos; sua atual disciplina normativa está nos arts. 976 a 987 do novo Código de Processo Civil.”<sup>10</sup>

Nesse contexto, é importante destacar que, diferentemente das ações coletivas, que têm como objetivo tutelar situações subjetivas assemelhadas, avaliando o caso concreto, o IRDR não se preocupa de forma específica com determinadas situações jurídicas. O objetivo do IRDR é fixar a tese jurídica de forma objetiva e indireta, que poderá ser, posteriormente, aplicada em situações concretas<sup>11</sup>.

8 *Ibidem*.

9 *Ibidem*.

10 PIMENTA, José Roberto Freire. O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 82, n. 2, p. 176-234, abr./jun. 2016.

11 TEMER, *op. cit.*

Assim, ao fixar tese jurídica pacificando questões conflitantes, decorrentes da provocação de demandas repetitivas, o judiciário passa a conferir estabilidade e previsibilidade aos seus julgados, reduzindo seu tempo de atuação, conferindo maior agilidade aos processos e, conseqüentemente, maior efetividade<sup>12</sup>.

Outra vantagem alcançada pela utilização dos Incidentes de Demandas Repetitivas é a redução de custos para o Poder Judiciário. Com a fixação de tese única, o Judiciário deixa de ter que agir isoladamente em diversos processos, com causa de pedir e pedidos similares, e passa a solucionar as questões comuns com o entendimento único fixado pelo tribunal.

Para instauração do IRDR, exige-se que os processos tratem da mesma questão jurídica, podendo ser de direto material ou de direito processual, sendo vedada apenas a discussão de matéria fática. Desse modo, é preciso que haja, de fato, a repetição de processo, para que o IRDR possa solucionar a controvérsia já existente.

Destaca-se que, após o julgamento do incidente, a tese jurídica firmada é aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre a mesma questão de direito e que esteja sob a jurisdição do respectivo tribunal. Um detalhe importante é que a tese firmada no julgamento do incidente poderá ser aplicada também aos casos futuros que versem sobre idêntica questão de direito e que venham a ser objeto de discussão sob a jurisdição do tribunal responsável pela fixação da tese.

É importante mencionar que o Enunciado nº 349 do Fórum Permanente de Processualistas Civis prevê a possibilidade de reclamação para o tribunal que julgou o IRDR, caso a tese fixada não seja observada em algum outro julgamento, reforçando sua obrigatoriedade.

Assim, o IRDR surgiu para conferir segurança jurídica e previsibilidade dos julgados, criando uma tese que passa a servir de base para todos os casos pendentes e futuros, que tratem da mesma matéria, sendo de observância obrigatória pelos juízes vinculados ao tribunal que fixou essa tese. Portanto, a intenção do legislador foi evitar que decisões conflitantes sejam proferidas em demandas repetitivas.

Além do mais, o novo Código de Processo Civil (art. 926) também trouxe a obrigatoriedade de os tribunais uniformizarem sua jurisprudência, mantendo-a estável e coerente até mesmo quando não se tratar de demandas repetitivas. Para tanto, instituiu-se o Incidente de Assunção de Competência – IAC, que deve ser

---

12 *Ibidem*.

empregado sempre que o julgamento de recurso de remessa necessária ou de processo de competência originária envolver questões de direito, com grande repercussão social, sem repetição em diversos processos.

Assim, o mandamento processual é submeter a matéria de grande repercussão social à apreciação de um órgão colegiado pleno, compondo ou prevenindo divergências entre os órgãos fracionários do tribunal. Logo, a função do IAC é compor divergências de forma colegiada, sempre que envolver questão de direito de grande relevância social, a fim de formar precedentes obrigatórios para os julgadores a ele vinculados.

Destaca-se que, enquanto o IRDR possibilita que determinado tribunal possa ter competência para definir uma tese a ser aplicada em diversos processos que se repetem, o IAC possibilita que um determinado tribunal, diante de casos que envolvam questões de grande relevância social, assuma a competência para apreciar a matéria. Assim, o IRDR exige que a questão esteja sendo objeto de discussão em várias demandas, enquanto o IAC exige apenas que a matéria seja de grande repercussão social, que seja relevante para a sociedade e não apenas para as partes envolvidas no processo<sup>13</sup>.

É importante ressaltar que o IAC provoca o deslocamento da competência do órgão originariamente competente, remetendo o processo para um órgão colegiado e de maior amplitude, para que seja dada uma orientação no sentido de solucionar a matéria de grande relevância social, evitando futuras divergências internas de interpretação. Assim, uma vez julgado o IAC, o acórdão proferido passa vincular todos os juízes e órgãos fracionários, que estão sujeitos à jurisdição do tribunal prolator.

Dessa forma, o IRDR e o IAC estão inseridos no microsistema de formação de precedentes jurisprudenciais obrigatórios, com o objetivo de uniformizar a jurisprudência e garantir segurança jurídica aos jurisdicionados.

### **3 – Os litígios trabalhistas em massa e o novo papel do juiz nas sociedades democráticas contemporâneas. A incerteza do verdadeiro sentido das normas trabalhistas causada pela instabilidade da jurisprudência**

A instabilidade da jurisprudência decorre da existência de decisões judiciais diversas proferidas em casos repetitivos, conforme já exposto. Por esse

---

13 MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*, v. 260, out. 2016, p. 233-256.

motivo, no presente tópico, a proposta é avaliar a possibilidade de eventual instabilidade de a jurisprudência ser provocada pela divergência de entendimentos existente entre os magistrados<sup>14</sup>.

Cabe destacar que o pós-positivismo trouxe a ideia da supremacia da norma constitucional, determinando que ela embasa o sistema de interpretação das leis, cabendo ao juiz fundamentar suas decisões respeitando a centralidade constitucional. Diante de tal imposição só poderia haver uma única solução justa, que deveria ser proferida à luz dos princípios constitucionais aplicáveis ao caso<sup>15</sup>.

Destaca-se que, para melhor garantir essa centralidade, a norma constitucional foi se tornando cada vez mais completa, abordando matérias que fogem até mesmo da sua finalidade, criando uma base sólida em assuntos diversos. Assim, várias matérias que são objeto de lei infraconstitucional passaram a ganhar limites e contornos traçados pela norma constitucional, enquanto os juízes concentram o importante papel de interpretar a lei, conferindo efetividade às normas que são garantidoras de direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, é impossível compreender a figura do juiz como a de um mero aplicador da letra fria da lei, pelo que, diante de diversas situações práticas, o juiz precisa interpretar e adequar a lei ao caso concreto, demonstrando que sua atuação vai além da simples aplicação da letra fria da lei.

O juiz como intérprete e aplicador da lei precisa desbravar conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais presentes na norma infraconstitucional. Ainda, diante das constantes modificações das circunstâncias fáticas que motivaram a elaboração da lei, o magistrado precisa adequar a legislação à situação atual, apontando a melhor solução de forma imparcial, sempre de modo a atender aos fins sociais da norma e às exigências do bem comum (art. 5º da LINDB).

Desse modo, o que se observa de fato é que existe uma certa margem de atuação e interpretação dos magistrados, que se faz necessária em cada caso concreto, guiando-se sempre pelos fins sociais da norma e exigências do bem comum.

A referida liberdade existe para possibilitar a atuação de forma ampla, uma vez que não existe a possibilidade de o magistrado se abster de julgar qualquer demanda que lhe seja posta, quando competente para apreciá-la.

---

14 PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 81, n. 3, p. 95-164, jul./set. 2015.

15 *Ibidem*.



Assim, diante do caso concreto, o juiz precisa apontar uma solução juridicamente fundamentada, devendo cumprir tal tarefa de forma impessoal. O que deve ser totalmente abominado é o ativismo judicial e o decisionismo, que ocorrem quando o magistrado impõe suas próprias convicções, deixando de observar as normas jurídicas, os princípios e fundamentas e os pronunciamentos judiciais uniformizadores da jurisprudência.

Nesse contexto, é possível perceber que, embora a norma constitucional traga os princípios constitucionais aplicáveis ao caso concreto, ainda existe uma certa liberdade de interpretação do juiz. Contudo, tal liberdade é limitada para impedir que as decisões sejam conflitantes, ressaltando a necessidade de o magistrado fundamentar suas decisões de forma imparcial e respeitando o entendimento jurisprudencial vinculante previamente fixado.

#### **4 – A denominada “loteria judiciária”. A inconstitucional exposição do jurisdicionado à sorte da distribuição do processo ou do recurso**

É cotidiano o julgamento de casos com os mesmos pedidos, idêntica premissa fática, sob decisões distintas. Não é de se olvidar que, lamentavelmente, muitas das vezes as sentenças conflitantes contrariam, ainda, a jurisprudência dos Tribunais Superiores (inclusive aqueles de superposição). A decorrente insegurança jurídica de tal procedimento descredibiliza o Poder Judiciário perante o jurisdicionado e denuncia o risco de uma jurisprudência volátil.

A instabilidade das decisões expõe o jurisdicionado ao que, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, denomina de “loteria judiciária”<sup>16</sup>, situação em que os diversos órgãos judicantes enfrentam, por muitas vezes, idênticas questões de direito, o que gera a possibilidade da mesma regra de direito ser diferentemente entendida, ocorrendo a aplicação de teses jurídicas divergentes ou até opostas para casos semelhantes.

A pulverização de entendimentos judiciais distintos num mesmo momento histórico, ausentes as variações culturais, sociais e econômicas que possam justificar a referida discrepância, semeia entre os jurisdicionados o ceticismo quanto à efetividade da garantia constitucional à segurança jurídica, o que põe em dúvida o cumprimento, pelo Poder Judiciário, dos desígnios Constitucionais sobre a prestação jurisdicional.

---

16 MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5. p. 5.

Nada obstante, Barbosa Moreira<sup>17</sup> ressalva, com razoabilidade, que a uniformização da jurisprudência não se trata da imposição dos órgãos judicantes de uma “camisa de força” aos julgadores, que lhes tolha o movimento em dar novas interpretações às regras jurídicas nos casos em que a anteriormente adotada já não mais se amoldar às modificativas necessidades de convívio social. Nesse desiderato, a estabilização da jurisprudência visa, na medida do possível, a prevenir que a sorte dos litigantes dependa da exclusiva distribuição da ação ou do recurso.

“Camisa de força” não se amolda, outrossim, ao ordenamento jurídico contemporâneo e ao Estado Democrático de Direito brasileiro porque, há muito, no Brasil já não mais vigora a sistemática hermenêutica do positivismo e, em se tratando de um país com uma Constituição fundada com normas de cunho principiológico, é atribuição do juiz a sua observância e interpretação, a fim de concretizar os direitos fundamentais e leis contendo cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados.

Ainda sobre os países regidos por Estado Democrático de Direito, como o Brasil, as omissões legislativas e lacunas legais de cunho infraconstitucional, ao serem propostas perante o Poder Judiciário, desafiam o julgador a interpretar a regulação parcial das leis com escopo nos princípios e normas constitucionais, em uma enorme e repetida multiplicidade de casos concretos essencialmente iguais, que geram resultados distintos para cada processo, incorrendo em ofensa ao princípio constitucional da isonomia em âmbito interno do próprio Poder Judiciário.

A exigência de aplicação e interpretação de normas eivadas de lacuna legislativa pelo juiz frente às relevantes normas constitucionais de natureza principiológica (concretizadoras de direitos fundamentais) não pressupõe, necessariamente, a desigualdade de entendimentos para casos iguais, tampouco a interpretação jurídica distinta perante os múltiplos julgadores e diversos órgãos judicantes.

No que tange aos graves efeitos anti-isonômicos das decisões judiciais divergentes sobre a mesma questão fática, explica José Roberto Freire Pimenta<sup>18</sup> que não só são os empregados que são afetados, mas também os empregadores, haja vista que não é de se esperar que haja cumprimento por determinada

---

17 *Idem.*

18 PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. *In: BELMONTE, Alexandre Agra (Coord.). A nova lei de recursos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2015. p. 25-70; e *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 81, n. 3, p. 95-164, jul./set. 2015.

empresa enquanto seus concorrentes não a cumprem (de forma mais econômica) respaldados por jurisprudência, ainda que parcial, de instância do Poder Judiciário Trabalhista.

É sabido que a competição de mercado entre empresas concorrentes incentiva a redução de custos para garantir o principal objetivo da atividade empresarial, que é a obtenção de lucro. Com efeito, a referida imprevisibilidade de entendimento judicial sobre as leis trabalhistas atua como um forte estímulo ao destinatário a cumprir as normas que são passíveis de decisões judiciais controvertidas em relação ao seu (des)cumprimento.

### **5 – Os precedentes judiciais como remédio contra a instabilidade jurisprudencial**

Nas palavras de Pimenta<sup>19</sup>, os pronunciamentos judiciais têm duas funções primordiais que consistem em decidir o conflito de interesses e servir de parâmetro para as futuras decisões do próprio julgador e demais órgãos judicantes, tudo isso no sentido de completar o significado genérico e abstrato das leis, por intermédio de Súmulas que firmam seus reiterados entendimentos. Assim, esse autor propõe que os recursos de natureza extraordinária são dotados de três funções:

a) função nomofilática: o recurso extraordinário visa a garantir a certeza e a estabilidade jurídica pela aplicação da melhor interpretação possível da lei, dentre as várias leituras possíveis, em obediência aos princípios constitucionais aplicáveis ao dissídio;

b) função uniformizadora da jurisprudência: visa a assegurar o respeito ao princípio da isonomia constitucional, mediante o controle de interpretação da lei pelos juízes de instância ordinária, conferindo o mesmo significado da lei para os mesmos fatos relevantes;

c) função paradigmática ou persuasiva: confere estabilidade do sistema judiciário pela celeridade e, aos jurisdicionados, viabiliza a igualdade de tratamento, segundo orientação do livre-convencimento dos julgadores em observância aos precedentes dos Tribunais Superiores e do STF.

No Brasil, antes do advento do Código de Processo Civil de 2015, a jurisprudência uniformizada tinha cunho meramente persuasivo, à exceção das súmulas vinculantes, fruto da Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou à Constituição Federal o art. 103-A (o “efeito vinculante em relação aos

---

19 *Ibidem*.

demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal<sup>20</sup>), com objetivo de interpretar e dar eficácia a normas em que haja controvérsia atual entre os órgãos judiciários e a Administração Pública, a fim de evitar a insegurança jurídica quanto à multiplicação de processos sobre a mesma matéria.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>21</sup> defende que no Brasil a *ratio decidendi* é vista não só como premissa para a solução dos casos judiciais, mas das questões jurídicas que foram discutidas pelos judiciosos fundamentos ou motivos determinantes daquela decisão. Os motivos determinantes ou a *ratio decidendi*, portanto, têm efeitos vinculantes ao sistema processual de eficácia *erga omnes* quanto às decisões paradigmáticas. Logo, pelo advento do novo CPC de 2015 não mais se pode tolerar diversos posicionamentos jurisdicionais acerca de uma mesma situação jurídica.

