PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO CAMPINAS/SP

Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência

Sistema QUALIS/CAPES
PUBLICAÇÃO CADASTRADA

n. 62
2023

ISSN 1679-8694

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO CAMPINAS/SP

Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência

Campinas n. 62 p. 1 - 344 jan./jun. 2023

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
Rua Barão de Jaguara, 901 - Centro - Campinas/SP - CEP 13015-927
Telefones: (19) 3731-1600 / (19) 3236-2100
Portal: https://trt15.jus.br/

ESCOLA JUDICIAL DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
Rua Barão de Jaguara, 901 - 5º andar - Centro - Campinas/SP - CEP 13015-927
Telefone: (19) 3731-1683

Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas
E-mail: revistadotribunal@trt15.jus.br
Telefone: (19) 3236-2100 ramal 2040

Catalogação na Fonte elaborada por
Seção de Biblioteca / TRT 15ª Região
Emmannuela Freitas de Caldas - CRB 8-9565

Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região / Escola Judicial do TRT - 15ª Região ; n. 1, jul./dez. 1991-. Campinas/SP, 1991

Semestral

n. 62, jan./jun. 2023

ISSN 1679 - 8694

1. Direito do Trabalho - Brasil. 2. Direito Processual do Trabalho - Brasil. 3. Jurisprudência - Brasil. 4. Atos Normativos - Brasil. I. Brasil. Escola Judicial.

CDU - 34:331(81)
347.998.72(81)

Os textos doutrinários e de jurisprudência desta Revista
são de estrita responsabilidade das autoras e dos autores.

Coordenação: Desembargador Roberto Nobrega de Almeida Filho

Assessora da Escola Judicial: Denise Pereira Toniolo

Colaboradoras e colaboradores desta edição:

Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas:

Sônia Regina Orsi da Costa
Elizabeth de Oliveira Rei
Gabriel R. Morandi (Estagiário)

Capa: Marisa Batista da Silva
Projeto gráfico: Ana Paula Takaki

Transcrições para o inglês:
Silvia Regina Guerino

A REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO
é distribuída nos seguintes órgãos, instituições e bibliotecas:

Supremo Tribunal Federal
Tribunal Superior do Trabalho
Superior Tribunal de Justiça
Superior Tribunal Militar
Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região
Biblioteca Nacional
Biblioteca do Centro de Estudos Judiciários - Conselho da Justiça Federal
Biblioteca do Senado Federal
Biblioteca da Câmara dos Deputados
Biblioteca da Organização Internacional do Trabalho - OIT Brasília
Biblioteca do Ministério Público do Trabalho
Academia Nacional de Direito do Trabalho - ANDT
Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região - AMATRA XV
Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT
Biblioteca da Associação São Bento de Ensino de Araraquara - UNIARA
Biblioteca da Faculdade Adamantinense Integrada
Biblioteca da Faculdade Comunitária de Campinas - FAC
Biblioteca da Faculdade de Campinas - FACAMP
Biblioteca da Faculdade de Direito da Alta Paulista - FADAP - Tupã
Biblioteca da Faculdade de Direito da FAAP - São Paulo
Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP
Biblioteca da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete - FDC
Biblioteca da Faculdade de Direito de Itu
Biblioteca da Faculdade de Direito de Marília - FADIMA
Biblioteca da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo
Biblioteca da Faculdade de Direito de São João da Boa Vista - Fundação de Ensino Octávio Bastos - UNIFEOB
Biblioteca da Faculdade de Direito e Administração de Barretos
Biblioteca da Faculdade de Direito Padre Anchieta de Jundiaí
Biblioteca da Faculdade de Filosofia e Letras de Catanduva
Biblioteca da Faculdade de Minas - FAMINAS
Biblioteca da Faculdade Metropolitana de Campinas - METROCAMP
Biblioteca da Faculdade Módulo de Caraguatatuba
Biblioteca da Faculdade Municipal de Direito de Franca
Biblioteca das Faculdades Claretianas - Rio Claro
Biblioteca das Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo" - UniToledo de Presidente Prudente
Biblioteca das Faculdades Integradas Cantareira - São Paulo
Biblioteca das Faculdades Integradas - Guarulhos
Biblioteca das Faculdades Integradas - Itapetininga - F. Karnig Bazarian
Biblioteca das Faculdades Integradas Rui Barbosa de Andradina
Biblioteca das Faculdades Integradas - UPIS
Biblioteca das Faculdades Radial - São Paulo
Biblioteca das Faculdades Unificadas São Luís de Jaboticabal
Biblioteca da Fundação Educacional de Votuporanga
Biblioteca da Fundação Educacional Dr. Raul Bauab - Jaú
Biblioteca da Fundação Educacional Sorocabana - FADI

Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Campinas
Biblioteca da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de São Paulo
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Biblioteca da Universidade Bandeirante de São Paulo
Biblioteca da Universidade Braz Cubas de Mogi das Cruzes - UBC
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco - UNICASTELO - Descalvado
Biblioteca da Universidade Camilo Castelo Branco - UNICASTELO - Fernandópolis
Biblioteca da Universidade Católica de Pelotas
Biblioteca da Universidade Católica de Santos
Biblioteca da Universidade Cidade de São Paulo
Biblioteca da Universidade Cruzeiro do Sul de São Paulo
Biblioteca da Universidade de Brasília - UNB
Biblioteca da Universidade de Franca - UNIFRAN
Biblioteca da Universidade de Guarulhos
Biblioteca da Universidade de Marília - UNIMAR
Biblioteca da Universidade de Mogi das Cruzes - UMC
Biblioteca da Universidade de Pernambuco - UPE
Biblioteca da Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP
Biblioteca da Universidade de Santo Amaro - São Paulo
Biblioteca da Universidade de Sorocaba
Biblioteca da Universidade de Taubaté - UNITAU
Biblioteca da Universidade do Grande ABC - Santo André
Biblioteca da Universidade do Oeste Paulista - Presidente Prudente
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba - UNIVAP - Jacareí
Biblioteca da Universidade do Vale do Paraíba - UNIVAP - São José dos Campos
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP - Franca
Biblioteca da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP - São Paulo
Biblioteca da Universidade Federal de Juiz de Fora
Biblioteca da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG
Biblioteca da Universidade Federal de Pelotas
Biblioteca da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE
Biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC
Biblioteca da Universidade Federal do Espírito Santo - UFES
Biblioteca da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande - UFRG
Biblioteca da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS
Biblioteca da Universidade Ibirapuera de São Paulo
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Lins
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Piracicaba
Biblioteca da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP - Santa Bárbara d'Oeste
Biblioteca da Universidade Metropolitana de Santos
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Araçatuba
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Campinas
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Ribeirão Preto
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São José do Rio Preto
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São José dos Campos
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - São Paulo
Biblioteca da Universidade Paulista - UNIP - Sorocaba

Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de Campinas
Biblioteca da Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo
Biblioteca da Universidade Salgado de Oliveira - UNIVERSO - Salvador
Biblioteca da Universidade Santa Cecília de Santos
Biblioteca da Universidade São Francisco - Bragança Paulista
Biblioteca da Universidade São Francisco - Campinas
Biblioteca da Universidade São Judas Tadeu - São Paulo
Biblioteca do Centro de Ensino Superior de São Gotardo - CESG
Biblioteca do Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal
Biblioteca do Centro Universitário Anhanguera de Leme
Biblioteca do Centro Universitário Capital São Paulo
Biblioteca do Centro Universitário Católico Auxilium - UniSalesiano
Biblioteca do Centro Universitário Claretiano de Batatais
Biblioteca do Centro Universitário Claretiano de Campinas
Biblioteca do Centro Universitário de Araras
Biblioteca do Centro Universitário de Rio Preto - UNIRP
Biblioteca do Centro Universitário do Cerrado Patrocínio - UNICERP
Biblioteca do Centro Universitário do Norte Paulista - UNORP - São José do Rio Preto
Biblioteca do Centro Universitário Faculdades Metropolitanas Unidas - São Paulo
Biblioteca do Centro Universitário FIEO - Osasco
Biblioteca do Centro Universitário Monte Serrat - Santos
Biblioteca do Centro Universitário Moura Lacerda - Ribeirão Preto
Biblioteca do Centro Universitário Nove de Julho - São Paulo
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL - Americana
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL - Campinas
Biblioteca do Centro Universitário Salesiano de São Paulo - UNISAL - Lorena
Biblioteca do Centro Universitário Toledo de Araçatuba - UniToledo
Biblioteca do Instituto de Ensino Superior COC - Ribeirão Preto
Biblioteca do Instituto de Ensino Superior de Bauru - IESB
Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis - IMESA
Biblioteca do Instituto Municipal de Ensino Superior de São Caetano do Sul - IMES
Biblioteca do Instituto Superior de Ciências Aplicadas - ISCA - Limeira
Biblioteca do Instituto Toledo de Ensino de Bauru - ITE
Biblioteca do TRT da 1ª Região
Biblioteca do TRT da 2ª Região
Biblioteca do TRT da 3ª Região
Biblioteca do TRT da 4ª Região
Biblioteca do TRT da 5ª Região
Biblioteca do TRT da 6ª Região
Biblioteca do TRT da 7ª Região
Biblioteca do TRT da 8ª Região
Biblioteca do TRT da 9ª Região
Biblioteca do TRT da 10ª Região
Biblioteca do TRT da 11ª Região
Biblioteca do TRT da 12ª Região
Biblioteca do TRT da 13ª Região
Biblioteca do TRT da 14ª Região
Biblioteca do TRT da 16ª Região
Biblioteca do TRT da 17ª Região
Biblioteca do TRT da 18ª Região

Biblioteca do TRT da 19ª Região
Biblioteca do TRT da 20ª Região
Biblioteca do TRT da 21ª Região
Biblioteca do TRT da 22ª Região
Biblioteca do TRT da 23ª Região
Biblioteca do TRT da 24ª Região
Editora Champanhat - Curitiba
Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará
Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC
Escola Superior do Ministério Público - ESMP
Instituto Brasileiro de Ciências Jurídicas - IBCJ
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA
Tribunal Regional Federal da 2ª Região
Tribunal Regional Federal da 3ª Região

EXTERIOR

Argentina
Faculdad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

China
Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau

Espanha
Faculdad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
Universidad Pablo de Olavide - Sevilla
Universidad de Sevilla

França
Département des Études Internationales, Européennes et Comparatives de L'Université Paris I - Panthéon-Sorbonne - Paris
Université Cergy Pontoise - Cergy