Nesse sentido, o art. 489 do novo Código de Processo Civil atribui eficácia vinculante das súmulas e precedentes judiciais, ao estabelecer no inciso VI de seu § 1º que não é fundamentada qualquer decisão judicial que “VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação de entendimento”.

Portanto, o Código de Processo Civil de 2015<sup>22</sup> disciplinou de forma explícita, pelos arts. 926 a 928, o dever geral de segurança jurídica ao legislar a cláusula geral conferindo aos Tribunais o dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, que corresponde à autoridade e efetividade quanto às decisões judiciais, ao criar uma verdadeira hierarquia entre os precedentes jurisprudenciais, atribuindo efeito vinculante aos demais juízes que estejam vinculados ao respectivo tribunal, a par de referendar a estabilidade das decisões judiciais, em lugar da pejorativa “loteria judiciária”.

## 6 – Conclusão

O microsistema de litigiosidade coletiva e o microsistema de litigiosidade repetitiva foram criados para frear a explosão de demandas repetitivas.

---

20 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 26 jan. 2022.

21 MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. p. 221-253.

22 BRASIL. [Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015]. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm). Acesso em: 27 jan. 2022.

## DOCTRINA

Por intermédio das demandas coletivas, tornou-se possível enfrentar lesões em massa de forma unificada, sendo, ao final, proferida a decisão que deve ser aplicada aos envolvidos na relação processual e a todos que estejam diante da mesma situação jurídica. Porém, ainda existem algumas críticas ao sistema, sendo as maiores críticas a morosidade na tramitação dessas demandas, a legitimidade ativa restrita para propor as ações, a necessidade de execução individual, o fato de nem todas as demandas repetitivas poderem ser tuteladas por meio das ações coletivas e a propensão das partes em demandar de forma individual.

O microsistema de litigiosidade repetitiva adota a sistemática processual do IRDR e o IAC. O primeiro possibilita que determinado tribunal possa ter competência para definir uma tese a ser aplicada em diversos processos que se repetem. O IAC, por sua vez, possibilita que um determinado tribunal, diante de casos que envolvam questões de grande relevância social, uniformize o entendimento sobre a matéria. Assim, o IRDR exige que a questão esteja sendo objeto de discussão em várias demandas, enquanto que o IAC exige apenas que a matéria seja de grande repercussão social.

A instabilidade das decisões expõe o jurisdicionado à denomina “loteria judiciária”, situação em que os diversos órgãos judicantes enfrentam, por muitas vezes, idênticas questões de direito, o que gera a possibilidade de a mesma regra de direito ser diferentemente entendida, ocorrendo a aplicação de teses jurídicas divergentes ou até mesmo opostas para casos semelhantes, incorrendo em ofensa ao princípio constitucional da isonomia em âmbito interno do próprio Poder Judiciário.

A estabilização da jurisprudência visa, na medida do possível, a prevenir que a sorte dos litigantes dependa da exclusiva distribuição da ação ou do recurso. Nesse desiderato, o CPC de 2015 disciplinou nos arts. 926 a 928 o dever geral de segurança jurídica, ao conferir aos Tribunais o dever de “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, ao criar uma verdadeira hierarquia entre seus precedentes, atribuindo efeito obrigatório aos demais julgadores a par de erradicar a pejorativa “loteria judiciária”.

### 7 – Referências bibliográficas

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. Sobre o incidente de assunção de competência. *Revista de Processo*, v. 260, out. 2016, p. 233-256.

## DOCTRINA

MELO, Raimundo Simão de. Ação coletiva de tutela do meio ambiente do trabalho. *In*: RIBEIRO Jr., José Hortêncio *et al.* (org.). *Ação coletiva na visão de juizes e procuradores do trabalho*. São Paulo: LTr, 2006.

MELO, Raimundo Simão de. Evolução das ações coletivas na Justiça do Trabalho. *Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-31/reflexoes-trabalhistas-evolucao-aco-es-coletivas-justica-trabalho>. Acesso em: 26 jan. 2022.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5.

PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. *In*: BELMONTE, Alexandre Agra (Coord.). *A nova lei de recursos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2015. p. 25-70.

PIMENTA, José Roberto Freire. A reforma do sistema recursal trabalhista pela Lei nº 13.015/2014 e o novo papel dos precedentes judiciais na Justiça brasileira: contexto, premissas e desafios. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 81, n. 3, p. 95-164, jul./set. 2015.

PIMENTA, José Roberto Freire. O sistema dos precedentes judiciais obrigatórios e o microsistema de litigiosidade repetitiva no processo do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 82, n. 2, p. 176-234, abr./jun. 2016.

TEMER, Sôfia Orberg. *Incidente de resolução de demandas repetitivas: tentativa de sistematização*. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Recebido em: 04/05/2022

Aprovado em: 31/05/2022

# A PROVA DIGITAL: UM BREVE ESTUDO SOBRE SEU CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA, REQUISITOS E REGRAS DE ÔNUS DA PROVA

## *DIGITAL EVIDENCE: A BRIEF STUDY ABOUT ITS CONCEPT, LEGAL NATURE, REQUIREMENTS AND RULES ON THE BURDEN OF PROOF*

José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva\*

RESUMO: É necessário construir uma *teoria das provas digitais*. Mister, portanto, definir com precisão (i) *o que é* uma prova digital; (ii) *qual a sua natureza jurídica*; (iii) *quais são seus requisitos* imprescindíveis; e (iv) *de quem será o ônus da prova* quando se tratar de prova digital. Se a prova digital é, no fundo, uma *prova documental*, a distinção se dá apenas em relação ao suporte do qual ela é extraída (suporte físico ou digital). Mas há de se exigir, com rigor, a verificação de seus requisitos – *autenticidade, integridade e preservação da cadeia de custódia*. Quanto ao *ônus da prova*, as regras clássicas do art. 429 do CPC são o *ponto de partida* para a sua definição.

PALAVRAS-CHAVE: Prova Digital. Conceito. Natureza Jurídica. Requisitos. Ônus da Prova.

*ABSTRACT: There is a pressing need to build a theory of digital evidence. It is essential, therefore, to precisely define (i) what is a digital evidence; (ii) what is its legal nature; (iii) what are its essential requirements; and (iv) upon whom should the burden of proof fall when it comes to digital evidence. If the digital evidence is, deep down, a documentary evidence, the distinction is only in relation to the support from which it is extracted (physical or digital support). However, the verification of its requirements – authenticity, integrity and preservation of the chain of custody – must be strictly required as for the burden of proof, the classic rules of the article 429 of the Brazilian Civil Procedure Code are the starting point for its definition.*

*KEYWORDS: Digital Evidence. Concept. Legal Nature. Requirements. Burden of Proof.*

## 1 – Introdução

**A** *prova judicial* é todo mecanismo colocado à disposição das partes para que consigam convencer o juiz a respeito da existência do fato afirmado na causa de pedir, nas razões defensivas e/ou em manifestações

---

\* Juiz titular da 6ª Vara do Trabalho de Ribeirão Preto (SP); doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), na Espanha – título revalidado pela Universidade de São Paulo (USP); mestre em Direito Obrigacional Público e Privado pela UNESP; professor contratado do Departamento de Direito Privado da USP de Ribeirão Preto (2017 a 2019) e da Escola Judicial do TRT-15. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0681875255841345>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7532-2766>. E-mail: [jaribeiro10@hotmail.com](mailto:jaribeiro10@hotmail.com).

posteriores. Essa é a *finalidade da prova*, referida expressamente na parte final do art. 369 do CPC.

Com efeito, as partes têm o direito de utilizar os meios de prova típicos ou atípicos “para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”. Daí se infere que as partes têm o legítimo direito de tentar convencer o juiz de que suas afirmações estão do lado da justiça, por qualquer meio *eticamente aceitável* (SILVA, 2021, p. 228-229).

Ocorre que estamos vivendo *mudanças radicais* na sociedade em geral e nas relações humanas (e jurídicas), a partir do final do século passado, com o avanço descomunal de todas as tecnologias, sobretudo das relacionadas à (i) *informação* e à (ii) *comunicação*. Estamos “caminhando” a passos largos do mundo físico para o mundo virtual. A vendagem de bens (inclusive imóveis) no metaverso não deixa margem a dúvidas de que as transformações são deveras abrangentes e numa velocidade jamais verificada nos milênios anteriores.

Natural, portanto, que as provas dos atos e fatos jurídicos, dos contratos, do cumprimento e descumprimento de suas cláusulas estejam cada vez mais “presentes” no *espaço-tempo digital*. Se todos os dados são lançados em arquivos eletrônicos, mídias sociais e até nas nuvens, já há pessoas que sequer imprimem esses dados. Já não tem mais havido fotografias reveladas, contratos impressos e um *sem-fim de desaparecimentos* do mundo físico. As comunicações humanas têm sido *basicamente virtuais*, com o uso das tantas tecnologias da informática/telecomunicações.

Todo esse espaço-tempo virtual tem dado origem ao que se tem convenicionado denominar de *metadados*. Exsurge, aqui, o grande problema (jurídico) de se construir uma *teoria* (acerca) *das provas digitais*, que nos dê segurança sobre *várias questões*, dentre elas: (i) o que é uma prova digital; (ii) qual sua natureza jurídica; (iii) como atender aos requisitos da (a) autenticidade, (b) integridade e (c) preservação da cadeia de custódia; e, inclusive, (iv) *de quem será o ônus da prova quando se tratar de prova digital*.

Destarte, o objetivo deste breve artigo é o de apresentar ideias a respeito da *admissibilidade da prova digital*, bem como de investigar *a quem caberia o ônus da prova*, quando o fato puder ser demonstrado por uma prova não material. Não é tarefa fácil, tendo em vista que se trata de instituto muito recente na teoria geral da prova, cujos contornos ainda estão por ser delimitados.

## 2 – Prova digital: do que se trata?

De saída, convém registrar que ainda há poucos escritos específicos sobre a prova digital, quando comparadas as recentes monografias e os artigos



doutrinários publicados sobre a matéria com a quantidade de escritos sobre a prova “convencional”. Por certo que, na teoria geral da prova – temática estudada há séculos –, encontram-se muitos aportes que podem servir de *bússola* na investigação do que seria exatamente a prova digital.

É preciso, portanto, saber o que é a *prova digital*, porque os meios de prova, aparentemente, permanecem os mesmos, mas as *fontes de prova* “se alteram e reclamam a elaboração de novos critérios para o seu adequado exame”. As fontes que se acessam por esses meios tecnológicos, “o traço verdadeiramente distintivo do que se chama de *prova digital*, ostenta peculiaridades” que merecem tratamento especial (PASTORE, 2020, p. 64).

Rennan Thamay e Mauricio Tamer (2020, p. 33), em ótima monografia sobre o tema, conceituam a prova digital como

“(…) o instrumento jurídico vocacionado a demonstrar a ocorrência ou não de determinado fato e suas circunstâncias, tendo ele ocorrido total ou parcialmente em meios digitais ou, se fora deles, esses sirvam como instrumento de sua demonstração. A prova digital é o meio de demonstrar a ocorrência de um fato ocorrido em meio digital, ou que tem no meio digital um instrumento de demonstração de determinado fato (e) de seu conteúdo.”

De modo que há *duas vertentes* de análise quando se trata das provas digitais, (i) a primeira relacionada aos fatos ou atos jurídicos *praticados nos próprios meios digitais*, tendo como *suporte* um meio digital, citando-se, como exemplos: (a) envio de *e-mail* ou de mensagem por aplicativos de mensageria, como WhatsApp, Telegram e outros; (b) publicação de um vídeo na internet, no YouTube, por exemplo; (c) cópia de *software* ou da base de dados de um computador, etc.; e (ii) a segunda, na qual, embora o fato ou ato jurídico tenha sido praticado em meios “convencionais”, ele pode ser *demonstrado com a utilização dos meios digitais* disponíveis, servindo estes, portanto, como instrumento de demonstração – de prova em sentido estrito –, podendo ser lembrado como exemplo o seguinte: uma *ata notarial*, na qual o tabelião certifica que fotografias publicadas em mídia social (Facebook, Instagram e outras) revelam *encontros, viagens e até intimidades* entre determinadas pessoas (THAMAY; TAMER, 2020, p. 32-33).

Proponho, para facilitar a compreensão da dicotomia, que na primeira vertente temos (i) prova digital *de primeiro grau*, ao passo que, na segunda, uma (ii) prova digital *de segundo grau*, porque, aqui, apenas a prova em si é produzida a partir de meios ou suportes digitais.

## DOCTRINA

Esses autores referidos citam vários exemplos de fatos que ocorrem em meios ou suportes digitais – prova digital de primeiro grau – e que revelam *ilícitos* civis, trabalhistas e criminais (THAMAY; TAMER, 2020, p. 34-39).

Quanto aos ilícitos *de natureza civil*, vejamos os seguintes exemplos:

(i) alguém realiza postagem “inverídica, desatualizada ou desonrosa” em relação à determinada pessoa em mídia social (Facebook, Instagram, Twitter e outros), ou pratica esse ato “por meio de vídeo disponibilizado no YouTube” – nesses casos, o agente causador do dano *se utiliza dos meios digitais* amplamente conhecidos, mais precisamente dos “serviços dos respectivos provedores de aplicação”, e a pessoa natural ou jurídica (art. 52 do CC/02; Súmula nº 227 do STJ) pode buscar em juízo uma *indenização compensatória do dano moral* sofrido em razão daquele ato ilícito (arts. 186 e 927 do CC);

(ii) alguém cria *sites*, utilizando-se das “marcas de outras organizações sem a autorização destas, gerando benefício ilícito e a confusão ao público consumidor” – aqui temos uma prática que viola a propriedade intelectual de terceiros, “seja no viés da propriedade industrial (marcas, *trade dress*, etc.) – Lei nº 9.279, de 1996, seja no viés do direito autoral ou dos direitos sobre o *software*”, por meio de fatos praticados *exclusivamente* em meio digital;

(iii) “a prática ilícita comum de compartilhamento não autorizado de materiais ou cursos” por *e-mail* e outros meios digitais, que atenta contra os direitos autorais (Lei nº 9.610/98);

(iv) as práticas de concorrência desleal, dentre tantas, a “utilização de páginas ou *blogs* anônimos vocacionados à propagação de conteúdo ilícito (v.g., inverídico ou desatualizado) para levar o concorrente ao descrédito”.

Na *seara trabalhista* – a que mais nos interessa –, os autores afirmam que são muitos os exemplos de ilícitos cometidos *nas relações de trabalho*, com a utilização dos meios digitais, tanto pelo empregado quanto pelo empregador (THAMAY; TAMER, 2020, p. 36-37).