Portugal
Consulado Geral do Brasil em Portugal
Departamento de Direito da Universidade Portucalense Infante Dom Henrique - Porto
Embaixada do Brasil em Lisboa
Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa de Lisboa
Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa do Porto
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Faculdade de Direito da Universidade do Minho - Braga
Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Faculdade de Direito da Universidade Lusíada - Vila Nova Amalicão
Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa
Faculdade de Direito da Universidade Lusíada do Porto
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Faculdade de Direito Universidade Autônoma de Lisboa Luís de Camões
Ministério da Educação - Lisboa
Ordem dos Advogados - Lisboa

Uruguai
Faculdad de Derecho de la Universidad de Montevideo
Universidad de la República - Faculdad de Derecho - Montevideo

ESCOLA JUDICIAL
DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

Des. Carlos Alberto Bosco - Diretor
Des. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo - Vice-diretor

CONSELHO EDITORIAL

Des. Roberto Nobrega de Almeida Filho - Editor-chefe

Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann
Des. Eder Sivers
Des. Edison dos Santos Pelegrini
Juiz Marcelo Magalhães Rufino
Juíza Olga Regiane Pilegis
Juiz André Augusto Ulpiano Rizzardo

Exterior

Argentina
Juiz Mauricio César Arese - Universidad de Córdoba

Espanha
Professor David Sanchez Rubio - Universidad de Sevilla
Professor Doutor Rafael de Asís Roig - Universidad Carlos III de Madrid

França
Professor Carlos Miguel Herrera - Université Cergy Pointoise - Cergy

Portugal
Professor Jorge Miranda - Universidade Clássica de Lisboa

Uruguai
Professor Mario Garmendia Arigón - Universidad de la República
- Montevideo

CONSELHO TÉCNICO

Pareceristas Nacionais

Membros do TRT da 15ª Região

Des. Fabio Grasselli
Des. João Alberto Alves Machado
Des. Roberto Nobrega de Almeida Filho
Des. Carlos Alberto Bosco
Des. João Batista Martins César
Des. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo
Des. Fábio Allegretti Cooper
Juíza Olga Regiane Pilegis
Juiz Marco Antonio de Souza Branco
Juiz José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva
Juiz Flávio Landi
Juíza Eliana dos Santos Alves Nogueira
Juíza Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima
Juiz José Guido Teixeira Junior
Juíza Fernanda Cristina de Moraes Fonseca
Juíza Candy Florencio Thomé
Juíza Rosilene da Silva Nascimento

Pareceristas Internacionais

Argentina

Professor Carlos Alberto Toselli - Universidad de Córdoba
Professor Adrián Goldin - Universidad de San Andrés

Colômbia

Professora Martha Elisa Monsalve Cuéllar - Universidad La Gran Colombia

Espanha

Professor Álvaro Sánchez Bravo - Universidad de Sevilla
Professora Icíar Alzaga Ruiz - Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid
Professor Miguel Cardenal Carro - Universidad de Extremadura
Professor David Montoya Medina - Universidad de Alicante

Itália

Professor Alberto Levi - Universidade de Módena e Reggio Emília

Portugal

Professor João Leal Amado - Universidade de Coimbra

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL

PRESIDENTE	Samuel Hugo Lima
VICE-PRESIDENTE ADMINISTRATIVO	José Otávio de Souza Ferreira
VICE-PRESIDENTE JUDICIAL	João Alberto Alves Machado
CORREGEDORA REGIONAL	Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza
VICE-CORREGEDOR REGIONAL	Manoel Carlos Toledo Filho
OUVIDORA	Antonia Regina Tancini Pestana
VICE-OUVIDOR	Eder Sivers

DESEMBARGADORAS E DESEMBARGADORES DO TRABALHO

(em 10.3.2023)

José Pedro de Camargo R. de Souza
Luiz Roberto Nunes
Lorival Ferreira dos Santos
Fernando da Silva Borges
Gerson Lacerda Pistori
Gisela R. M. de Araujo e Moraes
Edmundo Fraga Lopes
Tereza Aparecida Asta Gemignani
Ana Amarylis V. de Oliveira Gulla
Susana Graciela Santiso
Samuel Hugo Lima
Maria Madalena de Oliveira
Fabio Grasselli
Erodite Ribeiro dos Santos
Dagoberto Nishina de Azevedo
Thelma Helena M. de Toledo Vieira
Manoel Carlos Toledo Filho
Antonio Francisco Montanagna
Rita de Cássia Penkal B. de Souza
Francisco A. da M. Peixoto Giordani
João Alberto Alves Machado
Claudinei Zapata Marques
José Otávio de Souza Ferreira
Ana Paula Pellegrina Lockmann
Roberto Nobrega de Almeida Filho
Helcio Dantas Lobo Junior
Eder Sivers
Antonia Regina Tancini Pestana
Eleonora Bordini Coca
Carlos Alberto Bosco
João Batista Martins César
Luiz Felipe P. da Luz Bruno Lobo
Fábio Allegretti Cooper
Edison dos Santos Pelegrini
Luciane Storer
Ricardo Antonio de Plato
Ricardo Regis Laraia
Wilton Borba Canicoba
José Carlos Ábile
Rosemeire Uehara Tanaka
Luis Henrique Rafael
Renan Ravel Rodrigues Fagundes
Jorge Luiz Souto Maior
Larissa Carotta M. da Silva Scarabelim
João Batista da Silva
Maria da Graça Bonança Barbosa
Fábio Bueno de Aguiar
Orlando Amâncio Taveira
Renato Henry Sant'Anna
Paulo Augusto Ferreira
Hélio Grasselli
Keila Nogueira Silva
Marcelo Garcia Nunes
[vago]
[vago]

ÓRGÃO ESPECIAL

Des. Samuel Hugo Lima (Presidente)
Des. Luiz Roberto Nunes
Des. Lorival Ferreira dos Santos
Des. Fernando da Silva Borges
Des. Gerson Lacerda Pistori
Des. Gisela Rodrigues Magalhães de Araujo e Moraes
Des. Edmundo Fraga Lopes
Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani
Des. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla
Des. Susana Graciela Santiso
Des. Fabio Grasselli
Des. Erodite Ribeiro dos Santos
Des. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira
Des. Manoel Carlos Toledo Filho
Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza
Des. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani
Des. João Alberto Alves Machado
Des. José Otávio de Souza Ferreira
Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann
Des. Eleonora Bordini Coca
Des. Edison dos Santos Pelegrini
Des. Wilton Borba Canicoba
Des. Renan Ravel Rodrigues Fagundes
Des. Jorge Luiz Souto Maior
Des. Larissa Carotta Martins da Silva Scarabelim

SEÇÃO DE DISSÍDIOS COLETIVOS

Des. Samuel Hugo Lima (Presidente)
Des. João Alberto Alves Machado
Des. Lorival Ferreira dos Santos
Des. Fernando da Silva Borges
Des. Gerson Lacerda Pistori
Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani
Des. Antonio Francisco Montanagna
Des. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani
Des. Eder Sivers
Des. João Batista Martins César
Des. Wilton Borba Canicoba
Des. Rosemeire Uehara Tanaka
Des. Luis Henrique Rafael
Des. Jorge Luiz Souto Maior
Des. Maria da Graça Bonança Barbosa

1ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Gisela Rodrigues Magalhães de Araujo e Moraes (Presidente)
Des. Luiz Roberto Nunes
Des. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla
Des. Erodite Ribeiro dos Santos
Des. Dagoberto Nishina de Azevedo
Des. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira
Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza
Des. Claudinei Zapata Marques
Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann
Des. Carlos Alberto Bosco
Des. Fábio Allegretti Cooper
Des. Renato Henry Sant'Anna
Des. Keila Nogueira Silva

2ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Luciane Storer (Presidente)
Des. Manoel Carlos Toledo Filho
Des. José Otávio de Souza Ferreira
Des. Roberto Nobrega de Almeida Filho
Des. Antonia Regina Tancini Pestana
Des. Eleonora Bordini Coca
Des. Ricardo Antonio de Plato
Des. Ricardo Regis Laraia

Des. José Carlos Ábile
Des. João Batista da Silva
Des. Fábio Bueno de Aguiar
Des. Orlando Amâncio Taveira
Des. Hélio Grasselli

3ª SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS

Des. Edmundo Fraga Lopes
(Presidente)
Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza
Des. Susana Graciela Santiso
Des. Maria Madalena de Oliveira
Des. Fabio Grasselli
Des. Helcio Dantas Lobo Junior
Des. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo
Des. Edison dos Santos Pelegrini
Des. Renan Ravel Rodrigues Fagundes
Des. Larissa Carotta Martins da Silva Scarabelim
Des. Paulo Augusto Ferreira
Des. Marcelo Garcia Nunes
[vaga]
[vaga]

1ª TURMA

Primeira Câmara

Des. José Carlos Ábile (Presidente da Turma e da 1ª Câmara)
Des. Tereza Aparecida Asta Gemignani
Des. Ricardo Antonio de Plato
Des. Fábio Bueno de Aguiar
Des. Paulo Augusto Ferreira

Segunda Câmara

Des. Wilton Borba Canicoba
(Presidente da 2ª Câmara)
Des. Susana Graciela Santiso
Des. José Otávio de Souza Ferreira
Des. Larissa Carotta Martins da Silva Scarabelim
Des. Hélio Grasselli

2ª TURMA

Terceira Câmara

Des. Edmundo Fraga Lopes
(Presidente da 3ª Câmara)
Des. Ana Amarylis V. de Oliveira Gulla
Des. Helcio Dantas Lobo Junior
Des. Antonia Regina Tancini Pestana
Des. Rosemeire Uehara Tanaka

Quarta Câmara

Des. Eleonora Bordini Coca
(Presidente da Turma e da 4ª Câmara)
Des. Dagoberto Nishina de Azevedo
Des. Manoel Carlos Toledo Filho
Des. Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza
[vaga]

3ª TURMA

Quinta Câmara

Des. Ana Paula Pellegrina Lockmann
(Presidente da Turma e da 5ª Câmara)
Des. Lorival Ferreira dos Santos
Des. Gisela Rodrigues Magalhães de Araujo e Moraes
Des. Samuel Hugo Lima
Des. Maria Madalena de Oliveira

Sexta Câmara

Des. Fábio Allegretti Cooper
(Presidente da 6ª Câmara)
Des. Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani
Des. Jorge Luiz Souto Maior
Des. João Batista da Silva
Des. Renato Henry Sant'Anna

4ª TURMA

Sétima Câmara

Des. Roberto Nobrega de Almeida Filho
(Presidente da Turma e da 7ª Câmara)
Des. Carlos Alberto Bosco
Des. Luciane Storer
Des. Renan Ravel Rodrigues Fagundes
Des. Keila Nogueira Silva

Oitava Câmara

Des. Erodite Ribeiro dos Santos
(Presidente da 8ª Câmara)
Des. Luiz Roberto Nunes
Des. Claudinei Zapata Marques
Des. Orlando Amâncio Taveira
[vaga]

5ª TURMA

Nona Câmara

Des. Marcelo Garcia Nunes
(Presidente da 9ª Câmara)
Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza
Des. Gerson Lacerda Pistori
Des. Thelma Helena Monteiro de Toledo Vieira
Des. Maria da Graça Bonança Barbosa

Décima Câmara

Des. Ricardo Regis Laraia
(Presidente da Turma e da 10ª Câmara)
Des. Fernando da Silva Borges
Des. Fabio Grasselli
Des. João Alberto Alves Machado
Des. Edison dos Santos Pelegrini

6ª TURMA

Décima Primeira Câmara

Des. Antonio Francisco Montanagna
(Presidente da Turma e da 11ª Câmara)
Des. Eder Sivers
Des. João Batista Martins César
Des. Luiz Felipe Paim da Luz Bruno Lobo
Des. Luis Henrique Rafael

JUÍZAS E JUÍZES TITULARES DE VARA DO TRABALHO

(em 10.3.2023)

Nome	Vara do Trabalho
Mari Angela Pelegrini	Santa Bárbara d'Oeste
Andrea Guelfi Cunha	4ª Jundiaí
Marcos da Silva Pôrto	9ª Campinas
Rita de Cássia Scagliusi do Carmo	10ª Campinas
Adriene Sidnei de Moura David	2ª Piracicaba
Marcelo Magalhães Rufino	3ª São José do Rio Preto
Margarete A. Gulmaneli Solcia	2ª Catanduva
Antonia Sant'Ana	3ª São José dos Campos
Ana Cláudia Torres Vianna	6ª Campinas
Scynthia Maria Sisti Tristão	Tanabi
Cinthia Maria da Fonseca Espada	Garça
Carlos Eduardo Oliveira Dias	1ª Campinas
Regiane Cecília Lizi	Pederneiras
Cláudia Cunha Marchetti	2ª Paulínia
Olga Regiane Pilegis	11ª Campinas
Jorge Antonio dos Santos Cota	Itatiba
Oséas Pereira Lopes Junior	1ª Paulínia
Ronaldo Oliveira Siandela	Piedade
Levi Rosa Tomé	Itu
Marco Antonio de Souza Branco	1ª Assis
Luís Fernando Lupato	Ubatuba
Wellington César Paterlini	2ª Sertãozinho
André da Cruz e Souza Wenzel	Aparecida
Sérgio Milito Barêa	Taquaritinga
Marcelo Carlos Ferreira	Salto
Wagner Ramos de Quadros	1ª Catanduva
André Augusto Ulpiano Rizzardo	12ª Campinas
Luiz Antonio Zanqueta	Lins
Roberta Jacopetti Bonemer	3ª Ribeirão Preto
Robson Adilson de Moraes	5ª Campinas
Dora Rossi Góes Sanches	2ª Jacareí
José Antônio R. de Oliveira Silva	6ª Ribeirão Preto
Flávio Landi	Atibaia
Marina de Siqueira F. Zerbinatti	3ª Campinas
Marco Antônio Macedo André	Andradina
Firmino Alves Lima	1ª Piracicaba
Eliana dos Santos Alves Nogueira	2ª Franca
Guilherme Guimarães Feliciano	1ª Taubaté
Renata dos Reis D'Ávilla Calil	Capivari
Juliana Benatti	8ª Campinas
Luciana Nasr	4ª Campinas
Ana Cláudia P. Ferreira de Lima	1ª Bauru
Alexandre Vieira dos Anjos	Cajuru
Marcelo Schmidt Simões	Itapeva
Fernanda Cavalcanti V. Gaetano	Bebedouro
Mauro César Luna Rossi	Capão Bonito
José Guido Teixeira Júnior	Itararé

Nome	Vara do Trabalho
Kátia Liriam Pasquini Braiani	2ª Presidente Prudente
Cristiane Montenegro Rondelli	7ª Campinas
André Luiz Alves	1ª Lençóis Paulista
Leandra da Silva Guimarães	Amparo
Patrícia Glugovskis P. Martins	Mogi Mirim
Lúcia Zimmermann	1ª Jundiaí
Luís Rodrigo Fernandes Braga	Araras
Laura Bittencourt F. Rodrigues	2ª Americana
Adriana Fonseca Perin	2ª São José do Rio Preto
Ana Paula Alvarenga Martins	1ª Americana
Evandro Eduardo Maglio	Mococa
Júlio César Trevisan Rodrigues	4ª São José do Rio Preto
Alexandre Garcia Muller	1ª Marília
Arilda Cristiane S. de P. Calixto	Cravinhos
Cássia Regina Ramos Fernandes	5ª São José dos Campos
Júlio César Marin do Carmo	2ª Lençóis Paulista
Denise Ferreira Bartolomucci	2ª São José dos Campos
Andréia de Oliveira	2ª Taubaté
Alzeni A. de Oliveira Furlan	Indaiatuba
Alessandro Tristão	Fernandópolis
Alvaro dos Santos	2ª Campinas
Sandro Valério Bodo	2ª Bauru
Nelma P. G. Sant'Anna Ferreira	1ª Presidente Prudente
Marcus M. Barberino Mendes	São Roque
Gislene Aparecida Sanches	4ª São José dos Campos
Adhemar Prisco da Cunha Neto	1ª Jacareí
Tânia Aparecida Claro	Guaratinguetá
Pedro Edmilson Pilon	São José do Rio Pardo
Valdir Rinaldi Silva	4ª Sorocaba
Isabela Tófano de C. Leite Pereira	3ª Piracicaba
Renato da Fonseca Janon	Batatais
Márcia Cristina Sampaio Mendes	5ª Ribeirão Preto
Kathleen Mecchi Zarins Stamato	3ª Jundiaí
Andréia Alves de Oliveira Gomide	1ª Franca
José Antônio Gomes de Oliveira	1ª São José do Rio Preto
Valéria Cândido Peres	Caraguatatuba
Daniela R. R. Ferreira Borges	Olímpia
Alan Cezar Runho	Matão
Eucymara Maciel Oliveto Ruiz	Adamantina
Fernanda C. de Moraes Fonseca	Itapira
Daniela Macia Ferraz Giannini	Rio Claro
Marcelo Bueno Pallone	Campo Limpo Paulista
Renato César Trevisani	Ituverava
Henrique Macedo Hinz	2ª Limeira
Wilson Cândido da Silva	Lorena
Decio U. Matoso Rodovalho	Sumaré
Azael Moura Junior	Bragança Paulista

Nome	Vara do Trabalho
Cleber Antonio Grava Pinto	Penápolis
Rosana Alves	Porto Ferreira
Ana Paula Silva Campos Miskulin	José Bonifácio
Rodarte Ribeiro	Barretos
Mauricio de Almeida	2ª Jaú
Ana Lucia Cogo Casari C. Ferreira	1ª Araraquara
Alexandre Alliprandino Medeiros	São Joaquim da Barra
João Baptista Cilli Filho	1ª Sertãozinho
Rodrigo Penha Machado	Orlândia
Marcelo Siqueira de Oliveira	3ª Bauru
Candy Florencio Thomé	1ª São José dos Campos
Sandra Maria Zirondi	Votuporanga
Conceição A. R. de Petribu Faria	2ª Araraquara
Cecy Yara Tricca de Oliveira	3ª Sorocaba
Lucineide Almeida de L. Marques	1ª Jaú
Elen Zoraide Módolo Jucá	Birigui
Teresa Cristina Pedrasi	Itapetininga
Manoel Luiz Costa Penido	Caçapava
Paulo B. C. de Almeida Prado Bauer	4ª Bauru
Flávio Henrique Garcia Coelho	2ª Marília
Suzeline Longhi Nunes de Oliveira	2ª Araçatuba
Andréa Maria Pfrimer Falcão	1ª Jaboticabal
Débora Wust de Proença	São Sebastião
Vinicius Magalhães Casagrande	Itanhaém
Clóvis Victorio Júnior	1ª Araçatuba
Fernando L. U. Martins dos Santos	1ª São Carlos

Nome	Vara do Trabalho
Priscila de Freitas Cassiano Nunes	Cruzeiro
José Antonio Dosualdo	Hortolândia
Maria Flávia de Oliveira Fagundes	1ª Limeira
André Luiz T. de Castro Pereira	Pirassununga
Rogério Princivalli da Costa Campos	Pindamonhangaba
Ana Maria Eduardo da Silva	2ª Sorocaba
Regina Rodrigues Urbano	Leme
João Batista de Abreu	Mogi Guaçu
Antonio Carlos C. de Oliveira	3ª Araçatuba
Carlos Eduardo Vianna Mendes	Botucatu
Diovana Bethânia O. I. Fabreti	Tietê
Solange Denise Belchior Santaella	Tatuí
Mércio Hideyoshi Sato	Presidente Venceslau
Wellington Amadeu	5ª Jundiaí
Ricardo Luís Valentini	1ª Ribeirão Preto
Thiago Henrique Ament	Registro
Carmen Lucia Couto Taube	Avaré
Marcos Roberto Wolfgang	Itápolis
Sidney Xavier Rovida	Teodoro Sampaio
Maurício Matsushima Teixeira	São João da Boa vista
Carlos Alberto Frigieri	3ª Araraquara
Camila Ceroni Scarabelli	2ª Jundiaí
Fábio Natali Costa	2ª Jaboticabal
Ana Flávia de M. Garcia Cuesta	2ª São Carlos
Amanda Barbosa	4ª Ribeirão Preto
Paulo Eduardo Belloti	1ª Sorocaba

JUÍZAS E JUÍZES DO TRABALHO SUBSTITUTOS

(em 10.3.2023)