Por parte *do empregado*, podem ser citados os seguintes exemplos:

(i) “o desvio de informações ou de documentos sigilosos e de propriedade das organizações empregadoras para terceiros” – essa prática pode ser empreendida por cópias enviadas por um simples *e-mail*, mas geralmente é bem sofisticada, com a extração de cópia de arquivos digitais (*pen drive*, HD externo, etc.), posteriormente entregue ao concorrente; e caracteriza *justa causa* para o despedimento do empregado, não somente pela quebra de confiança, mas por

haver previsão expressa na CLT a esse respeito: constitui figura de justa causa a “violação de segredo da empresa” (alínea “g” do art. 482);

(ii) um empregado, “responsável pela condução de uma RFP – *Request for Proposal*” –, que, *numa licitação*, “negocie vantagens a determinado concorrente por *e-mail* ou celular corporativo”; essa prática também está tipificada como *justa causa* no art. 482, alínea “c”, da CLT: “negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço”;

(iii) ato de empregado que, em grupo de WhatsApp da empresa “publica conteúdos desonrosos ou profere xingamentos a outro empregado, tumultuando o ambiente corporativo” – aliás, tem sido muito mais comum que empregados desanquem a honra objetiva da própria empresa ou a subjetiva de proprietários e diretores *em mídias sociais*, como Facebook, Instagram, Twitter e outras; em todos esses casos teremos ilícitos praticados em *suporte digital*; o que se tem aqui é outra figura de *justa causa*, tipificada no art. 482, alínea “k”, da CLT, a saber: “ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem”;

(iv) os autores citam, ainda, o exemplo de empregado que alega “doença para não comparecer em serviço e fique provado, a partir de postagens em mídias sociais que, na verdade, mentiu” – embora se trate de hipótese cada vez mais frequente nas audiências trabalhistas, por coerência, aqui, o que se tem é uma *prova digital de segundo grau*, porque os fatos – viagens, festas, jogos – ocorreram em ambiente “físico”, não nas plataformas digitais; *apenas as provas* dos fatos que revelam a mentira do empregado é que serão consideradas *digitais*; mais uma vez, essa hipótese se trata de uma figura de *justa causa*, pois é inadmissível que o empregado apresente atestado médico para não trabalhar em razão de sua doença e, no lugar de permanecer em casa se recuperando, faça suas viagens, compareça a festas, bares ou vá praticar esportes; essa conduta propicia a *quebra da confiança* que deve ser depositada em todo empregado, estando prevista, ainda que não expressamente, na alínea “b” do art. 482 da CLT: (ato de) “incontinência de conduta ou mau procedimento”.

Contudo, *o empregador* também pode cometer, contra o empregado, ilícitos com o uso dos meios digitais, dando ocasião a uma *prova digital* de sua conduta reprovável (THAMAY; TAMER, 2020, p. 36-37). Citam-se, como exemplos, os seguintes:

(i) prática de *assédio sexual* pelo empregador, que “aborda a empregada por meio de mensagens privadas no WhatsApp com tom indecoroso, sexual – inclusive com envio de imagens – ou de coação” – de se registrar que, em regra, o empregador ou gerente da empresa pratica atos de assédio sexual “a portas fechadas”; se houver uma *prova digital* dessas investidas, como gravação em áudio no aparelho celular, haverá, aqui, uma situação em que *apenas a prova é digital*; agora, no exemplo dado (pelos autores citados) haverá, sem dúvida, um caso em que o próprio fato ilícito foi cometido por intermédio de aplicativo de mensageria instantânea (WhatsApp, Telegram e outros); aqui, a *prova é digital* por excelência;

(ii) “desrespeito ao direito de férias” do empregado, pelo envio (constante) de mensagens por aplicativos e exigência de respostas (e trabalho, portanto) durante o período em que o trabalhador se dedica à sagrada *desconexão do trabalho* – o que se constata, aqui, é um gravíssimo ilícito trabalhista porque o direito ao gozo de férias se trata de um dos mais importantes direitos sociais dos trabalhadores, erigido ao patamar de *direito fundamental* (art. 7º, inciso XVII, da CF/88); a hipótese revela uma situação de *prova digital de primeiro grau*, por assim dizer, porque o fato – trabalho durante o período de férias – ocorreu com a utilização dos meios digitais: cobrança de respostas e informações por *e-mail* ou aplicativo de mensagens instantâneas, com o trabalho prestado também por esses mecanismos digitais;

(iii) realização de horas extras “pela comunicação feita por WhatsApp fora do horário de trabalho” – do mesmo modo que no exemplo anterior, aqui se constata outro grave ilícito trabalhista, haja vista que o *direito à limitação da jornada de trabalho* se trata de um direito social histórico (Convenção nº 1 da OIT, de 1919), consagrado como *direito fundamental* na Constituição brasileira (art. 7º, incisos XIII e XIV, da CF/88); também aqui a hipótese – tão frequente nas relações de trabalho – é de uma *prova digital de primeiro grau*, porque as horas extras, consubstanciadas nas respostas e informações prestadas por WhatsApp, foram praticadas com a utilização desse mecanismo digital;

(iv) posso citar, ainda, dentre tantos outros exemplos que já começam a fazer parte da jurisprudência trabalhista, o caso de *assédio moral* praticado por gerentes e outros gestores das empresas contra seus empregados, por intermédio de canais de comunicação internos, dentre eles, grupos de *e-mail* corporativo, de WhatsApp, Telegram e outros; nessa situação, as mensagens agressivas, em regra exigindo o cumprimento de metas ou de outras imposições do empregador, são constantes; essas mensagens abusivas, quando praticadas com a utilização dos recursos tecnológicos de comunicação – *e-mail* corporativo, grupos de

WhatsApp e/ou Telegram –, vão caracterizar a prova como sendo digital, pois os fatos, aí, ocorrem todos no *suporte digital*.

Isso sem falar nos vários casos em que as partes têm se utilizado – ou requerido a utilização – da *geolocalização* para demonstrar fatos ocorridos fora do ambiente virtual – vínculo de emprego, horas extras, justa causa, etc. –, ou, pelo menos, para demonstrar um indício a partir do qual se pode presumir a existência do fato probando. Trata-se, no entanto, de matéria bem complexa que não irei analisar neste breve artigo.

### 3 – A natureza jurídica das provas digitais

As provas digitais foram muito propagadas desde 2020, por conta da Pandemia da Covid-19 e do regime extraordinário de trabalho instaurado em todo o Judiciário brasileiro. Agora, seriam as provas digitais um novo meio de prova? Em caso afirmativo, um meio típico ou atípico de prova?

A princípio, as provas digitais poderiam ser enfeixadas na prova documental *lato sensu* (art. 422, e parágrafos, do CPC); ou, quando muito, seriam documentos eletrônicos (arts. 439 a 441 do CPC). Não obstante, dada a dimensão que a prova digital tem tomado no processo brasileiro, penso que o correto talvez seja mesmo a considerar como um *novo* meio de prova. Seria, assim, a prova digital um *meio atípico de prova*.

Contudo, os doutrinadores que têm se proposto a estudar essa temática vêm considerando a prova digital como uma prova *documental* e esta seria, portanto, sua *natureza jurídica*.

Rennan Thamay e Mauricio Tamer, na monografia já referida, ponderam que *documento* não pode ser entendido “apenas como uma escrita em um papel”, sendo que o direito digital está a revelar essa obviedade. “De forma ampla, documento é um objeto com capacidade em materializar um fato, seja por meio da escrita, de sinais, gráficos, símbolos, etc. São documentos, portanto, os filmes, as fotos, as transcrições, desenhos” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 112-113).

Arruda Alvim observa que a palavra “documento” é comumente “utilizada como sinônimo de prova literal”, mas o CPC de 2015 faz menção a documentos que “não se ajustam, com rigor, ao conceito de prova literal”, porque não revela essa natureza das coisas a “reprodução mecânica, como a fotográfica, a cinematográfica, a fonográfica ou de outra espécie”, referida no *caput* do art. 422 do CPC, tampouco as “fotografias digitais e as extraídas da rede mundial de computadores”, mencionadas no § 1º deste dispositivo legal (*apud* THAMAY; TAMER, 2020, p. 112-113).

## DOCTRINA

De se acrescentar que o § 3º do art. 422 do CPC determina a aplicação do “disposto neste artigo à forma impressa de mensagem eletrônica”. De modo que, embora não se trate de documentos em sentido estrito, as *fotografias*, em especial as digitais, os *vídeos* e os *áudios*, sobretudo quando publicados na *internet*, têm sido todos considerados como *documentos*. Com efeito, a juntada dessa documentação aos autos de um processo, principalmente nos processos eletrônicos, é considerada, por via de consequência, uma *prova documental*.

Com efeito, *documento* é “qualquer suporte físico ou eletrônico em que um fato e suas circunstâncias estão registrados”. E a *prova documental*, “por sua vez, é o resultado obtido no processo ou procedimento a partir da utilização desse documento” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 113).

“É prova documental, por exemplo, o resultado prova obtido no processo a partir de CD, mídia ou HD juntado aos autos em que consta determinado vídeo que interessa à discussão jurídica estabelecida. (...) Igualmente, é prova documental aquela obtida a partir da juntada de extratos de registros eletrônicos (IP, data e hora) obtidos em demanda anterior de quebra de sigilo em face de provedor. As capturas de tela ou *printscreen* também produzem provas documentais. Em suma, o fato está registrado em algum suporte físico ou eletrônico? E esse suporte não é outra prova específica? Se a resposta for positiva para ambas as questões, o resultado prova extraído será documental.” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 114)

Percebe-se, assim, que a doutrina tem feito *distinção apenas em relação ao suporte* do qual a prova documental é extraída. Se de um (i) *suporte físico* – um documento em sentido estrito (contrato, atas, etc.), assim considerada também a cópia reprográfica, a fotografia revelada, etc. –, haverá uma prova documental *stricto sensu*. Se de um (ii) *suporte digital (ou eletrônico)*, estando o “documento” armazenado em computador ou qualquer outro dispositivo tecnológico (CD, HD), ou, ainda, publicado ou registrado na internet, podendo se tratar de fotografia digital, áudios, vídeos e tantos outros formatos, haverá, aí, um documento digital e, portanto, uma prova documental *lato sensu*.

Há até quem faça distinção entre documentos *eletrônicos* e documentos *digitais* (NERY Jr.; NERY, 2015, p. 1060).

A doutrina registra, contudo, a *inutilidade prática* dessa distinção, no âmbito do sistema processual. Não por outra razão, temos um processo judicial eletrônico – Lei nº 11.419/06, a Lei do Processo Eletrônico –, atos processuais

eletrônicos (arts. 193 a 199 do CPC) e documentos eletrônicos (arts. 439 a 441 do CPC), mas falamos de provas digitais e até mesmo em Direito Digital.

De sorte que o documento eletrônico (ou digital) “é aquele produzido, autenticado, armazenado e transmitido em *suporte eletrônico* na sua forma original” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 118-122). São exemplos desses documentos: (i) qualquer documento que esteja “nos formatos e extensões pdf ou doc, assinados eletronicamente ou não”; (ii) algum vídeo que tenha sido “elaborado integralmente pelo meio eletrônico” ou que esteja “presente na plataforma conhecida do YouTube, acessível via petição nos autos por QR Code”; (iii) as mensagens enviadas e recebidas por qualquer aplicativo de mensageria, como WhatsApp, Telegram e outros; (iv) os *e-mails* ou correios eletrônicos; (v) os áudios em MP3 ou outro recurso tecnológico, gravados até mesmo em aparelho celular, etc.

Agora, não se pode confundir o documento digital (ou eletrônico) com o *documento digitalizado*. Este é um terceiro tipo (de documento), podendo ser considerado como tal aquele documento “originalmente produzido em meio físico e depois transportado, por meio da digitalização (fotografia, utilização de aplicativos, digitalização via *scanner*, etc.), para suporte eletrônico” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 122-126).

Por todo o exposto neste tópico, percebe-se que a doutrina tem mesmo considerado a prova digital como uma *prova documental*, que compreende os documentos eletrônicos e outras situações muito específicas.

#### 4 – Requisitos de validade da prova digital

Os problemas começam a surgir quando se enfrentam as várias questões relacionadas à *confiabilidade* da prova digital. Como é sabido, a prova documental derivada dos documentos originais é altamente confiável, sendo um dos mecanismos probatórios mais prestigiados no âmbito do processo civil. Reconhecida a assinatura de quem confecciona esse documento – ou de quem, mesmo não o preenchendo, o subscreve (art. 410, II, do CPC) –, passa a recair sobre os ombros *de quem impugna* o seu conteúdo um pesado encargo probatório (art. 429, I, do CPC), até porque assim disciplina o art. 412 do CPC: “O documento particular de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída”.

Com efeito, de acordo com Marinoni e Arenhart, “a confiabilidade da prova documental – e a importância singular que os ordenamentos processuais lhe emprestam – assenta-se, exatamente, na *estabilidade do suporte* em que a

informação é registrada” (*apud* PASTORE, 2020, p. 64). Daí que o *suporte* de onde provém a prova documental (sua fonte) é deveras relevante para se verificar a (boa) qualidade da prova. Não por outra razão, o *documento original* tem maior força probante, aos olhos do julgador, do que a simples cópia, a menos que seja certificada a “conformidade entre a cópia e o original” (art. 424 do CPC).

“Ocorre que o documento produzido em meio eletrônico pode, em regra, ser alterado sem esforço, em meios de armazenamento suscetíveis de regravação”. Basta recordar que o “fluxo de dados em uma rede de computadores, como a internet” é muito denso e intenso, fazendo com que “a informação armazenada em meio eletrônico” seja apenas temporária, podendo ser substituída, diante de sua “grande volatilidade” (PASTORE, 2020, p. 64).

Por isso, para que a prova digital tenha a *mesma confiabilidade* da prova documental extraída de meio ou suporte físico (o documento em si), mister que ela ofereça a mesma segurança jurídica, que somente será proporcionada se atendidas *duas premissas básicas*: (i) que resulte bem clara a *origem* do documento digital, ou seja, a sua *autenticidade*, verificável quando não pairar dúvidas sobre a *sua autoria*, por assim dizer; (ii) que se possa verificar a *integridade das informações*, dos dados constantes do documento digital, em quaisquer de seus formatos já examinados – escrita, áudio, vídeo, etc.