Nome	Circunscrição
Sidney Pontes Braga	São José do Rio Preto
Cláudio Issao Yonemoto	Presidente Prudente
Alexandre Chedid Rossi	Sorocaba
Denise Santos Sales de Lima	Ribeirão Preto
João Dionisio Viveiros Teixeira	Campinas
Marco Antonio F. de Rezende	São José dos Campos
André Luiz M. Azevedo Sette	Campinas
Artur Ribeiro Gudwin	Campinas
Cristiane Kawanaka de Pontes	Campinas
Christina Feuerharmel Velloza	Campinas
Ronaldo Capelari	Campinas
Mauricio Bearzotti de Souza	Campinas
Salete Yoshie Honma Barreira	Campinas
Aparecido Batista de Oliveira	Campinas
Leticia Gouveia Antonioli	Campinas
Mauro César Moreli	São José do Rio Preto
Roberto dos Santos Soares	São José dos Campos
Sérgio Polastro Ribeiro	Campinas
Rosana Nubiato Leão	Araçatuba
Tony Everson Simão Carmona	Sorocaba
Rodrigo Adelio Abrahão Linares	São José dos Campos
Paulo Henrique C. Martinez	Ribeirão Preto
Eduardo Souza Braga	Ribeirão Preto
Camila Moura de Carvalho	Campinas
Alexandre Klimas	São José dos Campos
Siumara Junqueira de Oliveira	São José dos Campos
Milena Casacio Ferreira Beraldo	Campinas
Newton Cunha de Sena	Campinas
Polyanna Sampaio C. da Silva Santos	Ribeirão Preto
Maria Teresa de Oliveira Santos	Ribeirão Preto
Arthur Albertin Neto	Araçatuba
Marcelo Chaim Chohfi	Campinas
Patricia Maeda	Campinas
Edson da Silva Junior	Bauru
Renato Ferreira Franco	São José do Rio Preto
Mariângela Fonseca	Bauru
Luciano Brisola	Sorocaba
Rogério José Perrud	Presidente Prudente
Josué Cecato	Bauru
Rafael Marques de Setta	Bauru
Érica Escarassatte	Campinas
Luís Augusto Fortuna	Ribeirão Preto
Ricardo Luís da Silva	Sorocaba
Estefânia Kelly Reami Fernandes	Campinas
Marcelo Luís de Souza Ferreira	Campinas
Andréia N. Rossilho de Lima	Presidente Prudente
Ana Missiato de Barros Pimentel	Campinas

Nome	Circunscrição
Luís Furian Zorzetto	Campinas
Patricia Juliana Marchi Alves	Campinas
Cristiane Souza de Castro Toledo	Campinas
Luiz Roberto L. dos Santos Filho	Ribeirão Preto
Lays Cristina de Cunto	Campinas
Vanessa Cristina Pereira Salomão	Campinas
Maria Lúcia Ribeiro Morando	São José dos Campos
Caio Rodrigues Martins Passos	Campinas
Roberta Confetti Gatsios Amstalden	Ribeirão Preto
Fernanda Amabile M. de S. Gomes	São José do Rio Preto
Natália Scassiotta Neves	Campinas
Francieli Pissoli Mendonça	Ribeirão Preto
Zilah Ramires Ferreira	Bauru
Andressa Venturi da C. Weber	Ribeirão Preto
Elias Terukiyo Kubo	São José dos Campos
Sofia Lima Dutra	Campinas
Gothardo R. B. Van Buggenhout	São José dos Campos
Luciene Pereira Scandiuci Ridolfo	Campinas
Alessandra R. Trevisan Lambert	Campinas
Breno Ortiz Tavares Costa	Bauru
Cláudia Bueno Rocha Chiuzuli	Ribeirão Preto
Danielle Guerra Florentino Lopes	São José dos Campos
Erika Ferrari Zanella	Campinas
Luciane Cristina Muraro de Freitas	Campinas
Pablo Souza Rocha	Campinas
Karine Vaz de M. Mattos Abreu	Campinas
Reginaldo L. Pierrotti Junior	São José dos Campos
Daniele Comin Martins	Bauru
Gustavo Triandafelides Balthazar	Campinas
Anderson Relva Rosa	Ribeirão Preto
Régis Antônio Bersanin Nieddu	Presidente Prudente
Bárbara Baldani Fernandes Nunes	Presidente Prudente
Rosilene da Silva Nascimento	Ribeirão Preto
Karine da Justa Teixeira Rocha	Campinas
Adriel Pontes de Oliveira	Ribeirão Preto
Mônica Rodrigues Carvalho	Ribeirão Preto
Vinícius de Miranda Taveira	Campinas
Camila Ximenes Coimbra	Campinas
Renato Clemente Pereira	Bauru
Veranici Aparecida Ferreira	Campinas
Leandro Renato Catelan Encinas	São José do Rio Preto
Karina Suemi Kashima	Ribeirão Preto
Carolina Sferra Croffi Heinemann	Campinas
Renata Carolina Carbone Stamponi	Bauru
José Augusto de A. P. F. de Castilho	Bauru
Bruna Müller Stravinski	Campinas
Gustavo Zabeu Vasen	Campinas

Nome	Circunscrição
Adriane da Silva Martins	Sorocaba
Christophe Gomes de Oliveira	São José do Rio Preto
Amanda Sarmento Gakiya Walraven	Ribeirão Preto
Renata Mendes C. de Castro Pereira	Campinas
Cauê Brambilla da Silva	Bauru
Ana Paula Sartorelli Brancaccio	Sorocaba
Paula Rodrigues de Araujo Lenza	Ribeirão Preto
Rafael de Almeida Martins	Campinas
Fábio Camera Capone	Campinas
César Reinaldo Offa Basile	Ribeirão Preto
Lady Ane de Paula S. Della Rocca	Campinas
Gustavo Naves Guimarães	Sorocaba
Fred Morales Lima	Ribeirão Preto
Rodrigo de Mattos Takayassu	Ribeirão Preto
Fernanda Frare Ribeiro	Campinas
Mariana Cavarra Bortolon Varejão	Campinas
Carolina Popoff Ferreira da Costa	Sorocaba
Michele do Amaral	Campinas
Marcel de Avila Soares Marques	São José do Rio Preto
Pedro Henrique B. S. de Oliveira	Ribeirão Preto
Mouzart Luis Silva Brenes	Presidente Prudente
Eduardo Costa Gonzales	Araçatuba
Érika de Franceschi	Campinas
Érika Rodrigues Pedreus Morete	Bauru
José Rodrigues da Silva Neto	São José do Rio Preto
Letícia Helena Juiz de Souza	Ribeirão Preto
Rodrigo Fernando Sanitá	São José do Rio Preto
Edma Alves Moreira	Bauru
Otávio Lucas de Araújo Rangel	São José dos Campos
Marcio Cavalcanti Camelo	Ribeirão Preto
Virgilio de Paula Bassanelli	São José do Rio Preto
Eduardo Alexandre da Silva	Campinas
Taísa Magalhães de O. S. Mendes	Campinas
Flavia Farias de Arruda Corseuil	Campinas
Bruno da Costa Rodrigues	São José dos Campos
Francina Nunes da Costa	São José dos Campos
Vilson Antonio Previde	Campinas
Paula Araújo Oliveira Levy	Campinas
Daniel Rezende Faria	Ribeirão Preto
Tábata Gomes Macedo de Leitão	Araçatuba
Fernanda Constantino de Campos	Campinas
Fabio Trifiatis Vitale	Campinas
Cristiane Helena Pontes	Campinas
Rinaldo Soldan Joazeiro	São José do Rio Preto
Francisco Duarte Conte	Sorocaba
Gilvandro de Lelis Oliveira	Ribeirão Preto
Ricardo Henrique B. de Mesquita	Ribeirão Preto
Priscila Pivi de Almeida	Campinas

Nome	Circunscrição
Elise Gasparotto de Lima	Araçatuba
Lucas Freitas dos Santos	Ribeirão Preto
Camila Trindade Valio Machado	Ribeirão Preto
Gabriel Calvet de Almeida	Bauru
Paula Cristina Caetano da Silva	Campinas
Lucas Falasqui Cordeiro	Campinas
Sandro Matucci	Sorocaba
Bruno Furtado Silveira	Campinas
Thiago Nogueira Paz	Ribeirão Preto
Luiza Helena Roson	São José dos Campos
Bianca Cabral Doricci	Ribeirão Preto
Adélia Weber L. Almeida Faria	Ribeirão Preto
Fábio César Vicentini	Ribeirão Preto
Angela Naira Belinski	São José do Rio Preto
Cléa Ribeiro	São José dos Campos
Alexandre Silva de Lorenzi Dinon	São José dos Campos
Priscila Gil de Souza Murad	São José do Rio Preto
Samanta Iansen Falleiros	São José do Rio Preto
Aluísio Teodoro Falleiros	São José do Rio Preto
Fernando Rodrigues Carvalho	São José do Rio Preto
Walkiria Aparecida Ribeiro	Campinas
Larissa Rabello S. Tavares Costa	Bauru
Afrânio Roberto P. Alves Seixas	Sorocaba
Elaine Pereira da Silva	Sorocaba
José Aguiar Linhares Lima Neto	Campinas
Gabriel Borasque de Paula	São José dos Campos
Cleverson Oliveira Alarcon Lima	Bauru
Renata Nunes de Melo	Bauru
Lucas Cilli Horta	São José dos Campos
Heloisa P. de Oliveira Moraes	Araçatuba
Emanuele Pessati Siqueira Rocha	Campinas
Ana Célia Soares Ferreira	Campinas
Juliana Vieira Alves	Sorocaba
Ana Paula Toledo de Souza Leal	São José do Rio Preto
Pedro de Meirelles	São José do Rio Preto
Cleiton William Kraemer Poerner	Sorocaba
Gustavo Castro Picchi Martins	Bauru
Mateus Carlesso Diogo	Sorocaba
Guilherme Bassetto Petek	Araçatuba
Renan Martins Lopes Belutto	Presidente Prudente
Érica Alves Canonico	Presidente Prudente

REPOSITÓRIO DE MULHERES JURISTAS DO TRT DA 15ª REGIÃO

(em 10.3.2023)

NOME SOCIAL	CARGO
Patrícia Maeda	Magistrada
Lais Vieira Cardoso	Servidora Pública
Joice Bezerra de Oliveira	Advogada, Professora e Pesquisadora
Valéria Emília de Aquino	Professora
Larissa Matos	Advogada
Lady Ane	Magistrada
Ana Paula Alvarenga Martins	Magistrada
Olívia de Quintana F. Pasqualeto	Professora
Gabriela Affonso	Professora
Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima	Magistrada
Noemia Galduroz	Advogada
Gabriela Marcassa Thomaz de Aquino	Pesquisadora e Acadêmica
Manoella Rossi Keunecke Vecchia	Advogada, Professora e Pesquisadora
Letiane Corrêa Bueno N. Ramos	Advogada
Tereza Aparecida Asta Gemignani	Magistrada
Cristina Elena Bernardi Iaroszeski	Advogada e Professora
Aline da Silva Freitas	Professora
Francesca Columbu	Professora
Bruna Victória Martins de Araujo	Pesquisadora e Acadêmica
Ellen Cassia Giacomini Casali	Advogada
Daniela Silva Fontoura de Barcellos	Professora
Eliani Nimer	Advogada
Adelaide Albergaria	Advogada
Andrea Keust	Magistrada
Manoella Rossi Keunecke Vecchia	Advogada
Maria Cecilia de Almeida M. Lemos	Professora
Clarissa Valadares Chaves	Pesquisadora e Acadêmica
Bruna Rosa Sestari	Advogada

SUMÁRIO

EDITORIAL

SEÇÃO ESPECIAL

DISCURSO DE POSSE DO EXMO. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO 25
LIMA, Samuel Hugo

ARTIGOS

Doutrina Nacional

A REVISÃO DA DECISÃO PROFERIDA NO IRDR 35
MARINONI, Luiz Guilherme

O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS PARA A SEGURANÇA JURÍDICA DAS DECISÕES..... 55
CASAGRANDE, Vinicius Magalhães

AS RECENTES DECISÕES DO STF SOBRE A PREVALÊNCIA DOS REQUISITOS FORMAIS DA RELAÇÃO JURÍDICA COMO FATOR DE DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA MATERIAL 67
LEVY, Paula Araújo Oliveira

O COMPLEXO DE ARGOS: os limites da prova digital de geolocalização 93
JANON, Renato da Fonseca

A PROTEÇÃO BRASILEIRA DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: síntese de uma abordagem crítico-construtiva de base principiológica e humanista 131
FELICIANO, Guilherme Guimarães

O BANCO DE HORAS PACTUADO POR MEIO DE ACORDO INDIVIDUAL DE TRABALHO: uma violação frontal ao texto constitucional brasileiro e a tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil..... 173
QUERIDO, Danilo Eduardo

Doutrina Internacional

OS DESAFIOS DO TELETRABALHO AO REGIME DA RESPONSABILIDADE POR ACIDENTES DE TRABALHO: breve reflexão 189
BARBOSA, Mafalda Miranda

TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS E A PROTEÇÃO DO TRABALHO HUMANO 223
MOREIRA, Teresa Coelho

Trabalhos do Meio Científico

UBERIZAÇÃO DO TRABALHO NA AMÉRICA LATINA: análise da (des)proteção normativa dos entregadores de aplicativo no Brasil e México 255
FERREIRA, Otávio Bruno da Silva; FERREIRA, Estêvão Fragallo; SOARES, Pollyana Esteves

JURISPRUDÊNCIA

Ementário 279
Súmulas 315

ATOS NORMATIVOS

Atos normativos 319

ÍNDICE

Índice do Ementário 325
Índice Onomástico 333

Normas para submissão e publicação 341

Norms for submission and publication 343

EDITORIAL

Prezados Leitores,

Esta nova gestão tem o júbilo de apresentar o fascículo 62 da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, exortando a sua missão de trazer à comunidade a excelência das discussões jurídicas e sociais contemporâneas no âmbito do direito material e processual do trabalho e suas áreas afins.

A obra conta com produções de relevante valor técnico-científico e agradável leitura, refletindo o que há de mais atual na legislação, doutrina e jurisprudência a envolver as peculiaridades do mundo laboral.

Os artigos que abrem esta edição tratam de temas relativos à uniformização da jurisprudência, importante fonte de direito e meio de atribuição de estabilidade e integridade à prestação jurisdicional. O assunto foi muito bem abordado por Luiz Guilherme Marinoni, que discorreu sobre a revisão da decisão proferida em IRDR, e por Vinicius Magalhães Casagrande, que tratou da segurança jurídica viabilizada pelo sistema de precedentes judiciais.

No seu texto, Paula Araújo Oliveira Levy se dedicou às recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a competência material para a apreciação das lides oriundas das relações de trabalho, tema ainda polêmico na doutrina e na jurisprudência.

O trabalho de Renato da Fonseca Janon analisa, também com atualidade, os limites da prova digital obtida pela via da geolocalização. Guilherme Guimarães Feliciano, a seu turno, brinda-nos lançando luz ao debate sobre a proteção de dados pessoais no âmbito das relações de trabalho.

Danilo Eduardo Querido apresenta nesta edição produção que cuida de ampliar a discussão sobre os aspectos constitucionais e convencionais a envolver o instituto do banco de horas pactuado por acordo individual de trabalho.

E, sem perder de vista as vívidas discussões acerca dos temas, Mafalda Miranda Barbosa trata dos desafios do teletrabalho no campo da responsabilidade acidentária, e Teresa Coelho Moreira aborda os reflexos da inserção das tecnologias disruptivas no mundo laboral pós-moderno.

Pollyana Esteves Soares, Estêvão Fragallo Ferreira e Otávio Bruno da Silva Ferreira, por sua vez, analisam a uberização do trabalho no contexto da América Latina.

Trata-se de importante produção científica, cuja publicação contou não somente com a contribuição dos saberes dos valiosos autores ora mencionados, mas também com o excelente trabalho de servidores e magistrados no âmbito da Escola Judicial deste Regional.

Desejamo-lhes uma ótima leitura!

Roberto Nobrega de Almeida Filho,

Editor-chefe.

SEÇÃO ESPECIAL

DISCURSO DE POSSE DO EXMO. DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO*

LIMA, Samuel Hugo**

Ao que tudo indica, estamos saindo aos poucos do pico da pandemia. Foi um período de perdas. Exemplificando, lembro do Min. do TST Walmir Oliveira da Costa, do Des. Aposentado deste Regional Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva e do querido servidor Márcio Caiado. Nas pessoas desses brasileiros, homenageio as famílias enlutadas pela Covid-19. Mas o TRT15 produziu suas pérolas nesse período. Em questão de dias adaptou-se à nova e complicada realidade, começando a fazer audiências e sessões telepresenciais, não deixando perecer os direitos dos jurisdicionados.

Felizmente, no vale da pandemia, o TRT teve duas excelentes gestoras no comando.

Refiro-me inicialmente à Des. Gisela Rodrigues Magalhães de Araujo e Moraes, que administrou o Tribunal no início da pandemia, quando imperavam a dúvida e o medo. Em seguida, assumiu a Des. Ana Amarylis Vivacqua de Oliveira Gulla, a quem tenho a honra e felicidade de suceder, que conduziu com doce firmeza o Tribunal na saída da pior fase da Covid-19. A essas guerreiras, minhas homenagens.

No ano passado o TRT alterou as regras para a eleição dos cargos de direção, tornando o pleito mais democrático.

Foi, sem dúvida, uma festa da democracia no Tribunal. Estão de parabéns todos os que colocaram os nomes à disposição, independentemente de terem sido eleitos ou não. Venceu o TRT15. O Nosso Tribunal tem uma característica elogiável: não tem unanimidade na eleição, mas após segue unido e fortalecido, como de fato já está.

Chegamos ao dia da posse, que aparentemente prima pela pompa. Esse momento representaria a essência da magistratura?

---

*Solenidade de posse da nova Direção no dia 9.12.2022, na sede do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas/SP.

**Desembargador do Trabalho do TRT da 15ª Região.

No capítulo 3 do Evangelho de João, Jesus, executando a tarefa do mais humilde servo, lavou os pés dos discípulos, ensinando no final o seguinte: "**Se eu, o Senhor e Mestre, vos lavei os pés, também vós deveis lavar os pés uns dos outros**".

Nessa linha de raciocínio, a magistratura é um meio de serviço em favor do jurisdicionado, não das comodidades próprias. Por isso, os atos jurisdicionais devem ter como objetivo principal a satisfação de "Sua Excelência o jurisdicionado".

Ganha relevo o grande tema do momento, que é a realização das audiências remotas. Não somos mais a "Justiça JCJ". Por outro lado, não podemos ser a "Justiça Aplicativo", com fluxo direcionado para o usuário não encontrar pessoalmente o Juiz do Trabalho. Nem tanto ao mar, nem tanto à terra. Há que se encontrar um modelo customizado que, partindo da regra da audiência presencial, permita, sob a supervisão próxima da Corregedoria, em projetos específicos e provisórios, com metas previamente definidas, que a audiência seja remota, observando os ditames estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça no Procedimento de Controle Administrativo n. 2.260/2022, relatado pelo Min. do TST e Conselheiro do CNJ Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, que nos dá a honra da presença. O TRT, na regulamentação e efetivação das exceções previstas na referida decisão, normatizará para a maioria esmagadora, a quem o Tribunal é devedor dos inúmeros prêmios do CNJ e CSJT; as exceções serão pontualmente tratadas e analisadas.

Os valorosos servidores deste Regional também estão a serviço, conforme se depreende do próprio nome. Como agente de transformação do Estado, a sua atividade está umbilicalmente ligada aos anseios da comunidade. Por isso, a bússola do nosso servidor deve continuar direcionada aos interesses do jurisdicionado.

O mesmo ocorre com o Ministério Público do Trabalho. Um dos significados da palavra "ministério" é a execução de um serviço, de uma tarefa, de uma obra. O art. 127 da Constituição Federal estabelece que o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Portanto, aos seus membros também não é dado exercer a sua missão buscando precipuamente as comodidades, interesses e brilhos pessoais.

A advocacia também se afina pelo mesmo diapasão. Advogado não é um mero consumidor externo do serviço público de justiça. Como determina o art. 133 da Carta Magna, também participa da formação da prestação jurisdicional, sendo indispensável à administração da justiça.

Nesse ambiente de serviço em prol do jurisdicionado, são injustificáveis por parte dos atores do Judiciário visões egoístas e

individualistas, deixando em segundo plano Sua Excelência o jurisdicionado. Logo, o sistema de justiça deve girar em torno do jurisdicionado e não dos profissionais de direito.

Assim, Magistrados, servidores, advogados e procuradores do trabalho, que estão a serviço dos jurisdicionados, devem também lavar os pés uns dos outros de forma colaborativa. São injustificáveis, assim, embates entre esses servos da justiça. Eventuais pontos de vista diferentes, que na realidade se complementam, deverão ser naturalmente resolvidos por intermédio do constante diálogo entre as instituições envolvidas.

A situação do TRT, conquanto de reconhecida produtividade, é preocupante.

Para não me tornar enfadonho, listo exemplificativamente alguns dados estatísticos.

O Relatório "Justiça em Números 2022", divulgado em setembro último pelo C. CNJ, indica que a média por Desembargador de processos solucionados em 2021 no segundo grau foi de 2.031, 56,0% acima da média nacional (1.302) e 20,2% superior ao volume médio realizado pelos demais Tribunais do Trabalho no país (1.690). A manifesta desproporção fica mais evidente quando se tem em conta que, no mesmo ano, cada Desembargador cuidou de 4.016 processos, enquanto a média nacional foi de 2.892 feitos, ou seja, 38,9% acima.

O mesmo acontece no primeiro grau. Em 2021, a média de processos solucionados por Juiz neste Regional foi de 964 (21,3% acima da média nacional, que foi de 795). Além disso, cada Magistrado do primeiro grau tramitou em média 3.250 processos, 23,1% acima da média nacional dos Tribunais Trabalhistas (2.641 processos).