“Vale destacar que tais parâmetros – autenticidade e integridade – são expressamente previstos pela legislação processual para o registro de atos processuais eletrônicos (art. 195 do Código de Processo Civil) e podem ser estendidos, seja por analogia, seja pela própria finalidade da prova, a todo e qualquer registro eletrônico que se pretenda utilizar com força probante no processo.” (PASTORE, 2020, p. 68-69)

Em verdade, a doutrina tem apontado que são *três os requisitos imprescindíveis* – ou pressupostos de validade – para que a prova digital possa ser utilizada com segurança em determinado processo judicial: (i) a *autenticidade*; (ii) a *integridade*; e (iii) a *preservação* da cadeia de custódia. “A falha em qualquer deles resultará na fragilidade da própria prova, tornando-a fraca e até, por vezes, imprestável ou impotente de produzir efeitos no caso concreto” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 39-40). Resta saber, portanto, do que se trata cada um desses requisitos.

A *autenticidade* deve ser entendida como “a qualidade da prova digital que permite a certeza com relação ao autor ou autores do fato digital”. É, portanto, “a qualidade que assegura que o autor aparente do fato é, com efeito, seu autor real” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 40).



## DOCTRINA

Daí que, *negada a autoria* do fato digital e pairando séria dúvida sobre quem realmente o praticou, o *ônus* de demonstrar o fato digital (e sua autoria), o *fato constitutivo* do direito do autor da demanda – por exemplo, em ação indenizatória de dano moral –, é de quem o alega (art. 429, II, do CPC). Voltaremos a esse tema do ônus da prova.

Quando se trata de *documento digital*, se a assinatura eletrônica for *certificada* em conformidade com as diretrizes da *ICP-Brasil – Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira* –, criada pela MP nº 2.200/01, ele *se presume verdadeiro*. A esse respeito, dispõe o art. 10, § 1º, da referida MP:

“As declarações constantes dos documentos em forma eletrônica produzidos com a utilização de processo de certificação disponibilizado pela ICP-Brasil presumem-se verdadeiros em relação aos signatários, na forma do art. 131 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil.”

Bem sabido que o Código Civil de 2002 manteve a mesma regra, em seu art. 219. Ora, se a assinatura eletrônica *identifica o autor do documento*, pois a codificação de cada assinatura é única, *não há como negar* a autenticidade desse documento. Se a pessoa, natural ou jurídica, argumentar, por exemplo, que alguém se utilizou indevidamente do cartão ou *pen drive* que contém a chave da assinatura, competirá a ela o pesado encargo de comprovar o fato alegado e, salvo em situações que conduzam a severa injustiça, há de se prestigiar a boa-fé objetiva de quem confiou naquela assinatura, pois presumidamente aposta pela única pessoa que a poderia “deter”.

Isso, porque a *assinatura digital ou eletrônica* “é produto de sofisticada técnica elaborada a partir da criptografia assimétrica, que recebe tal denominação por não se basear em um segredo comum”.

“Em breve resumo, essa forma de criptografia atua a partir de um conjunto de chaves, compostas de uma sequência de caracteres gerada por computador, a partir de elementos aleatórios e fórmulas matemáticas avançadas que viabilizam a sua correlação. (...)”

Uma vez aplicada essa espécie de criptografia sobre determinado conteúdo, a alteração de qualquer mínima unidade de informação – um *bit* que seja, ainda que em metadados que não repercutam diretamente no seu teor – torna impossível que a decodificação resulte no que se assinou ou mesmo algo próximo, dada a assimetria das chaves utilizadas no algoritmo.” (PASTORE, 2020, p. 69-70)

Ocorre que a emissão de certificados digitais, com toda essa tecnologia, e apenas pelas autoridades certificadoras autorizadas pela ICP-Brasil, tem um *custo muito elevado*, motivo pelo qual esses certificados são utilizados basicamente no processo judicial eletrônico, nos órgãos públicos e em empresas de grande porte. Daí a presença constante de *outros métodos de autenticação*, até porque a própria MP nº 2.200/01 isso permitiu, no § 2º de seu art. 10.

No setor de serviços é bastante comum, para fins de autenticação – *identificação do usuário* –, “o envio de correspondência a um endereço de correio eletrônico, ou de mensagem de texto (SMS) a uma linha de telefonia móvel, contendo um código a ser fornecido ao prestador de serviços na própria plataforma”. *Inserido o código*, a empresa que fornece os serviços identifica com segurança que “o usuário de um determinado sistema é o titular da linha ou o detentor do endereço de *e-mail*”. Ademais, atinge também essa mesma finalidade “o registro da origem de um acesso a um serviço ou aplicação, pelo endereço do Protocolo de Internet (IP) e pela porta lógica de origem da conexão”, que, inclusive, permite, “pela consulta aos registros do provedor de conexão à internet, identificar o autor de dado conteúdo” ali postado (PASTORE, 2020, p. 71).

Ocorre que há *várias situações* nas quais *se pode discutir* a autenticidade da prova digital produzida nos autos do processo. Dentre elas, podem ser destacadas as seguintes: a) nem sempre o titular do perfil ou página, na internet, é o autor real da postagem ofensiva feita numa mídia social, pois há inúmeros casos de criação de perfil falso ou *fake*; b) pode ser que alguém se utilize do *e-mail* (corporativo) de determinada pessoa, e, no computador da empresa, envie mensagem a “algum agente público prometendo determinada vantagem ilícita” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 44).

Em relação à *integridade*, a doutrina tem asseverado que esse requisito deve ser compreendido como “a qualidade da prova digital que permite a certeza com relação à sua completude e não adulteração”. Com efeito, a prova digital será *considerada íntegra* quando se apresentar “isenta de qualquer modificação em seu estado ou adulteração desde o momento da realização do fato até a apresentação do resultado prova”, estando *apta* “a demonstrar a reprodução do fato em sua completude e integridade” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 45).

Os *mesmos exemplos* citados em relação ao requisito autenticidade podem ser aqui lembrados, porque denotam a possibilidade de *adulteração* da prova digital. Ainda que haja um autor aparente, (i) pode ser que a publicação maliciosa tenha sido postada em perfil falso ou *fake*, nas chamadas mídias sociais; (ii) pode ocorrer de o *e-mail* por intermédio do qual se comete crime ou ato de concorrência desleal não ter sido enviado pelo seu titular, o autor aparente;

(iii) o *printscreen* pode ter sido apresentado, nos autos do processo, a partir de “captura de tela de conteúdo” adulterado. Aliás, é bastante “simples e fácil construir ou alterar uma conversa de aplicativo de mensagens, de *e-mails* ou postagens em mídias sociais”. Por isso, a doutrina tem recomendado que “o procedimento de coleta da prova seja acompanhado de lavratura presencial de ata notarial apta a atestar, com fé pública, que a integridade for (*sic*) respeitada”. Apresenta-se, como alternativa, “a extração de código Hash sobre a cópia feita, atestando que ela é um espelho fidedigno do dispositivo original” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 45-46).

Agora, além dos documentos digitais em sentido estrito, existe o *extrato digital de banco de dados*, previsto no art. 11, § 1º, da Lei nº 11.419/06, o qual tem o *mesmo valor probante* que os originais, “desde que atestado pelo seu emitente, sob as penas da lei, que as informações conferem com o que consta na origem” (art. 425, V, do CPC). Ocorre que, quando se tratar de “informações produzidas em meio exclusivamente eletrônico, assim as inseridas pelo preenchimento de um formulário digital” – por exemplo, as resultantes de transações financeiras feitas em aplicativos dos bancos –, “ou mesmo geradas automaticamente por sistemas informatizados, para registro da sua utilização ou em função dela” – por exemplo: (i) ligações telefônicas; (ii) troca de mensagens; (iii) acesso a páginas da internet; (iv) dados de geolocalização obtidos de aplicativos em aparelhos celulares –, “não haverá outro meio de prova possível e a informação deverá ser necessariamente extraída do banco de dados digital” (PASTORE, 2020, p. 72-74).

A questão que se coloca é: quem garante (e, como garantir) que essa extração de dados – *extrato digital de banco de dados* – foi realizada de maneira adequada e sem comprometimento dos dados digitais?

“São frequentemente juntadas aos autos, como documento ou mesmo em reprodução de baixa qualidade no corpo dos arrazoados, imagens de telas de computador, em que aparentemente se contém um registro informatizado, mas sem nenhum esclarecimento sobre a criação e guarda dos dados, sobre o método de acesso ao banco de dados nem a responsabilidade por essa atividade.

Fica inteiramente prejudicada, dessa forma, a eficácia probatória do banco de dados digital, porque não se pode garantir que a informação é confiável na origem, tampouco que o que foi reproduzido nos autos corresponde ao que consta na origem (autenticidade), sem possibilidade de alteração desde a extração (integridade).” (PASTORE, 2020, p. 75)

## DOCTRINA

Por isso, a doutrina tem recomendado que a *extração dos dados* seja acompanhada por notário e descrita com precisão numa *ata notarial*, ou que, pairando dúvidas sobre a integridade da prova digital, ela seja submetida a criterioso *exame pericial*.

Ocorre que esses procedimentos têm um *custo elevado*, sobretudo a lavratura de ata notarial. Ademais, a *produção* da prova pericial – além de seu custo – pode ser *bastante demorada*, comprometendo a celeridade que se almeja para os processos judiciais. Por essas razões, penso que, no processo do trabalho, diante dos princípios da simplicidade, informalidade, gratuidade e efetividade, é possível admitir a produção menos formal da prova provinda dos meios ou suportes digitais, com a simples “juntada”. De modo que, apenas se houver *séria controvérsia sobre sua autoria e conteúdo*, é que deve ser determinada a requisição de dados aos provedores de conexão e aplicação da internet, ou a outros detentores da informação produzida em meio digital.

Enfim, também se apresenta como requisito da prova digital a chamada *cadeia de custódia*. A respeito dessa exigência, assim tem se manifestado a doutrina:

“(...) é preciso preservar a autenticidade e a integridade em todo processo de produção da prova digital, desde sua identificação, coleta, extração de resultados, até a apresentação no processo ou procedimento de destino. A ideia é construir verdadeiro registro histórico da evidência, de toda a vida da prova. A ideia é que se alguém seguir os mesmos passos já dados na produção da prova, o resultado será exatamente o mesmo. Nesse ponto, é importante sinalizar datas, horários, quem teve acesso, onde o acesso foi feito e até quaisquer alterações inevitáveis relacionadas.” (THAMAY; TAMER, 2020, p. 114)

Por isso, é importante que os atores jurídicos, a despeito dos princípios fundamentais do processo do trabalho, tenham *mais cuidado na juntada* aos autos das provas digitais, lembrando-se que mero *printscreen* no corpo das petições (inicial, contestação, etc.) *não se trata* sequer de documento, mas de *mera ilustração* para reforçar os argumentos da causa de pedir e da tese defensiva. Daí que, seja (a) na mera extração de um *printscreen* de conversas de *e-mail*, WhatsApp, Telegram, de páginas ou perfis na internet, seja (b) na juntada de CD ou DVD com áudios ou vídeos para comprovar determinados fatos, o advogado deve fazer o possível para *identificar*: (i) a data em que teve acesso à prova; (ii) a data da extração da prova do meio digital; (iii) os horários do acesso e da extração; (iv) quem mais teve acesso à prova, ou quem a acessou e comunicou à parte; (v) em que lugar se deu o acesso e a extração

das informações; (vi) se, na extração dos dados, houve alterações inevitáveis, pela própria natureza das coisas.

Somente assim será possível à parte demonstrar ao juiz a *lisura* na extração dos dados, permitindo a *confiabilidade* na prova digital carreada aos autos do processo. E, nesse caso, se a parte contrária alegar *adulteração* das informações, *dela será o ônus de provar* que isso realmente aconteceu.

## 5 – O ônus da prova a respeito da prova digital

De todos é sabido que o ônus da prova não se trata de obrigação, tampouco de um dever, mas simplesmente de um *encargo* do qual deve se desincumbir a parte que, segundo as regras de definição específicas, tem a *incumbência* de convencer o juiz sobre a existência (veracidade) dos fatos por ela afirmados. James Goldschmit assinalava que ônus ou encargo é um peso que se coloca sobre uma pessoa, de modo que ela se desincumba dele (*apud* DINAMARCO, 1986, p. 185-186). Assim, a consequência para a parte que não se desincumbe de seu ônus é o julgamento *desfavorável* à sua pretensão.

Havendo, no processo, *fatos controvertidos, relevantes e pertinentes* (SANTOS, 1990, p. 333-342), e determinados, será necessário investigar sobre o *ônus da prova*, à luz do art. 373 do CPC/2015 e do atual art. 818 da CLT, que deixou de enunciar um princípio geral a respeito da prova (quem alega, deve provar), para conter regras objetivas que levam em conta, sobretudo, a *natureza dos fatos controvertidos*.

Preleciona Carlos Alberto Reis de Paula (PAULA, 2001, p. 104-105) que, dentre as tantas teorias criadas para a repartição do ônus da prova entre as partes, merece destaque a teoria desenvolvida por Chioenda, por ter sido a adotada no direito processual brasileiro (art. 333 do CPC/73; art. 373 do CPC/2015; e, agora, art. 818 da CLT). “Por esta teoria, indica-se a qual das partes incumbe o ônus da prova, consoante a natureza dos fatos”. Assim, torna-se necessário verificar a *natureza jurídica* dos fatos controvertidos, na chamada *distribuição estática* do ônus da prova.

*Fato constitutivo* é o fato que faz nascer o direito ou os efeitos jurídicos pretendidos, ou seja, é o fato a partir do qual existem efeitos jurídicos concretos deduzidos pelo demandante. Por sua vez, *fato impeditivo* é o que impede o nascimento do direito ou a produção de efeitos jurídicos do fato afirmado pelo autor; o fato não é contestado, pois o que se contesta são os seus *efeitos jurídicos*. *Fato modificativo* é aquele que altera os efeitos jurídicos do fato constitutivo

alegado pelo demandante. Enfim, *fato extintivo* é o que faz desaparecer todos os efeitos jurídicos do fato constitutivo (SILVA, 2021, p. 281-283).

Definida a natureza jurídica dos fatos controvertidos, torna-se bem mais fácil compreender as regras objetivas de definição do ônus da prova. A respeito da definição do ônus, Giuseppe Chiovenda (1998, p. 447-449) enuncia que, ao autor, compete o ônus da prova do fato constitutivo do seu direito, cabendo, portanto, ao réu: a) “provar fatos que provam a *inexistência* do fato provado pelo autor, de modo direto ou indireto”; b) ou, “sem excluir o fato provado pelo autor”, afirmar e provar “*um outro* que lhe elide os efeitos jurídicos, e aí temos a verdadeira prova *do réu*, a prova da *exceção*”.

No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos (1990, p. 447), para quem a distribuição do ônus da prova pode ser sintetizada em *duas regras*:

1<sup>a</sup>) ao autor cabe a prova dos fatos dos quais deduz o seu direito, ao passo que ao réu incumbe a prova dos fatos que, de modo direto ou indireto, atestam a inexistência daqueles, ou seja, a prova contrária ou contraprova;

2<sup>a</sup>) ao autor compete a prova do fato constitutivo e ao réu a prova do fato extintivo, impeditivo ou modificativo, explicando o doutrinador que essa regra “reafirma a anterior, quanto ao autor, e atribui o ônus da prova ao réu que se defende por meio de exceção, no sentido amplo”.

Obviamente, trata-se da doutrina clássica. Hoje, não se pode olvidar da *teoria dinâmica* da distribuição do ônus da prova, que foi, inclusive, positivada no sistema processual brasileiro (art. 373, § 1º, do CPC; art. 818, § 1º, da CLT). Tampouco das especificidades da temática da *inversão do ônus da prova* no processo do trabalho. Contudo, neste breve artigo não terei condições de analisar essas questões.

Quanto ao ônus da prova em *matéria de provas digitais*, há de se ter em mente que essa temática é bem recente. A doutrina e a jurisprudência ainda estão dando os *primeiros passos* para a definição do que se pode entender como prova digital, de sua natureza jurídica e dos requisitos imprescindíveis para a sua (boa) produção em juízo, questões já examinadas brevemente.

Nessa *teoria em construção*, para a definição das regras – estáticas ou dinâmicas – de ônus da prova quanto à produção da prova digital em juízo, o ponto de partida para essa edificação deve ser a clássica teoria geral da prova. Com efeito, é na *teoria geral da prova* (e do ônus da prova) que o jurista deve buscar teorizações e construções normativas que possam subsidiar a difícil definição de regras específicas sobre o encargo probatório, quando se tratar de questões relacionadas às provas digitais.

## DOCTRINA

Pois bem, a se entender a prova digital como uma prova documental *lato sensu* – e parece ser esta a inclinação da doutrina e da jurisprudência, como mencionei anteriormente –, de saída, até que haja construção mais elaborada a respeito dessa temática, devem ser aplicadas as *regras clássicas* sobre ônus da prova, disciplinadas para a produção da *prova documental*.

Destarte, as diretrizes do *art. 429 do CPC* são mesmo o ponto de partida para a definição do encargo de prova, quando a controvérsia se referir a quem compete – pelas regras subjetivas e objetivas do ônus da prova – *demonstrar* ao juiz o *fato digital* alegado nos autos do processo.

Por isso, se a parte contra quem se faz a juntada de um documento – o autor ou o réu – *não impugna a assinatura* ou mesmo a reconhece, tendo o confeccionado ou simplesmente subscrito esse documento (art. 410, II, do CPC), passa a recair sobre seus ombros um pesado encargo probatório, em conformidade com o art. 429, I, do CPC. Com efeito, disciplina o art. 412 do CPC que o documento particular “de cuja autenticidade não se duvida prova que o seu autor fez a declaração que lhe é atribuída”.

Destarte, a *primeira regra* sobre ônus probatório em matéria de provas digitais é esta: se a parte contra a qual se produziu uma prova digital não impugna sua assinatura, mas *apenas o seu conteúdo*, é dela o ônus da prova. Nesse caso, o que a parte certamente alegará é a *falta de integridade* da prova digital, que esta foi adulterada ou até mesmo que está incompleta – por exemplo, na juntada de *printscreen* de conversas de WhatsApp. A parte poderá alegar, ainda, a *quebra da cadeia de custódia* quando da extração digital do banco de dados, e, nesse caso, o ônus da prova *também será seu*.

*Em suma*, se a parte contrária alegar *adulteração* das informações contidas em qualquer prova digital, dela será o *encargo de provar* que, de fato, isso ocorreu, mediante a juntada do (documento) original, da prova por completo (conversações, por exemplo), prova pericial ou até mesmo com o requerimento de *expedição de ofícios* a empresas que guardam os dados de onde foi extraída a prova digital, em regra, os provedores de conexão e/ou de aplicação da internet.

Agora, se determinada pessoa, natural ou jurídica, argumentar nos autos do processo que *alguém se utilizou indevidamente* do cartão ou *pen drive* que contém a chave de sua assinatura, *dela será* o pesado encargo de demonstrar que isso realmente aconteceu. Ora, nas relações jurídicas em geral há um imperativo de que se deve prestigiar a *boa-fé objetiva* de quem confiou naquela assinatura, pois, até prova em contrário, presume-se que foi aposta no documento pela única pessoa que a poderia “deter”.

De outra mirada, se a parte contra quem se faz a juntada de uma prova digital – documento em sentido estrito ou *lato sensu*, como já visto – *não reconhece sua assinatura* ou *nega a autoria* do fato digital, de modo a gerar dúvida objetiva sobre quem realmente o praticou, o *ônus de provar* a ocorrência do fato digital – documentado na prova digital –, bem como de sua autoria, é de *quem o alega*, em conformidade com o art. 429, II, do CPC. Nesse caso, até se pode considerar que o fato digital, por mais forte razão, será definido como o *fato constitutivo* do direito do demandante, como ocorre numa ação de indenização por dano moral. Se o autor da demanda não comprovar, robustamente, que o fato digital *realmente aconteceu* e que o réu foi a pessoa que o praticou – por exemplo, um ilícito trabalhista consistente na ofensa à honra por meio de conversas de WhatsApp ou de publicações em mídias sociais como o Facebook, o Instagram e outras –, terá seu pedido julgado improcedente.

*Em suma*, negada a prática do ilícito ou mesmo sua autoria – uma *negativa absoluta*, portanto –, *de quem alega* o fato digital será o encargo probatório. Nesse caso, a parte terá que demonstrar o teor da prova digital e que a parte contrária realmente praticou o ato ou fato jurídico, ou seja, que esta assinou o documento digital, que viajou a passeio quando estava de licença por atestado médico e uma infinidade de outras situações já analisadas anteriormente.

Como não tenho a menor pretensão de esgotar um tema tão amplo, complexo e novo no mundo jurídico, penso que, com estas linhas, já poderá o ator jurídico traçar uma *boa estratégia* em matéria de prova digital, a qual deverá angariar a *confiança* de seu(s) destinatário(s).

Por fim, convém ponderar que as provas digitais *não eliminam* a necessidade de *produção de prova oral* na ampla maioria dos processos trabalhistas, pois o contrato de trabalho é um *contrato-realidade*, razão pela qual a prova testemunhal se sobrepõe à prova documental na Justiça especializada. Compreender a dinâmica da prova digital é fundamental para se produzi-la e para impugná-la, mas os atores jurídicos, em especial os advogados, não podem olvidar-se de que *a oralidade está no DNA* do processo do trabalho, motivo pelo qual a prova digital jamais poderá substituir a prova oral na audiência trabalhista, servindo, antes, como instrumento de confirmação ou refutação de situações ocorridas nas relações de trabalho, que são de *trato sucessivo*.

Ademais, a legislação trabalhista *exige a documentação* de inúmeros fatos da relação de emprego – recibos de pagamento, cartões de ponto –, além do que a juntada desses documentos nos autos do processo se torna um “dever” do empregador (Súmula nº 338 do TST, por exemplo), não sendo minimamente possível que a prova digital seja utilizada para substituir a *prova documental*



*necessária* (recibos, cartões, etc.). A prova digital não pode ser vista como a panaceia para todos os males, devendo a parte, inclusive, ao apresentar requerimento de sua produção, apontar (i) *fato determinado* e (ii) *justificar* a necessidade da referida prova, indicando data ou, no mínimo, período específico, em conformidade com o art. 22, parágrafo único, da Lei nº 12.965/2014 – o Marco Civil da Internet, no Brasil.

Com isso em mente, a prova digital poderá ser um mecanismo útil, quando produzida com respeito aos requisitos específicos, mas isso *não retira*, insista-se, a possibilidade de produção de prova oral a respeito dos fatos trabalhistas, diante do *princípio da primazia da realidade*, tão realçado pela boa doutrina. E tudo isso vai *influir decisivamente* até mesmo na definição do ônus da prova em matéria de provas digitais, mas não haverá tempo para tratar dessa importante correlação neste breve artigo.

## 6 – Conclusão

O avanço descomunal das tecnologias tem provocado *mudanças radicais* na sociedade em geral e nas relações humanas (e jurídicas). Estamos “caminhando” a passos largos do mundo físico para o mundo virtual. Natural, portanto, que as provas dos atos e fatos jurídicos estejam cada vez mais “presentes” no *espaço-tempo digital*, surgindo a necessidade de se construir uma *teoria das provas digitais*.

Na edificação dessa teoria, não se pode simplesmente ignorar a *teoria geral da prova*, estudada há séculos, na qual se podem encontrar inúmeros aportes que podem servir de *bússola* na investigação do que seria exatamente uma prova digital e de como ela deve ser produzida em juízo.

Talvez a prova digital nem se trate de um autêntico meio probatório, porque nessa temática importam muito mais as *fontes de prova*. Se o rito probatório continuar o mesmo, com a exigência das mesmas formalidades a respeito da produção da prova documental, o que vai sobressair são *as fontes* às quais se tem acesso pelos meios tecnológicos. Com efeito, há *duas vertentes* de análise quando se trata das provas digitais: 1<sup>a</sup>) a relacionada aos fatos ou atos jurídicos *praticados* nos próprios meios digitais, tendo como *suporte* um meio digital – o que ousou chamar de prova digital *de primeiro grau*; 2<sup>a</sup>) vertente na qual o fato ou ato jurídico foi praticado em meios “convencionais”, em suporte “físico”, mas pode ser *demonstrado* com a utilização dos meios digitais disponíveis – prova digital *de segundo grau*.

Os doutrinadores têm considerado a prova digital como uma prova *documental* e esta é, portanto, sua *natureza jurídica*. O *documento* é o suporte – físico ou eletrônico – no qual o fato e suas circunstâncias ficam registrados. E a *prova documental* é o resultado obtido no processo, seguindo-se o procedimento para a sua produção. Destarte, a distinção se dá apenas *em relação ao suporte* do qual a prova documental é extraída. Se de um *suporte físico*, haverá uma prova documental *stricto sensu*; se de um *suporte digital (ou eletrônico)* – computador, CD, HD, internet –, haverá um documento eletrônico ou digital e, portanto, uma prova documental *lato sensu*.

Agora, para que a prova digital tenha a *mesma confiabilidade* da prova documental extraída de suporte físico, mister que ela ofereça a mesma segurança jurídica, que somente será proporcionada se observados os seus *três requisitos imprescindíveis*: (i) a *autenticidade* – não pode haver dúvidas sobre a autoria do fato digital, motivo pelo qual é a autenticidade que irá assegurar que o autor aparente do fato é, incontestavelmente, seu autor real; (ii) a *integridade* – há de se assegurar a *inalterabilidade do conteúdo* da prova digital, porque esta somente será considerada íntegra quando se apresentar sem qualquer modificação ou adulteração em seu estado; e (iii) a *preservação da cadeia de custódia* – há de se preservar a autenticidade e a integridade em *todo o histórico* de produção da prova digital, desde a sua identificação até a sua juntada aos autos do processo, devendo a parte fazer o possível para *identificar* (i) datas e horários de acesso e extração da prova, bem como o lugar em que se isso ocorreu; (ii) se mais alguém teve acesso à prova; (iii) e se, na extração dos dados, houve alterações inevitáveis.

Enfim, se a prova digital é uma prova documental *lato sensu*, devem ser aplicadas à hipótese as *regras clássicas sobre ônus da prova*, disciplinadas para a juntada e a impugnação de documentos. De se observar, portanto, as diretrizes do *art. 429 do CPC*, que são o ponto de partida para a definição desse encargo de prova. Com efeito, são duas regras básicas a serem observadas: (i) se a parte contra a qual se produziu uma prova digital não impugna sua assinatura ou autoria, *mas apenas o seu conteúdo*, é dela o ônus da prova; (ii) se a parte contra quem se faz a juntada de uma prova digital *não reconhece* sua assinatura ou *nega a autoria* do fato digital, o ônus de provar a ocorrência desse fato é de quem o alega, porque, nesse caso, terá havido uma *negativa absoluta*.

Uma última observação: as provas digitais *jamais eliminarão* a frequente necessidade de *produção de prova oral* na ampla maioria dos processos trabalhistas, pois o contrato de trabalho é um *contrato-realidade*. A prova digital poderá ser um mecanismo útil, quando produzida com respeito aos seus

## DOCTRINA

requisitos específicos, mas não se pode olvidar do *princípio da primazia da realidade*, velho conhecido dos juslaboralistas.

### 7 – Referências bibliográficas

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Ônus de contestar e o efeito da revelia. *Revista de Processo*, v. 11, n. 41, jan./mar. 1986.

NERY Jr., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

PASTORE, Guilherme de Siqueira. Considerações sobre a autenticidade e a integridade da prova digital. *Cadernos Jurídicos*, São Paulo, ano 21, n. 53, p. 63-79, jan./mar. 2020.

PAULA, Carlos Alberto Reis de. *A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 2 v.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Questões relevantes do procedimento sumaríssimo*: 100 perguntas e respostas. São Paulo: LTr, 2000.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. *Manual das audiências trabalhistas*: presencial, por videoconferência e telepresencial. Salvador: Juspodivm, 2021.

THAMAY, Rennan; TAMER, Mauricio. *Provas no direito digital*: conceito da prova digital, procedimentos e provas digitais em espécie. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

Recebido em: 30/03/2022

Aprovado em: 31/05/2022



---

## **Notas e Comentários**

---



## SEMANA DA MEMÓRIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DE 2022

A Semana da Memória da Justiça do Trabalho de 2022 foi comemorada entre os dias 1º e 6 de maio com a realização de diversas iniciativas, todas voltadas para a celebração da memória e da história do trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho.

Foram lançadas, pelo Presidente do TST e do CSJT, Ministro Emmanoel Pereira, e pelo Presidente da Comissão de Documentação e Memória, Ministro Mauricio Godinho Delgado, as seguintes iniciativas:

– 1º de maio: lançamento da exposição virtual permanente “1º de Maio: Diálogo entre Lutas e Conquistas”, em versão atualizada na perspectiva do Direito comparado;



– 2 de maio: lançamento do livro digital “Composições, Biografias e Linha Sucessória dos Ministros do Tribunal Superior do Trabalho” (2. ed. rev. e atual.);



– 3 de maio: lançamento do livro digital “Bibliografia da História da Justiça do Trabalho: edição comemorativa dos 80 anos de Justiça Social no Brasil” (2. ed. rev. e atual.);



– 4 de maio: lançamento da exposição virtual “Ações da Justiça do Trabalho na Pandemia do COVID-19”;



## NOTAS E COMENTÁRIOS

– 5 de maio: lançamento do “Manual de Conservação, Preservação e Restauração Documental”; e divulgação dos anais eletrônicos do Simpósio Internacional “Primeiro de Maio: pilares e desafios das relações trabalhistas contemporâneas”.