Em relação ao índice de produtividade dos servidores da área judiciária, a média do segundo grau no TRT15 foi 64,8% superior à média nacional trabalhista.

No que se refere ao primeiro grau, a média do TRT15 foi também superior em 52,4%.

Apesar desse quadro, conforme apurado na última correição, o prazo médio de duração do processo no TRT15 (943 dias) foi abaixo da média dos tribunais do mesmo porte (1.071 dias), o que demonstra a dedicação dos Magistrados e servidores deste Regional.

Por isso, uma das metas desta Administração será obter junto às instâncias administrativas superiores os meios para bem cumprir a missão da melhor prestação jurisdicional possível.

A notícia alvissareira é que os dirigentes da cúpula nacional, por intermédio do CNJ, CSJT e TST, vêm demonstrando preocupação crescente com a inovação, o assédio moral, a saúde dos Magistrados e

servidores e as metas qualitativas, não mais se restringindo, assim, às metas quantitativas.

A Administração vai envidar todos os esforços para obter no Conselho Nacional de Justiça a aprovação para a convocação adicional de Juízes de primeiro grau para atuarem neste Regional.

Também não poupará diligências junto ao CSJT para, na esteira do TRT22, melhorar a equalização nacional de servidores, com base na Resolução n. 296 do CSJT.

Dentro dos limites deste Regional, o grande desafio será a equalização da força de trabalho. Existe enorme discrepância de movimentação processual entre algumas Varas de menor movimento e as mais atarefadas. Será implantado, de forma criativa e voluntária, o trabalho solidário e remoto, nos limites fixados pelo CNJ.

Da mesma forma e com a devida cautela, a Corregedoria dará seguimento ao projeto "Especializa-Equaliza", objetivando a especialização dos serviços nas Varas do Trabalho.

Em suma, o que se procura é, sem prejuízo da manutenção da mesma prestação jurisdicional atual, aliviar um pouco a carga de trabalho dos Magistrados e servidores. Nessa linha, os prêmios nacionais não serão a finalidade, mas a consequência natural da melhor utilização da escassa força de trabalho. Afinal, vida de Magistrado importa; vida de servidor, importa.

Vivemos tempos difíceis, onde prepondera a intolerância.

Alguns defendem o fechamento do Supremo Tribunal Federal. Outros (e alguns dizem que seriam os mesmos), o fechamento da Justiça do Trabalho.

Numa sociedade democrática é natural que as decisões sejam criticadas, inclusive pelas vias processuais. O que não se admite, de lado a lado, é a ofensa verbal chula e, muito mais, a proposta de fechamento. Sem o Poder Judiciário livre e autônomo não há democracia.

Por outro lado, os Magistrados têm que conquistar nas suas respectivas jurisdições o seu espaço como órgão de poder. Magistrado não pode ser um simples técnico burocrata, preocupado apenas em dar baixa ao processo.

Ao contrário, deve ter em mente que os frios autos eletrônicos pulsam.

Como órgão do Judiciário, deve ter consciência que cada processo representa um bem da vida a ser tutelado, tanto do reclamante, quanto do reclamado.

Este Regional, aberto à escuta ativa dos humildes e dos afortunados, atento aos princípios constitucionais e do direito do trabalho,

continuará na missão de dignificar o Poder Judiciário como órgão indispensável e última cidadela contra os desmandos.

Caminhando para o encerramento, não chego aqui sozinho. Ao contrário, venho amparado por amados próximos.

Sou grato a Deus, que permitiu que este estrangeiro viesse ao aconchegante Brasil. Tenho a obrigação de, em retribuição, bem servir na condição de presidente do segundo Tribunal Regional do Trabalho do Brasil.

Também sou grato aos meus queridos pais, que tiveram a coragem de migrar três vezes (do arquipélago africano de Cabo Verde para a Argentina, onde nasci; depois da Argentina para o Brasil; finalmente, após a aposentadoria, do Brasil para os Estados Unidos), sempre com o objetivo da evangelização.

Grato ainda pela bênção de ter como irmãos Manuel, Daniel e Maria Esther (hoje cidadã do céu, juntamente com o meu pai).

Sou muito grato ainda à família Melo, que investiu na educação do filho de um humilde pastor evangélico.

A vida me deu outras preciosidades. Guilherme, nas palavras de Zé Rodrix, meu "filho de cuca legal", meu herói alado, que me presenteou com a nora Cláudia e a netinha Manu, minha paixão enlouquecida da fase da maturidade.

Mas o meu maior tesouro é a amiga com quem sou casado há 40 anos, que acreditou em mim. Apesar de ter estudado durante os finais de semana, pois advogava em São Paulo, no dia da primeira prova do primeiro concurso do TRT15 disse que não a faria, pois não me sentia suficientemente preparado. Elenice, não dando a menor atenção, determinou que eu entrasse no carro e me conduziu para o local da prova, dizendo que eu deveria fazer a minha parte e deixar o restante nas mãos de Deus. Pensei comigo: "melhor fazer a prova do que ficar o resto da vida ouvindo que não tentei". Pois é, cá estou. Obrigado Lena. Eu te amo.

Finalizando, citando trecho da manifestação da Des. Eleonora Bordini Coca no último Congresso de Direito do Trabalho, é bom lembrar o ensinamento de Fernando Birri sobre a utopia:

> A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais a alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.

Que tenhamos, juntos, uma boa caminhada!

Obrigado!

ARTIGOS

Doutrina Nacional

A REVISÃO DA DECISÃO PROFERIDA NO IRDR

THE REVIEWING OF THE DECISION UTTERED IN THE IRRC

MARINONI, Luiz Guilherme*

Resumo: Neste artigo se analisa a possibilidade de revisão da decisão proferida no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, instrumento presente no Código de Processo Civil, nos casos pendentes e futuros, ponderando-se sobre os representantes adequados para fazer o requerimento de tal revisão, a identificação do fundamento a ser discutido, além de outros aspectos envolvendo a questão de direito.

Palavras-chave: Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Código de Processo Civil. Revisão da decisão.

Abstract: This article analyzes the possibility of reviewing the decision uttered in the Incident of Resolution of Repetitive Claims, an instrument present in the Code of Civil Procedure, in pending and future cases, considering the appropriate representatives to make the request for such review, the identification of the grounds to be discussed, in addition to other aspects involving the question of law.

Keywords: Incident of Resolution of Repetitive Claims. Code of Civil Procedure. Decision review.

1 A DECISÃO PROFERIDA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO

O art. 985 do Código fala em "tese" em três oportunidades. No *caput* afirma que a "tese jurídica" deve ser **aplicada** aos casos pendentes e aos futuros. No § 1º adverte que, "**não observada a tese adotada** no

*Professor Titular da Universidade Federal do Paraná. Visiting Scholar na Columbia University. Presidente da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional. Membro Honorário do Presidium da International Association of Procedural Law.

incidente, caberá reclamação". E no § 2º alude à "**fiscalização da efetiva aplicação**" da "**tese adotada**" (BRASIL, 2015).

O art. 985, na linha da equivocada premissa que norteia o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), utiliza uma expressão que supõe que a decisão proferida no âmbito do incidente é um precedente. Lembre-se que um precedente é caracterizado por ter *ratio decidendi*, ou melhor, por não poder ser explicado sem a consideração do fundamento que determina a resolução do caso ou a parte dispositiva da decisão. Isso ocorre, basicamente, porque um precedente não está preocupado apenas em resolver o caso ou dar uma solução às partes do litígio. Fala-se em precedente quando se sabe que a vocação do órgão judicial que profere a decisão é a de, ao lado de solucionar o litígio, dar desenvolvimento ao direito e, assim, orientar as pessoas e dar regulação aos casos que estão por vir. Assim, como a parte dispositiva nada diz sobre o direito e, portanto, nada informa à sociedade e àqueles que estão preocupados com os casos futuros, torna-se natural identificar na fundamentação a porção do conteúdo da "decisão" que incorpora o que foi afirmado, em termos de direito, pela Corte.

A *ratio decidendi* e os fundamentos determinantes, expressões tradicionalmente utilizadas para expressar a porção da fundamentação que identifica o modo como a Corte efetivamente resolveu a questão de direito, caracterizam os precedentes[1]. Só há razão para falar em *ratio decidendi* ou em fundamento determinante quando se busca delinear o que orienta a vida social e os casos futuros. Quando se pensa apenas nos litigantes, é completamente supérfluo e até mesmo contraditório aludir a *ratio decidendi* e a fundamentos determinantes - embora isto não seja incomum em decisões judiciais e passagens doutrinárias.

Assim como a *ratio decidendi* e os fundamentos determinantes dizem respeito às decisões que orientam a sociedade e os juízes dos casos

[1]A busca pela *ratio decidendi* é peculiaridade do processo judicial da Inglaterra, Escócia e dos países cujo sistema legal derivam do *common law* inglês (CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 47). No *civil law*, em vista da primitiva função incorporada pelo Judiciário, não havia motivo para preocupação com razões de decidir nem muito menos com a instituição, por parte das Cortes Supremas, de um precedente capaz de regular os casos futuros. Se a Corte Suprema objetiva apenas corrigir a decisão que aplica a lei, basta declarar o seu exato sentido, ou melhor, a exata norma contida no texto legal. Sobre o conceito de *ratio decidendi* no *common law*, ver WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894, p. 17-ss.; GOODHART, Arthur L. Three cases on possession. **The Cambridge Law Journal**, Cambridge, n. 3, p. 195-208, 1928, p. 11-16; MONTROSE, J. L. *Ratio decidendi* and the House of Lords. **The Modern Law Review**, London, v. 20, 1957a, p. 124-ss.; MONTROSE, J. L. *Ratio decidendi* of a case. **The Modern Law Review**, London, v. 20, 1957b, p. 587-ss.; SIMPSON, A. W. B. The *ratio decidendi* of a case. **The Modern Law Review**, London, v. 20, 1957, p. 413-ss.; SIMPSON, A. W. B. The *ratio decidendi* of a case. **The Modern Law Review**, London, v. 21, 1958, p. 155-ss. Acerca da função da Corte de Cassação, ver CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**. Milano: Fratelli Bocca, 1920.

futuros, a coisa julgada se mostra ligada aos litigantes. Esclareça-se que a *ratio decidendi* detém implicitamente a ideia da sua obrigatoriedade, até porque pensar numa *ratio decidendi* que pode ou não ser adotada seria não só uma contradição em termos, porém uma verdadeira perda de tempo e de energia.