– 6 de maio: Lançamento do “Labor-Arq: Repositório Digital de acesso ao patrimônio arquivístico do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Nacional do Trabalho”, e divulgação da edição extra da *Revista do TST* comemorativa dos 80 anos da Justiça do Trabalho.



Excepcionalmente neste ano de 2022, o Seminário anual em comemoração ao Dia do Trabalho e à Semana da Memória da Justiça do Trabalho não foi realizado, em virtude da transferência do “Seminário Internacional 80 anos da Justiça do Trabalho” para os dias 12 e 13 de maio de 2022. Previsto para ser realizado presencialmente nos dias 7 e 8 de fevereiro, o evento realizado em comemoração à Justiça do Trabalho foi adiado em razão do significativo aumento dos casos de transmissão e contaminação por Covid-19 e influenza no Distrito Federal. Assim, tendo ocorrido evento comemorativo de alta relevância no mês de maio, a Comissão de Documentação e Memória aderiu às homenagens ao trabalho, ao Direito do Trabalho e à Justiça do Trabalho realizadas durante o referido evento comemorativo.



## TST E CORREIOS LANÇAM SELO E CARIMBOS POSTAIS COMEMORATIVOS DO MÊS DO TRABALHADOR

O Tribunal Superior do Trabalho e a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos lançaram selo e carimbo postais comemorativos do mês do trabalhador com o objetivo de reforçar a missão do TST como o “Tribunal da Justiça Social”. A cerimônia, que integra as comemorações do mês do trabalhador, foi realizada no dia 26 de maio de 2022 no edifício-sede do TST, em Brasília.

## TST INSTITUI O LEMA “O TRIBUNAL DA JUSTIÇA SOCIAL” PARA USO INSTITUCIONAL

O Órgão Especial, à unanimidade, instituiu para o TST o lema “O Tribunal da Justiça Social” (Resolução Administrativa nº 2.318, de 2 de maio de 2022). O objetivo é aproximar o Tribunal e a sociedade, ampliando sua identificação com a Corte. O lema será aplicado de forma institucional, ao lado da logo do Tribunal, em peças publicitárias, promoção de eventos e placas de sinalização da instituição, entre outros. Confira-se:



## CENTENÁRIO DE NASCIMENTO DO MINISTRO LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO

No dia 26 de abril, o Tribunal Superior do Trabalho comemorou o centenário de nascimento do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello. Ele integrou o TST de junho de 1985 a maio de 1990 e, em homenagem à data, o TST realizou solenidade para a outorga do nome do ministro à Sala de Conciliação de seu edifício-sede (Resolução Administrativa nº 2.311, de 4 de abril de 2022).

Luiz Philippe Vieira de Mello nasceu no Rio de Janeiro, em 26 de abril de 1922. Foi nomeado, em 27 de dezembro de 1946, para exercer o cargo de Juiz do Trabalho Presidente da Junta de Conciliação e Julgamento de Goiânia, Goiás, com exercício em 1º de março de 1947. Foi removido, em 1953, para 3ª Junta de Conciliação e Julgamento de Belo Horizonte e convocado para o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, de 1959 a 1966, tornando-se Juiz

da 2ª Instância em 1966. Atuou no Tribunal Superior do Trabalho em substituição a diferentes Ministros em licença temporária entre 1971 e 1985. Foi eleito Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região para o biênio de 1973 a 1975. Ingressou no Tribunal Superior do Trabalho, no cargo de Ministro Togado, em 27 de junho de 1985. Aposentou-se em 17 de maio de 1990.

Luiz Philippe Vieira de Mello era casado com Santuzza de Almeida Vieira de Mello, com quem teve quatro filhos: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, atual ministro do TST; Caio Luiz de Almeida Vieira de Mello, desembargador aposentado do TRT-3 e ex-ministro de Estado do Trabalho; Mariângela Vieira de Mello, servidora aposentada do TRT-3; e Lúcia Maria Almeida Vieira de Mello.

A página especial criada pela Comissão de Documentação e Memória do TST com a trajetória do eminente Ministro pode ser acessada por meio do seguinte QR-Code:



## HOMENAGEM AO MINISTRO WALMIR OLIVEIRA DA COSTA

Em março de 2022, o Tribunal Superior do Trabalho homenageou o Ministro Walmir Oliveira da Costa, em cerimônia que atribuiu o nome do eminente Ministro ao auditório do 1º andar do Bloco B do edifício-sede do Tribunal (Resolução Administrativa nº 2.220, de 3 de maio de 2021). O Ministro, que faleceu, em 2021, em decorrência da Covid-19, atuou durante 14 anos no TST.

O Ministro Walmir Oliveira da Costa ingressou na magistratura trabalhista, por concurso público, em 1989, como Juiz do Trabalho substituto da 8ª Região. Atuou em todas as Varas do Trabalho de Belém e nas de Abaetetuba, Almeirim, Altamira, Castanhal, Macapá e Marabá. Em 1993, foi promovido, por merecimento, a titular da Vara do Trabalho de Almeirim e, posteriormente, de Abaetetuba e da 1ª de Belém. Em 1997, foi promovido, por merecimento, a Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Atuou como juiz convocado no TST em dez períodos, entre 2000 e 2007, e, em novembro de 2007, tomou posse como Ministro do TST. Na época de seu falecimento, ocupava o cargo de Vice-Diretor na Enamat.

## HOMENAGEM AO MINISTRO FRANCISCO FAUSTO PAULA DE MEDEIROS

Em maio de 2022, o Órgão Especial do TST aprovou, à unanimidade, a atribuição do nome do Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros ao auditório da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – Enamat (Ato nº 180/TST.GP, de 22 de abril de 2022).

O Ministro Francisco Fausto, que integrou o TST entre 1989 e 2004, era Presidente da Corte quando a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que reestruturou o Poder Judiciário, foi aprovada pelo Congresso Nacional, o que o tornou o idealizador e o criador da Escola Nacional.

Nascido no Rio Grande do Norte, Francisco Fausto Paula de Medeiros foi nomeado em 1961 para o cargo de suplente de Juiz do Trabalho da 6ª Região. De 1968 a 1978, atuou como Presidente das Juntas de Conciliação e Julgamento de Natal e de Mossoró, ambas no Rio Grande do Norte, e de Recife, Escada e Jaboatão, em Pernambuco. Em março de 1978, foi nomeado, por merecimento, para o cargo de Juiz togado do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região. Tomou posse no TST como Ministro em 1989 e ocupou a Presidência e a Vice-Presidência da Corte e a Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho. Aposentou-se em junho de 2004 e faleceu em julho de 2016.

## TST REALIZA SESSÃO SOLENE DE POSSE DE MINISTROS

O Desembargador Sergio Pinto Martins, do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, foi empossado, em 19 de maio de 2022, como Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, em vaga decorrente da aposentadoria do Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira.

O magistrado tomou posse como Juiz no TRT-2 em 1990 e, em 1994, foi promovido, por merecimento, ao cargo de Juiz titular. Em 2007, foi promovido, por merecimento, a desembargador do TRT da 2ª Região. Sua nomeação foi publicada no DOU de 25 de abril de 2022 e a sessão solene de posse foi realizada no dia 19 de maio de 2022.

Na mesma ocasião, também tomaram posse, de forma solene, a Ministra Morgana de Almeida Richa e os Ministros Amaury Rodrigues Pinto Junior e Alberto Bastos Balazeiro, já empossados de forma administrativa durante a pandemia da covid-19.

## JUSTIÇA DO TRABALHO PROMOVE A 6ª EDIÇÃO DA SEMANA NACIONAL DA CONCILIAÇÃO TRABALHISTA

A 6ª edição da Semana Nacional da Conciliação Trabalhista foi realizada de 23 a 27 de maio em todo o país. O *slogan* “Conciliar para Recomeçar” destaca o retorno das audiências presenciais. Com o objetivo de incentivar a solução consensual de processos, o evento de lançamento da 6ª edição contou ainda com o lançamento da cartilha “Conciliação Trabalhista – Um guia para buscar um acordo em seu processo”.

Realizada pelo CSJT em parceria com os 24 Tribunais Regionais do Trabalho, a 6ª edição da Semana Nacional de Conciliação Trabalhista atendeu mais de 219 mil pessoas e homologou mais de 21,1 mil acordos, movimentando mais de R\$ 764,6 milhões.

## TST INSTITUI POLÍTICA DE GESTÃO DA INOVAÇÃO

O TST instituiu, por meio do Ato nº 255/TST.GP, de 24 de maio de 2022, a Política de Gestão da Inovação. O objetivo é aprimorar e modernizar os produtos, os serviços e os processos de trabalho do TST, utilizando a cultura da inovação, da transformação digital e da desburocratização para aumentar a eficiência da administração pública e, conseqüentemente, da prestação jurisdicional àqueles que buscam a Justiça do Trabalho.

No âmbito do TST, foi criado ainda o Laboratório de Inovação. Coordenado pela Secretaria de Governança e de Gestão Estratégica, o Laboratório contará com a participação voluntária, por indicação ou por convite de colaboradores, de unidades e de grupos de trabalho de diversas áreas do Tribunal para atuação em projetos ou em ações pontuais.

## II ENCONTRO NACIONAL DE MEMÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO

O II Encontro Nacional de Memória do Poder Judiciário com o tema “História, Memória e Patrimônio” foi realizado, entre os dias 10 e 13 de maio de 2022, no Tribunal de Justiça de Pernambuco. O evento, criado e gerenciado

## NOTAS E COMENTÁRIOS

pelo Programa Nacional de Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário (Proname) do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, objetiva debater temas voltados à valorização e preservação da história da identidade cultural e social da Justiça brasileira.

Em 2022, o II Encontro contou com a participação, telepresencialmente, em sua mesa de abertura, do Presidente da Comissão de Documentação e Memória do TST, Ministro Mauricio Godinho Delgado, que representou o Tribunal Superior do Trabalho no evento. Foram realizadas palestras, oficinas e debates sobre gestão de memória; conservação preventiva e preservação digital; história institucional e patrimônio cultural; e promoção de cidadania e difusão de acervos.

### TEMA DO MÊS

A Comissão de Documentação e Memória, por meio da Biblioteca Délio Maranhão do TST, disponibiliza seleção mensal de artigos e capítulos de livros sobre assunto trabalhista em destaque no cenário jurídico contemporâneo.

O produto, denominado “Tema do Mês”, tratou dos seguintes assuntos, de janeiro a junho, deste ano de 2022: *Liberdade e autonomia sindicais: estudos direito comparado e direito brasileiro*; *Trabalho análogo à escravidão*; *Controle de convencionalidade no Direito do Trabalho*; *Contrato de aprendizagem: caracterização, regras especiais, sistema de cotas e ações coletivas pertinentes*; *Trabalho em plataforma digital, gig economia e Direito do Trabalho*; e *Dumping social nas relações laborais*.

Para acessar a página, utilizar o seguinte QR-Code:



## ACÓRDÃOS SELECIONADOS

A Comissão de Documentação e Memória deliberou pela publicação, nesta edição da Revista do TST, das ementas de decisões do Tribunal Pleno deste Tribunal, dado o relevante teor jurisprudencial. Considerados os últimos cinco anos (2018 a 2022), foram selecionadas, à unanimidade, as seguintes decisões:

**ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONTROLE DIFUSO. MÉTODO CONCRETO E REPRESSIVO REALIZADO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE.** 1. A supremacia da Constituição traduz-se na impossibilidade de existência válida de normas jurídicas e atos do Poder Público que violem o seu texto. 2. Inspirado no modelo norte-americano (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 [1803]), compõe a tradição jurídica brasileira, desde a Constituição da República de 1891 (art. 59, § 1º), a não aplicação de normas manifestamente incompatíveis com a Constituição (Lei nº 221/1894, 13, § 10). 3. Cabe a todos os juízes o dever de observância da Constituição, compromisso assumido ao tomarem posse (LCP nº 35/1979, 79). **REQUISITOS PARA A PRONÚNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE PELOS TRIBUNAIS. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO.** 1. Na declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, a elocução não pode ser feita por meio de seus órgãos fracionários, sendo tarefa destinada ao Tribunal Pleno ou Órgão Especial. 2. A chamada “cláusula de reserva de plenário” (CF, art. 97 c/c a Súmula Vinculante nº 10) tem raízes profundas que remontam à Constituição da República de 1934, quando já se proclamava que “só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público” (art. 179). **EFEITOS DA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR TRIBUNAIS.** 1. A competência precípua de guardião da Constituição é do Supremo Tribunal Federal, somente a ele competindo a realização de controle abstrato de constitucionalidade, com efeito vinculante e *erga omnes* (CF, ar. 102, *caput*, e § 2º). 2. Conquanto os demais tribunais também possam exercer controle de constitucionalidade, suas decisões vinculam seus órgãos fracionários, constituindo precedentes persuasivos para os demais. **ILEGALIDADE DO ART. 702, I, ALÍNEA “F” E § 3º DA CLT. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (CF, ART. 5º, II). OFENSA INDIRETA. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE SOB ESSE FUNDAMENTO. CONTROLE DE LEGALIDADE E NÃO DE CONSTITUCIONALIDADE.** 1. O art. 702, I, alínea “f”, da CLT e § 3º são manifestamente ilegais, na medida em que procedem à reciclagem de dispositivo revogado pela Lei nº 7.701/1988 (art. 16) para inserção de nova regra jurídica.

2. Inexistência de repristinação tácita em nosso ordenamento jurídico (Decreto-Lei nº 4.657/1942, art. 2º, § 3º). 3. Vedação expressa ao reaproveitamento de dispositivo revogado (Lei Complementar nº 95, 1998, art. 12, III, alínea “c”). 4. Impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade sob esse fundamento, uma vez que as discussões constitucionais sobre a questão se resumem à possível violação ao “princípio da reserva legal” (CF, art. 5º, II), inutilizável quando a “sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais” (STF, Súmula 636). ART. 702, I, ALÍNEA “F” E § 3º DA CLT. FIXAÇÃO DE EXIGÊNCIAS PARA O ESTABELECIMENTO E ALTERAÇÃO DE SÚMULAS E OUTROS ENUNCIADOS DE JURISPRUDÊNCIA UNIFORME. INCONSTITUCIONALIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (CF, ART. 2º) E À AUTONOMIA DOS TRIBUNAIS (CF, ARTS. 96, I, “A” e 99). 1. Não cabe, na atividade judicante, perscrutar o acerto ou desacerto do Poder Legislativo. No Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*), o pressuposto axiomático é o de que o Parlamento detém legitimidade para legislar, e o Judiciário deve “respeito às escolhas legítimas do legislador” (STF, RE 760.931, Pleno, red. para o acórdão Min. Luiz Fux, DJ 11/09/2017). 2. A tarefa a ser desempenhada pelo magistrado resume-se à avaliação da compatibilidade ou não do texto normativo com a Lei Maior. Essa é, sem dúvida, uma das facetas do princípio da “separação dos Poderes”, cuja convivência harmônica e independente entre si decorre de mandamento constitucional (CF, art. 2º). 3. O princípio da “separação dos Poderes”, não obstante, constitui uma via de mão de dupla, sendo igualmente interdito, ao Poder Legislativo, apossar-se de agendas visceralmente conectadas ao próprio exercício da atividade judicante. 4. É inconstitucional a norma que vilipendia a prerrogativa de os tribunais – no exercício da autonomia administrativa (CF, art. 99) – elaborarem os seus próprios regimentos internos (CF, art. 96, I, “a”) e, por conseguinte, os requisitos de padronização da jurisprudência (CPC, art. 926, § 1º). Arguição de inconstitucionalidade admitida parcialmente e acolhida declarar inconstitucional o art. 702, I, alínea “f” e § 3º da CLT, por incompatível com os arts. 2º, 96, I, “a” e 99, *caput*, da Constituição Federal. (*ArgInc-696-25.2012.5.05.0463, Tribunal Pleno, Relator Ministro Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 17/06/2022*)

INCIDENTE DE JULGAMENTO DE RECURSOS DE REVISTA REPETITIVOS. TEMA REPETITIVO Nº 0018. DEFINIÇÃO DA ESPÉCIE E DOS EFEITOS JURÍDICOS DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO NOS CASOS DE LIDE ACERCA DA LICITUDE DA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EM ATIVIDADE-FIM. FIXAÇÃO DAS TESES JURÍDICAS, DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. ARTS. 896-C DA CLT E 926, § 2º, E 927

DO CPC. O debate suscitado neste incidente envolve duas questões fundamentais: a) a natureza do litisconsórcio passivo – necessário ou facultativo, simples ou unitário – nas ações em que se discute a fraude na relação de terceirização e se pretende o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a empresa contratante ou tomadora dos serviços terceirizados; e b) a possibilidade de manifestação de renúncias unilaterais por parte de reclamantes, como forma de constituir cenários processuais que preservem, em alguma extensão, os efeitos das condenações impostas a um dos litisconsortes passivos, afastando-se a aplicação das teses com efeitos vinculantes consagradas nos Temas 725 e 739 da Tabela de Repercussão Geral do STF. Nos casos em que a pretensão deduzida envolve o reconhecimento do vínculo de emprego diretamente com a empresa contratante, com fundamento em fraude na terceirização, emerge evidente e insuperável a necessidade de que a empresa prestadora figure também no polo passivo da lide, sob pena de nulidade. Afinal, o debate em torno da licitude do contrato de prestação de serviços firmado entre as empresas, sob a perspectiva da fraude, não pode ser travado sem que ambas compareçam ao polo passivo. Afirmar a ilicitude daquele negócio jurídico implica, em última análise, assentar a própria ilicitude do objeto social da empresa prestadora de serviços terceirizados, vulnerando o postulado constitucional da livre-iniciativa (CF, arts. 1º, IV, e 170), do que decorre a necessidade de que seja citada para a lide (CPC, art. 238). Além disso, o próprio contrato laboral celebrado entre o trabalhador e a empresa de terceirização estará com sua validade e eficácia submetida ao crivo judicial, o que ratifica a necessária presença dessa última na disputa, em razão de sua própria condição de celebrante – e, portanto, juridicamente interessada – do referido negócio jurídico. Não se pode, a um só tempo, desconstituir a validade e eficácia dos contratos de trabalho e de terceirização celebrados entre os atores da relação triangular de terceirização, sem que todos os seus protagonistas sejam convocados à lide (CPC, art. 113, I e III). Nesses casos, o interesse jurídico da empresa prestadora está cabalmente configurado, o que torna exigível a sua presença na disputa, na condição de autêntica litisconsorte passiva necessária, sem o que não será válido o provimento judicial (CPC, art. 115, I). O decreto judicial de ilicitude da relação de terceirização, com a declaração do vínculo de emprego diretamente com o tomador, não pode ser editado sem que um dos titulares originários dessas duas relações jurídicas – a laboral e a de terceirização – seja instado a se defender. De fato, o próprio exame da validade e eficácia da relação jurídica de natureza civil, ligada ao contrato de prestação de serviços terceirizados, reclama a presença de todos os seus autores, sem o que o processo padece de vício irremediável, como remarca o multicitado art. 115, I, do CPC. Por isso, é imperativo reconhecer o caráter necessário do litisconsórcio passivo nesses casos, sendo



também impossível qualquer solução que não seja a mesma para todos os interessados, o que remarca o seu caráter unitário. Nesse contexto, fixam-se, com força obrigatória, as seguintes teses jurídicas: 1) Nos casos de lides decorrentes da alegação de fraude, sob o fundamento de ilicitude da terceirização de atividade-fim, o litisconsórcio passivo é necessário e unitário. Necessário, porque é manifesto o interesse jurídico da empresa de terceirização em compor essas lides e defender seus interesses e posições, entre os quais a validade dos contratos de prestação de serviços terceirizados e, por conseguinte, dos próprios contratos de trabalho celebrados; unitário, porquanto o juiz terá que resolver a lide de maneira uniforme para ambas as empresas, pois incidíveis, para efeito de análise de sua validade jurídica, os vínculos materiais constituídos entre os atores da relação triangular de terceirização. 2) A renúncia à pretensão formulada na ação não depende de anuência da parte contrária e pode ser requerida a qualquer tempo e grau de jurisdição; cumpre apenas ao magistrado averiguar se o advogado signatário da renúncia possui poderes para tanto e se o objeto envolve direitos disponíveis. Assim, é plenamente possível o pedido de homologação, ressalvando-se, porém, ao magistrado o exame da situação concreta, quando necessário preservar, por isonomia e segurança jurídica, os efeitos das decisões vinculantes (CF, art. 102, § 2º; art. 10, § 3º, da Lei nº 9.882/1999) e obrigatórias (CPC, art. 927, I a V) proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário, afastando-se manobras processuais lesivas ao postulado da boa-fé processual (CPC, art. 80, I, V e VI). 2.1) Depois da homologação, parte autora não poderá deduzir pretensão contra quaisquer das empresas – e prestadora-contratada e tomadora-contratante – com suporte na ilicitude da terceirização da atividade-fim (causa de pedir). 2.2) O ato homologatório, uma vez praticado, acarreta a extinção do processo e, por ficção legal, resolve o mérito da causa (art. 487, III, “c”, do CPC), produz coisa julgada material, atinge a relação jurídica que deu origem ao processo, somente é passível de desconstituição por ação rescisória (CPC, arts. 525, § 15, 535, § 8º, e 966) ou ainda pela via da impugnação à execução (CPC, art. 525, § 12) ou dos embargos à execução (CPC, art. 535, § 5º) e acarretará a perda do interesse jurídico no exame do recurso pendente de julgamento. 3) Em sede de mudança de entendimento desta Corte, por força da unitariedade imposta pela decisão do STF (“superação abrupta”), a ausência de prejuízo decorrente da falta de sucumbência cede espaço para a impossibilidade de reconhecimento da ilicitude da terceirização. Sendo assim, como litisconsorte necessário, a empresa prestadora que, apesar de figurar no polo passivo, não sofreu condenação, possui interesse em recorrer da decisão que reconheceu o vínculo de emprego entre a parte autora e a empresa tomadora dos serviços. 4) Diante da existência de litisconsórcio necessário e unitário, a decisão obrigatoriamente produzirá idên-

## NOTAS E COMENTÁRIOS

ticos efeitos para as empresas prestadora e tomadora dos serviços no plano do direito material. Logo, a decisão em sede de juízo de retratação, mesmo quando apenas uma das Reclamadas interpôs o recurso extraordinário, alcançará os litisconsortes de maneira idêntica. MODULAÇÃO DE EFEITO. NÃO CABIMENTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA INTEGRAL DA DECISÃO PROFERIDA PELO STF. “Considerando que o efeito vinculante das decisões proferidas pelo STF nos temas já mencionados deve ser observado em sua inteireza, inclusive quanto aos aspectos temporais ou prospectivos, a modulação eventualmente feita por este Tribunal representaria indevida limitação. Assim, decidido o presente incidente, seus efeitos serão imediatos e se aplicarão a todos os processos em curso, observados os procedimentos definidos no Tema 733 da Repercussão Geral do STF”. PROCESSO MATRIZ Nº TST-RR-1000-71.2012.5.06.0018. RECURSO DE REVISTA DA RÉ CONTAX S.A. RECONHECIMENTO DA RELAÇÃO DE EMPREGO DIRETAMENTE COM A EMPRESA TOMADORA DOS SERVIÇOS. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS. INTERESSE RECURSAL. Ao não conhecer do recurso ordinário interposto pela empresa prestadora de serviços, com fundamento em ausência de interesse recursal, em virtude de, em relação a ela, os pedidos terem sido julgados improcedentes, a Corte Regional contrariou o item 3 da tese fixada no IRR 0018 pelo TST. Caracterizada, portanto, a alegada violação do art. 5º, LV, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. (*IncJulgRREmbRep-1000-71.2012.5.06.0018, Tribunal Pleno, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 12/05/2022*)

INCIDENTE DE RECURSO REPETITIVO Nº 3. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RECLAMAÇÕES TRABALHISTAS TÍPICAS. REQUISITOS DO ART. 14 DA LEI Nº 5.584/70 E DAS SÚMULAS NS. 219 E 329 DO TST. EFEITOS DE DIREITO INTERTEMPORAL DECORRENTES DA GENERALIZAÇÃO DO REGIME DE SUCUMBÊNCIA INTRODUZIDA PELA LEI Nº 13.467/2017. Discute-se, no caso, a possibilidade de deferimento de honorários advocatícios em reclamações trabalhistas típicas, anteriores à edição e à vigência da Lei nº 13.467/2017, sem a observância de todos os requisitos constantes no art. 14, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 5.584/70, tal como hoje ainda está previsto nas Súmulas ns. 219 e 329 do Tribunal Superior do Trabalho, em face do disposto no art. 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos”, inclusive a título de indenização por perdas e danos, nos termos dos arts. 389 e 404 do Código Civil, definindo-se, ainda, as implicações de direito intertemporal decorrentes

## NOTAS E COMENTÁRIOS

da introdução do art. 791-A da CLT pela referida Lei nº 13.467, promulgada em 13 de julho de 2017 e com vigência a partir de 11 de novembro de 2017. Fixam-se, com força obrigatória (arts. 896-C da CLT, 927, inciso III, do CPC e 3º, inciso XXIII, da Instrução Normativa nº 39/2015 do TST), as seguintes teses jurídicas: “1) Nas lides decorrentes da relação de emprego, os honorários advocatícios, com relação às ações ajuizadas no período anterior ao início de vigência da Lei nº 13.467/2017, somente são cabíveis na hipótese prevista no art. 14 da Lei nº 5.584/70 e na Súmula nº 219, item I, do TST, tendo por destinatário o sindicato assistente, conforme disposto no art. 16 do referido diploma legal, até então vigente (revogado expressamente pela Lei nº 13.725/2018) e no caso de assistência judiciária prestada pela Defensoria Pública da União ao beneficiário da Justiça gratuita, consoante os arts. 17 da Lei nº 5.584/70 e 14 da Lei Complementar nº 80/94, revelando-se incabível a condenação da parte vencida ao pagamento dessa verba honorária seja pela mera sucumbência, seja a título de indenização por perdas e danos, seja pela simples circunstância de a parte ser beneficiária da Justiça gratuita. 2) A ampliação da competência da Justiça do Trabalho pela Emenda Constitucional nº 45/2004 acarretou o pagamento de honorários advocatícios com base unicamente no critério da sucumbência apenas com relação às lides não decorrentes da relação de emprego, conforme sedimentado nos itens III e IV da Súmula nº 219 do TST, por meio, respectivamente, das Resoluções ns. 174, de 24 de maio de 2011, e 204, de 15 de março de 2016, e no item 5 da Instrução Normativa nº 27, de 16 de fevereiro de 2005. 3) Às demandas não decorrentes da relação de emprego, mas que já tramitavam na Justiça do Trabalho por força de norma legal expressa, relativas aos trabalhadores avulsos e portuários, *ex vi* dos arts. 643, *caput*, e 652, alínea ‘a’, inciso V, da CLT, são inaplicáveis o item 5 da Instrução Normativa nº 27/2005 do Tribunal Superior do Trabalho e o item III da Súmula nº 219 desta Corte, porquanto a Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XXXIV, equipara o avulso ao trabalhador com vínculo empregatício, sendo-lhe aplicável, portanto, o entendimento previsto no item I da Súmula nº 219 desta Corte. 4) Às lides decorrentes da relação de emprego, objeto de ações propostas antes do início da vigência da Lei nº 13.467/2017, não se aplica a Súmula nº 234 do STF, segundo a qual ‘são devidos honorários de advogado em ação de acidente de trabalho julgada procedente’. 5) Não houve derrogação tácita do art. 14 da Lei nº 5.584/1970 em virtude do advento da Lei nº 10.288/2001, que adicionou o § 10 ao art. 789 da CLT, reportando-se à assistência judiciária gratuita prestada pelos sindicatos, e a superveniente revogação expressa desse dispositivo da CLT pela Lei nº 10.537/2002 sem que esta disciplinasse novamente a matéria, pelo que a assistência judiciária prestada pela entidade sindical no âmbito da Justiça do Trabalho ainda permanece regulamentada pela referida lei especial.

6) São inaplicáveis os arts. 389, 395 e 404 do Código Civil ao Processo do Trabalho para fins de condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nas lides decorrentes da relação de emprego, objeto de ações ajuizadas antes do início da vigência da Lei nº 13.467/2017, visto que, no âmbito da Justiça do Trabalho, essa condenação não se resolve pela ótica da responsabilidade civil, mas sim da sua legislação específica, notadamente a Lei nº 5.584/70.

7) A condenação em honorários advocatícios sucumbenciais prevista no art. 791-A, *caput* e parágrafos, da CLT será aplicável apenas às ações propostas na Justiça do Trabalho a partir de 11 de novembro de 2017, data do início da vigência da Lei nº 13.467/2017, promulgada em 13 de julho de 2017, conforme já decidiu este Pleno, de forma unânime, por ocasião da aprovação do art. 6º da Instrução Normativa nº 41/2018.

8) A deliberação neste incidente a respeito da Lei nº 13.467/2017 limita-se estritamente aos efeitos de direito intertemporal decorrentes das alterações introduzidas pela citada lei, que generalizou a aplicação do princípio da sucumbência em tema de honorários advocatícios no âmbito da Justiça do Trabalho, não havendo emissão de tese jurídica sobre o conteúdo em si e as demais peculiaridades da nova disposição legislativa, tampouco acerca da inconstitucionalidade do art. 791-A, *caput* e § 4º, da CLT”. Ainda, à vista dos termos do art. 927, § 3º, do CPC, aplicável ao Processo do Trabalho (art. 769 da CLT c/c o art. 3º, inciso XXIII, da Instrução Normativa nº 39/2015 do TST), como não se está revisando ou alterando a jurisprudência anteriormente já pacificada pelo Tribunal Superior do Trabalho, não cabe proceder à modulação dos efeitos desta decisão.