A ideia de "tese jurídica" é uma versão de *civil law* que certamente será inadequada para retratar a porção da fundamentação que revela o que a Corte pensa sobre uma questão jurídica se for confundida com o resultado do raciocínio interpretativo do colegiado, ou melhor, se for vista como um enunciado da interpretação-resultado ou um resumo da solução conferida à questão de direito. A ideia de tese jurídica, para bem funcionar, não pode ser outra coisa que não o fundamento - subscrito pela maioria do colegiado - que determina a solução do caso ou do recurso, considerada a moldura fática em que as razões determinantes da Corte estão inseridas. A não ser assim, a "tese jurídica" corre o sério risco de se transformar em um enunciado abstrato tão incapaz de regular os casos quanto as velhas máximas do direito italiano e as súmulas do nosso direito. Enunciados abstratos de nada adiantam quando se pensa em regular casos que estão por vir. É que o juiz, para poder saber se uma "tese" ou "*ratio*" se aplica ao caso sob julgamento, não pode deixar de ter em conta a situação conflitiva concreta a partir da qual a Corte expressou as suas razões de direito[2]. Fora desta dimensão, uma *ratio decidendi* não apenas serve para qualquer caso, como também não oferece ao juiz dos novos casos quaisquer critérios que permitam a racionalidade da sua aplicação de modo restritivo ou extensivo[3].

[2]As súmulas nunca conseguiram contribuir para a unidade do direito. Foram pensadas a partir de uma compreensão muito superficial do sistema em que as decisões têm efeito obrigatório ou a partir das máximas, uma lamentável e ineficaz tentativa de alguns sistemas de *civil law* para o encontro da uniformidade da interpretação. As súmulas foram concebidas como enunciados da interpretação das Cortes de correção e destinadas a facilitar os julgamentos dos recursos. Se a súmula é o enunciado da tese de direito, ela não pode, como é óbvio, explicar os motivos da adoção da tese em face de uma determinada situação concreta. Ao contrário, a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes de uma decisão espelham não apenas uma tese de direito, mas, mais propriamente, a racionalidade da tese em face de determinada moldura fática. Uma súmula obviamente não tem condições de refletir a racionalidade da argumentação própria a um precedente (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7. ed. São Paulo: RT, 2022, Capítulo IV, item 1.4).

[3]O *distinguishing* ou a técnica da distinção, referida no inc. VI do § 1º do art. 489 do Código de Processo Civil, não apenas permite a distinção do caso sob julgamento para a não aplicação do precedente, mas igualmente a distinção do caso para a ampliação do alcance do precedente. Isso ocorre quando o caso, a princípio, não se submete ao precedente, mas a racionalidade da *ratio decidendi* diante do caso que deu origem ao precedente evidencia que o caso sob julgamento também deve ser resolvido mediante a aplicação do precedente. Na última hipótese, a falta de ampliação do alcance do precedente violaria a igualdade perante o direito, fundamento do sistema de precedentes (Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7. ed. São Paulo: RT, 2022, Capítulo IV, item 7.4).

Mas o verdadeiro problema é o de que, tratando-se de incidente de resolução de demandas repetitivas, não há como pensar em precedente e, portanto, nem em *ratio decidendi* nem em "tese jurídica". No art. 985 o legislador mais uma vez dá clara demonstração de que imagina que o incidente pode dar origem a um precedente obrigatório. Tanto é assim que, ao invés de falar de decisão de questão ou de coisa julgada, grosseira e equivocadamente alude a "aplicação", "não observância" e "fiscalização da efetiva aplicação" da "tese adotada".

É um absurdo pensar em aplicar uma "tese" a casos de litigantes que não têm qualquer direito de participar por meio de representantes adequados simplesmente por ter sido firmada em um processo chamado de "incidente de resolução de demandas repetitivas". Aliás, o legislador nem mesmo conseguiu encontrar um nome adequado para traduzir o que pretendeu, pois obviamente não se está a resolver demandas, mas a resolver questão de direito prejudicial ao julgamento de demandas. Ora, essa questão de direito só tem motivo para ser resolvida pelo fato de constituir prejudicial ao julgamento de demandas de pessoas que, como se sabe, têm o direito constitucional de apresentá-las ao juiz. Portanto, decidir tal questão de direito como se os litigantes não existissem é um sério e inexplicável escárnio com as garantias constitucionais processuais.

A decisão de tal questão de direito, ainda que em incidente apelidado de resolução de demandas repetitivas, nada tem a ver com *ratio decidendi* ou mesmo pode ser concebida como tese que deve ser aplicada ou fiscalizada e pode não ser observada. O incidente pressupõe um conflito já instalado, do qual derivam demandas pendentes ou que ainda podem ser apresentadas. Gera verdadeira decisão de questão prejudicial ao julgamento de pretensões que já foram exercidas (casos pendentes) ou que ainda poderão ser exercidas (casos futuros). Os litigantes excluídos, que desde a eclosão do conflito tinham direito constitucional de discutir a questão de direito, ficam proibidos de relitigá-la. Isso apenas pode acontecer quando os litigantes excluídos estão adequadamente representados perante o Tribunal.

2 COISA JULGADA *ERGA OMNES* SOBRE QUESTÃO

É certo que a tradição de *civil law*, traduzida no Código de Processo Civil (CPC) de 1973, associa a coisa julgada à parte dispositiva da decisão, que responde ao pedido formulado na petição. A relação entre coisa julgada e dispositivo da decisão, assim, tem base no princípio da demanda, que circunscreve a decisão judicial àquilo que foi solicitado pelo autor.

No *common law*, ao contrário, desde tempos imemoriais as questões prejudiciais discutidas e decididas pelo juiz ficam proibidas de ser relitigadas pelas partes. Aí teve relevância, com certeza, a ideia de que não haveria racionalidade em admitir a rediscussão de questão já debatida pelos litigantes e definida pelo juiz, pouco importando se a sua solução não tivesse sido clara e expressamente pedida pelo autor da demanda. Mais do que a liberdade do litigante, importou a autoridade da decisão judicial e a estabilidade das relações sociais.

De qualquer forma, a ideia presente no *common law* não passou despercebida no *civil law*[4]. O Código de Processo Civil de 2015 encampou-a expressamente (art. 503, § 1º), advertindo que a coisa julgada se estende à:

> [...] resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:
> I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;
> II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;
> III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal. (BRASIL, 2015).

Tendo em vista que o Código firma que a decisão da questão prejudicial ao julgamento do mérito é coberta pela coisa julgada material, resta apenas perceber que o legislador simplesmente transferiu a análise e a decisão das questões prejudiciais ao julgamento das demandas repetitivas para o incidente - que, bem vistas as coisas, é de resolução de "questão idêntica".

O incidente exige a participação dos representantes adequados dos litigantes excluídos[5], sob pena de inconstitucionalidade[6]. A

[4]Como demonstram, por exemplo, os trabalhos de TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni. **Rivista di diritto processuale**, Padova, 1972, e VOLPINO, Diego. **L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana**. Padova: Cedam, 2007.

[5]Para um maior aprofundamento, ver MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 3. ed. São Paulo: RT, 2023a, p. 21-99.

[6]A ideia de que basta o autor ou o réu de um processo participar para que todos os litigantes estejam representados é realmente artificial e improcedente - para se dizer o menos. Quer dizer que é preciso elaborar um raciocínio interpretativo sofisticado para salvar a constitucionalidade do procedimento. É necessário resgatar a força da representatividade adequada, considerando-se as normas da Lei da Ação Civil Pública e do CDC, que conferem legitimidade para a representação dos membros dos grupos perante as ações coletivas ou, mais especificamente, para a tutela dos direitos individuais homogêneos mediante a via coletiva. O art. 979 do Código de Processo Civil, ao advertir que a "instauração e o julgamento do incidente serão sucedidos da mais ampla e específica divulgação e publicidade, por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça" (BRASIL, 2015), deve ser invocado para abrir oportunidade para a participação dos entes

decisão da questão idêntica produz coisa julgada *erga omnes.* Essa não é apenas a favor, como acontece na ação coletiva de tutela de direitos individuais homogêneos (art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor - CDC), mas a sua eficácia preclusiva não atinge o dedutível. Isso assim ocorre em virtude de que os arts. 985 e 986 admitem a "revisão" da decisão da questão jurídica, a qual, racionalmente, apenas pode ser uma rediscussão da questão de direito já decidida a partir de um fundamento que, embora pudesse ter sido deduzido e discutido, não foi.

3 DECISÃO DO INCIDENTE E RESOLUÇÃO DAS DEMANDAS REPETITIVAS

Afirma-se que a "tese jurídica" será "aplicada" aos casos pendentes e futuros (art. 985, I e II, CPC). Porém, a decisão da questão produz coisa julgada *erga omnes* e, nessa condição, atinge os processos que ficaram suspensos e os casos futuros.

Sublinhe-se que os casos pendentes não são resolvidos pela decisão do incidente. Isso porque as demandas repetitivas têm a questão objeto do incidente apenas como prejudicial. Os objetos das demandas repetitivas não se confundem com o objeto do incidente. Enquanto o objeto do incidente é uma mesma questão de direito, ou seja, uma questão idêntica, as demandas repetitivas têm os mais diversos objetos. Ainda que as demandas repetitivas estejam subordinadas à coisa julgada da decisão sobre a questão idêntica, exigem o julgamento do pedido ou de seu próprio mérito.

Uma vez decidida a questão prejudicial no incidente, o raciocínio do juiz para o julgamento da demanda pode ser mais ou menos trabalhoso e complexo. Assim, por exemplo, uma vez resolvida a questão

legitimados. Essa "ampla e específica divulgação e publicidade" deve dar aos vários legitimados à tutela dos direitos em disputa, nos termos da Lei da Ação Civil Pública e do CDC, a possibilidade de ingressar no incidente para a efetiva defesa dos direitos. Cabe-lhes, afinal, a tutela dos direitos dos membros dos grupos, ou seja, dos direitos daqueles que têm casos pendentes que reclamam a solução de "questão idêntica". A falta de intervenção na qualidade de parte de qualquer associação ou da Defensoria Pública, que igualmente deverá ser intimada com base no 979, impõe, inevitavelmente, a intervenção do Ministério Público na qualidade de legitimado à tutela dos direitos dos litigantes. Aliás, se não for assim o incidente estará retirando do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos demais legitimados à tutela dos direitos individuais homogêneos o poder-dever de tutelá-los. A Defensoria Pública deve ter grande espaço para atuar em favor dos litigantes que não podem ser ouvidos, desconsiderando-se se estes **economicamente** necessitam ou não da tutela de um Defensor Público. Por identidade de razões, na falta de participação de associação legitimada ou da Defensoria Pública, o Ministério Público **necessariamente** deve assumir a posição de **parte**, ou seja, de defensor dos direitos individuais dos litigantes que não podem falar perante a Corte, de nada importando se os direitos têm natureza tributária etc.

da responsabilidade em favor dos autores das demandas repetitivas, determinadas demandas podem não necessitar de qualquer prova ou se contentar com a prova documental, enquanto outras podem exigir prova testemunhal ou prova pericial.