PROCESSO AFETADO Nº TST-RR-341-06.2013.5.04.0011. RECURSO DE REVISTA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULAS NS. 219 E 329 DO TST. AÇÃO AJUIZADA EM PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467, DE 11 DE NOVEMBRO DE 2017. O Tribunal Regional, ao sufragar a tese de ser possível a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios assistenciais pela simples circunstância de a reclamante ser beneficiária da Justiça gratuita, em virtude da declaração de pobreza firmada nos autos, malgrado esteja assistida por advogado particular, contrariou o precedente de observância obrigatória, ora firmado neste julgamento de incidente de recursos repetitivos (IRR-341-06.2013.5.04.0011). Recurso de revista conhecido e provido. (IRR-RR-341-06.2013.5.04.0011, *Tribunal Pleno, Relator Ministro Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 01/10/2021*)

RECURSO DE EMBARGOS. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO PELA TURMA DE ORIGEM COM FULCRO EM VIOLAÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL ARGUIDA NO RECURSO DE REVISTA E NÃO RENOVADA NAS RAZÕES DE AGRAVO. DESNECESSIDADE DE RENOVAÇÃO DA VIOLAÇÃO INDICADA NO RECURSO

DE REVISTA (ART. 7º, XIII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL) QUANTO AO TEMA DE FUNDO QUANDO A PARTE AGRAVANTE COMBATE O ÓBICE PROCESSUAL LANÇADO NA DECISÃO DENEGATÓRIA DO RECURSO DE REVISTA (SÚMULA Nº 126 DO TST). PRETENSÃO RECURSAL FUNDADA EM JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA QUE NÃO SE COMPATIBILIZA COM AS NORMAS QUE PRESTIGIAM O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA DECISÃO DE MÉRITO E COM O ENTENDIMENTO DE ABALIZADA DOUTRINA. 1. Discute-se a necessidade ou não de renovação, no agravo de instrumento, das alegações relativas aos pressupostos intrínsecos de cabimento do recurso de revista elencados no art. 896 da CLT – violação e divergência jurisprudencial –, quando a decisão denegatória do recurso de revista invoca óbice processual para inadmiti-lo – no caso, a incidência da Súmula nº 126 do TST. 2. A Turma de origem do TST deu provimento ao agravo de instrumento por violação do art. 7º, XIII, da Constituição Federal, embora essa disposição constitucional não tenha sido invocada pela então agravante, que se limitou a combater o óbice processual da Súmula nº 126 do TST lançado pela Corte regional para denegar seguimento ao recurso de revista. 3. Mostra-se desnecessário exigir que a parte, no agravo de instrumento, renove a alegação dos pressupostos intrínsecos de cabimento do recurso de revista – no caso, violação do art. 7º, XIII, da Magna Carta –, quando a decisão agravada não se manifestou sobre a matéria, uma vez que impôs óbice processual ao conhecimento da matéria de fundo – Súmula nº 126 do TST. 4. De acordo com o art. 897, “b”, da CLT e com os princípios da dialeticidade, instrumentalidade das formas e cooperação, é suficiente que o agravo de instrumento procure infirmar apenas o óbice processual que norteou a decisão agravada (Súmula nº 126 do TST), que impede a revisão da prova dos autos, a fim de acessar a violação ou a divergência jurisprudencial apontada no recurso de revista. 5. A jurisprudência defensiva caminha na contramão dos princípios e das normas fundamentais do Processo Civil, que se dirigem no sentido de prestigiar e ter sempre como meta o enfrentamento do mérito da demanda. 6. Com o advento do novo Código de Processo Civil, estabeleceu-se um processo cooperativo, centrado na boa-fé dos seus atores, mais finalístico e menos formal e rigoroso, sempre buscando entregar aos litigantes uma resposta sobre a sua controvérsia, a fim de distribuir a justiça com eficiência e alcançar seu propósito maior de pacificar os conflitos sociais. 7. A prática de criar obstáculos formais ao exame do conflito trazido a juízo está em descompasso com os princípios da primazia da decisão de mérito, da cooperação, da simplicidade, do acesso à jurisdição, dentre outros. 8. Não se ignora a realidade dos Tribunais Superiores, que estão assoberbados de processos, mas a solução para esse problema não passa pela supressão do direito constitucional das partes em verem solucionadas suas con-

tendas, assegurado pelo princípio do acesso à jurisdição, notadamente quando a formalidade exigida não encontra respaldo na literalidade da norma que rege o recurso em questão. 9. Nesse sentido, a mais alta Corte da Justiça do Trabalho tem a missão institucional de primar pelo respeito a esses princípios e normas e ter sempre como meta o enfrentamento do mérito da demanda, prescindindo dessa prática tão nociva à credibilidade do Poder Judiciário. 10. Dessa forma, em respeito a esses princípios, cabia à Turma de origem, superado o obstáculo processual imposto à admissibilidade do recurso de revista, analisar suas razões na integralidade e verificar a presença ou não dos pressupostos do art. 896 da CLT, o que efetivamente foi realizado. 11. Nesse sentido, o reconhecimento da violação do art. 7º, XIII, da Constituição Federal pela Turma de origem, ainda que não invocado expressamente no agravo de instrumento, não contraria a Súmula nº 422 do TST, pois o único óbice apontado pela decisão denegatória do recurso de revista, relativo à Súmula nº 126 do TST, foi impugnado pelo agravo de instrumento, segundo entendimento que prevaleceu neste julgamento, e superado pela Turma de origem. 12. A SBDI-1, em acórdão da lavra do Ministro Aloysio Correa da Veiga, já se manifestou sobre a desnecessidade de renovação das violações trazidas no recurso de revista, quando há renovação da matéria objeto da decisão agravada – hipótese semelhante ao presente caso (E-ED-RR-655-74.2013.5.02.0441, SBDI-1, DEJT de 29/1/2016). Recurso de embargos conhecido e desprovido. (E-ED-ED-RR-291-13.2016.5.08.0124, Tribunal Pleno, Redator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, DEJT 17/06/2021)

EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. ATRASO ÍNFIMO NO PAGAMENTO DAS FÉRIAS. INAPLICABILIDADE DA SANÇÃO DA SÚMULA 450 DO TST QUANTO AO PAGAMENTO EM DOBRO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. INTERPRETAÇÃO DO VERBETE SUMULADO À LUZ DOS PRECEDENTES QUE O EMBASARAM. NÃO CONHECIMENTO. 1. A Súmula 450 do TST estabelece que “é devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal”. 2. A 8ª Turma do TST entendeu que o atraso ínfimo de dois dias no pagamento das férias não deve implicar a condenação à dobra, razão pela qual conheceu e deu provimento ao recurso de revista patronal, por má aplicação da Súmula 450. Têm seguido nessa linha também as 4ª, 5ª e 7ª Turmas do TST. Já as 1ª, 2ª, 3ª e 6ª Turmas não têm afastado a aplicação da Súmula 450, mesmo na hipótese de atraso ínfimo no pagamento das férias. 3. Ora, as súmulas, como síntese da jurisprudência pacificada dos Tribunais, devem

ser interpretadas à luz dos precedentes que lhes deram origem, na medida em que apenas estampam o comando interpretativo da norma legal, mas não a *ratio decidendi* e as circunstâncias fáticas que justificaram a fixação da jurisprudência nesse ou naquele sentido. Nesse sentido, a Súmula 450 do TST também deve ser aplicada segundo as hipóteses fáticas e os fundamentos jurídicos que lhe deram respaldo. 4. Assim, os argumentos que militam a favor da interpretação restritiva da Súmula 450 do TST, no sentido de não ser aplicável às hipóteses de atraso ínfimo no pagamento das férias, são, basicamente, os seguintes: a) não há norma legal específica que estabeleça a penalidade da dobra das férias por atraso no seu pagamento; b) a sanção da Súmula 450 do TST decorre de construção jurisprudencial por analogia, a partir da conjugação de norma legal que estabelece a obrigação do pagamento das férias com a antecedência de 2 dias de seu gozo (CLT, art. 145) com outro dispositivo celetista que estabelece sanção para a hipótese de gozo das férias fora do período concessivo (CLT, art. 137); c) o comando do § 2º do art. 7º da Convenção 132 da OIT, ratificada pelo Brasil, tem ressonância em nosso art. 145 da CLT, mas a referida convenção não estabelece qualquer sanção para a sua não observância; d) norma que alberga penalidade deve ser interpretada restritivamente, de modo a que o descumprimento apenas parcial da norma não enseje penalidade manifestamente excessiva (CC, art. 413); e) verbete sumulado deve ser aplicado à luz dos precedentes jurisprudenciais que lhe deram origem, sendo que a Súmula 450 do TST, oriunda da conversão da Orientação Jurisprudencial 386 da SDI-1, teve como precedentes, julgados que enfrentaram apenas a situação de pagamento de férias após o seu gozo, concluindo que, em tal situação, frustrava-se o gozo adequado das férias sem o seu aporte econômico; f) não acarreta prejuízo ao trabalhador o atraso ínfimo no pagamento das férias, quando este coincide com o início do seu gozo, pois o objetivo da norma, de ofertar ao trabalhador recursos financeiros suplementares para melhor poder usufruir de suas férias, não deixou de ser alcançado; g) a jurisprudência desta Corte tem atenuado a literalidade de verbetes sumulados, ampliando ou restringindo seu teor, com base em princípios gerais de proteção, isonomia e boa-fé (v.g. Súmulas 294, 363 e 372), não se cogitando, nesses casos, de hipótese de cancelamento, alteração redacional ou criação de verbeito sumulado, que exigiriam o rito do art. 702, § 3º, da CLT; h) atenta contra os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de gerar enriquecimento sem causa, a imposição de condenação ao pagamento dobrado de férias por atraso ínfimo, de 2 dias, mormente quando fixado o pagamento das férias no dia de seu gozo por entidades estatais, em face das normas orçamentárias a que estão sujeitas; i) o próprio STF, ao acolher para julgamento a ADPF 501, ajuizada contra a Súmula 450 do TST, reconheceu que tal verbeito sumulado tem gerado “controvérsia judicial relevante” a ense-

## NOTAS E COMENTÁRIOS

jar o controle concentrado de constitucionalidade do ato pela Suprema Corte (Red. Min. Ricardo Lewandowski, sessão virtual encerrada em 14/09/2020). 5. *In casu*, o que se verifica é que a praxe empresarial era a do pagamento das férias coincidindo com o seu gozo, hipótese que, além de não trazer prejuízo ao trabalhador, acarretaria enriquecimento ilícito se sancionada com o pagamento em dobro, sem norma legal específica previsora da sanção. 6. Nesses termos, é de se dar interpretação restritiva à Súmula 450 do TST, para afastar sua aplicação às hipóteses de atraso ínfimo, e não conhecer dos embargos calçados em contrariedade da decisão turmária ao verbete sumulado em tela. Embargos não conhecidos. (*E-RR-10128-11.2016.5.15.0088, Tribunal Pleno, Relator Ministro Ives Gandra Martins Filho, DEJT 08/04/2021*)

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 896-A, § 5º, DA CLT. NORMA QUE DISCIPLINA A IRRECORRIBILIDADE DE DECISÃO UNIPESSOAL PROFERIDA PELO RELATOR EM RECURSO DE COMPETÊNCIA DO COLEGIADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO JUIZ NATURAL (ARTS. 5º, LIII, E 111, II, DA CF/88); DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, LIV E LV, DA CF/88); DA ISONOMIA (ART. 5º, *CAPUT*, DA CF/88); DA COLEGIALIDADE (DE ACORDO COM O STF, INTEGRANTE DA FORMAÇÃO HISTÓRICA DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL, PORTANTO, PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO); DAS GARANTIAS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA (ART. 5º, *CAPUT*, DA CF/88). ÓBICE AO EXAME DA MATÉRIA OBJETO DO APELO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCONGRUÊNCIA DOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELA LEI NO JULGAMENTO DOS RECURSOS DE REVISTA E DE AGRAVOS DE INSTRUMENTO. FALTA DE RAZOABILIDADE DA INTERPRETAÇÃO LITERAL DO DISPOSITIVO (STF, ADI 1.511-MC). É inconstitucional a regra inserida no art. 896-A, § 5º, da CLT, ao prever a irrecorribilidade da decisão monocrática proferida pelo relator que rejeita a transcendência da questão jurídica versada no agravo de instrumento em recurso de revista. Tal prática viola os princípios da colegialidade, do juiz natural, do devido processo legal, da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia; impede o exame futuro da controvérsia pelo Supremo Tribunal Federal; revela a incongruência de procedimentos adotados no julgamento de recursos de revista e de agravos de instrumento, o que viola o princípio da razoabilidade; obstaculiza o exercício da competência reservada, por lei, às Turmas deste Tribunal; dificulta a fixação de precedentes por este Tribunal, considerando a ausência de parâmetros objetivos fixados para o reconhecimento da transcendência e a atribuição de elevado grau de subjetividade por cada relator – que não constitui órgão julgador, mas,



## NOTAS E COMENTÁRIOS

sim, instância de julgamento, cuja atuação decorre de delegação do Colegiado. Arguição acolhida, para se declarar a inconstitucionalidade do dispositivo, no caso concreto. (*ArgInc-Ag-AIRR-1000845-52.2016.5.02.0461, Tribunal Pleno, Relator Ministro Claudio Mascarenhas Brandao, DEJT 17/12/2020*)

AGRAVO EM RECLAMAÇÃO. GARANTIA DE OBSERVÂNCIA DE SÚMULA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO TRIBUNAL PLENO. Insere-se na competência funcional do Tribunal Pleno do TST o julgamento de reclamação constitucional nas hipóteses do art. 75, XI, do RITST aprovado pela Resolução Administrativa nº 1.937/2017, em novembro de 2017, na qual se insere aquela cuja causa de pedir consista em suposta inobservância por Tribunal Regional do Trabalho de súmula do TST. RECLAMAÇÃO. GARANTIA DE OBSERVÂNCIA DE SÚMULA DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. NÃO CABIMENTO. Nos termos dos arts. 111-A, § 3º, da Constituição Federal, 988, I a IV, do CPC, e 210, III, do Regimento Interno do TST, é incabível, por falta de previsão legal, reclamação fundada em suposta inobservância de súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Agravo interno a que se nega provimento. (*Rcl-1000623-61.2019.5.00.0000, Tribunal Pleno, Relator Ministro Marcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 14/12/2020*)