Lembre-se que o incidente de resolução não permite a produção de prova para o esclarecimento da questão de direito. Só pode ser objeto de incidente a questão de direito que não requer provas para ser decidida. Contudo, uma vez decidida a questão de direito, a demanda repetitiva requer julgamento, para o qual pode ser necessária a produção de prova.

É certo que a questão de direito objeto do incidente deve ser essencial ou determinante do julgamento das demandas repetitivas. Isso quer dizer que a demanda, para ser repetitiva, não pode depender, além da mesma questão de direito, de outra questão passível de excluir a razão de ser da decisão do incidente de resolução. Porém, há algo distinto quando, após a resolução da questão de direito, o julgamento das demandas repetitivas requer o esclarecimento de fatos que dizem respeito a algo que toma a coisa julgada como premissa, ou seja, como prejudicial decidida.

Está claro, portanto, não só que o incidente não resolve demandas mas julga a questão de direito que lhes diz respeito, como também que as demandas repetitivas são singulares, exigindo cada uma um julgamento próprio, embora sempre dependente da solução de uma mesma questão de direito. Em termos práticos, a decisão da questão de direito pode ser, por assim dizer, apenas "transportada" para a definição das demandas repetitivas quando a decisão do incidente for desfavorável aos autores das demandas ou quando, sendo favorável, o julgamento das demandas repetitivas constituir mera consequência lógica da decisão do incidente.

4 DECISÃO DO INCIDENTE E CASOS FUTUROS

A decisão do incidente produz coisa julgada *erga omnes*, beneficiando ou prejudicando todos aqueles que participam por meio do representante adequado. Não há racionalidade em tomar em conta uma situação jurídica, sujeita a demandas que já pendem e que podem vir a ser propostas, sem que aqueles que estão inseridos em tal situação concreta possam participar do processo no qual é discutida a questão prejudicial à tutela dos seus direitos.

Para que a decisão do incidente seja aplicável a casos futuros, estes não só devem constituir demandas que tenham a questão de

direito resolvida no incidente como prejudicial, como ainda devem ser demandas que derivem da mesma situação fático-concreta que fez surgir as demandas que pendiam quando foi instaurado o incidente. Não que os fatos devam ser historicamente os mesmos. Também pode haver demandas repetitivas quando a situação de fato se repete no tempo, de modo a fazer surgir inúmeros casos concretos delineados com base na mesma moldura fática e dependentes da solução de uma mesma questão de direito.

Porém, como já dito, só podem ser alcançados pela coisa julgada que recai sobre questão de direito solucionada em incidente aqueles que, além de terem tido a sua questão de direito posta à decisão, foram representados por um legitimado à tutela dos direitos individuais homogêneos, conforme a Lei da Ação Civil Pública e o CDC, assim como outras leis que outorgam legitimidade coletiva à tutela de específicos direitos. Litigantes de casos futuros que não foram representados no incidente em que a questão de direito foi decidida obviamente não estão sujeitos à coisa julgada, e assim têm liberdade e oportunidade de amplamente discutir a questão de direito e de exigir resolução em conformidade com os seus argumentos.

5 REVISÃO DE OFÍCIO OU POR MEIO DE REQUERIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA DEFENSORIA PÚBLICA?

O art. 986, partindo da premissa segundo a qual a decisão de questão idêntica é um precedente que vincula a resolução dos casos pendentes e futuros, afirma que a tese firmada no incidente pode ser revista de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública.

Um precedente, como é óbvio, é ditado para ter vida longa, para ter estabilidade e não surpreender a confiança nele depositada pelos jurisdicionados. É absurdo imaginar um precedente que está em condições de revogação logo após ter sido editado. Mas a tese firmada no incidente, diz o art. 985, II, pode ser revogada diante dos casos futuros, ou seja, pode ser revogada em face das demandas repetitivas que podem ser propostas logo depois do trânsito em julgado da decisão proferida no incidente. **Equivale a dizer que a tese poderia ser revogada com base no argumento de que a questão de direito foi mal resolvida. Verifica-se, também por isso, que a tese firmada no incidente realmente não pode ser pensada como precedente**.

Ora, um precedente não pode ser questionado apenas por se supor que não guarda a melhor solução jurídica. Deve ser revogado

quando não mais corresponde aos padrões de congruência social e/ou de consistência sistêmica[7], quando há alteração da concepção geral sobre o direito - revelada em artigos, livros e decisões -, bem como quando tem em sua base um claro equívoco. Mas a revogação do precedente, além de depender destas razões, deve ao mesmo tempo considerar os valores que sustentam a estabilidade, especialmente o da confiança justificada. A consideração desse valor importa para que os efeitos temporais da decisão não apanhem o jurisdicionado de forma injusta. O ônus de analisar os valores da estabilidade, na verdade, constitui um meio de prevenir a "surpresa injusta".

Note-se que a decisão do incidente seria um precedente relacionado a uma **situação passada** que pode dar azo a **demandas futuras**. Trata-se de algo verdadeiramente absurdo, pois a razão de ser do precedente é orientar a sociedade e outorgar previsibilidade aos cidadãos, para que condutas possam ser praticadas com a segurança de que estão amparadas pelo Direito e serão referendadas pelo Judiciário. Uma situação que já ocorreu certamente não pode se beneficiar de um precedente. A decisão do incidente, equivocamente imaginada pelo legislador como precedente, pode apenas servir para assegurar uma única decisão a casos múltiplos, o que foge das razões que inspiram um sistema de precedentes.

Quem faz parte de uma situação que ocorreu antes de um precedente ser firmado jamais poderá ser alvo de surpresa injusta em decorrência da sua revogação. Ora, ninguém pode ser surpreendido pela revogação de um precedente que não existia. Isso demonstra que a revogação de tese firmada em incidente nada tem a ver com revogação de "precedente obrigatório". Esta revogação sequer precisa considerar os valores da estabilidade, muito menos o da confiança justificada. Toca às raias do absurdo imaginar que alguém possa ser surpreendido pela revogação de uma "tese" que sequer existia quando da prática da sua ação ou omissão.

Porém, o art. 986 ainda diz que a revisão da tese pode ser realizada de ofício pelo Tribunal que a firmou ou mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública. É estranho que uma decisão que interessa a partes diversas possa ser revogada sem requerimento dos interessados ou de seus representantes adequados. Também é muito estranho que a sorte da decisão possa ficar entregue ao Ministério

[7]O precedente deixa de corresponder aos padrões de congruência social quando passa a negar proposições morais, políticas e de experiência. Não tem consistência sistêmica quando não guarda coerência com as decisões da própria Corte Suprema. Isso ocorre especialmente quando a Corte passa a decidir com base em proposições incompatíveis com as que sustentaram o precedente. V. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7. ed. São Paulo: RT, 2022, Capítulo 4, item 9.1; EISENBERG, Melvin. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 14, 26 e 37.

Público e à Defensoria Pública enquanto entes preocupados apenas com a correção da decisão tomada no incidente, como se esta não afetasse concretamente ninguém. Isso soa como uma previsão autoritária, típica dos regimes totalitários, nos quais o Estado e os órgãos que representam o "povo" se sobrepõem aos interesses das pessoas.

Ainda que a decisão fosse um precedente, não teria cabimento que este só pudesse ser revogado de ofício pelo Tribunal que o instituiu ou somente mediante requerimento do Ministério Público ou da Defensoria Pública enquanto órgãos interessados na otimização e no aperfeiçoamento da prestação jurisdicional. Um precedente pode ser revogado pela Corte que o editou a partir de debate entre partes interessadas na solução de um caso e, assim, do requerimento de uma dessas partes para a não aplicação do precedente ao caso sob julgamento, em vista da sua superação ou equívoco manifesto na base do raciocínio que conduziu à sua elaboração.

Como será demonstrado nos próximos itens, a solução da questão de direito só pode ser revista mediante a invocação de outro fundamento - não discutido - por qualquer dos litigantes excluídos ou por qualquer legitimado à tutela dos direitos individuais homogêneos que não tenha participado do incidente. É certo que o Ministério Público e a Defensoria Pública poderão pedir a revisão da questão de direito, mas como representantes adequados dos prejudicados pela decisão, mediante atuação vigorosa em favor de litigantes excluídos, e não como entes descomprometidos com a tutela dos direitos daqueles que, de acordo com a lei - Lei da Ação Civil Pública e CDC -, devem defender em juízo.

6 JUSTIFICATIVA DA POSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA QUESTÃO DE DIREITO COM BASE EM FUNDAMENTO QUE PODERIA TER SIDO DEDUZIDO

A questão de direito, como é óbvio, pode ser discutida e decidida a partir de diferentes fundamentos. É certo que a discussão e a decisão da questão de direito com base no fundamento "x" não equivalem à discussão e à decisão da mesma questão de direito com base no fundamento "y". No entanto, uma lógica de eficiência, que prioriza a eliminação dos litígios, permite sustentar que uma decisão tomada a partir de fundamentos livremente deduzidos obstaculiza a rediscussão da questão decidida com base em fundamentos anteriormente não deduzidos. Estes fundamentos estariam preclusos, seguindo-se a regra do "deduzido e do dedutível".

A regra do deduzido e do dedutível está prevista no art. 508 do Código de Processo Civil, segundo o qual,

> Transitada em julgado a decisão de mérito, considerar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e as defesas que a parte poderia opor tanto ao acolhimento quanto à rejeição do pedido. (BRASIL, 2015).

Porém, isso não quer dizer que essa regra tenha que se aplicar à coisa julgada sobre questão decidida no incidente.

Deixe-se claro, em primeiro lugar, que a regra que faz precluir o dedutível não é indissociável da coisa julgada material. Esta guarda autonomia em relação à sua eficácia preclusiva. Ademais, o fato de a regra estar presente no Código de Processo Civil não quer dizer que sempre deva estar associada à coisa julgada material. O art. 503, § 1º, II, exclui a coisa julgada sobre questão prejudicial quando a seu respeito não tiver havido contraditório prévio e efetivo. Essa norma, ao afirmar que a questão prejudicial não devidamente discutida não faz surgir coisa julgada, confere à parte sucumbente oportunidade de voltar a discuti-la em processo futuro com base em qualquer fundamento ou prova. Ora, o mesmo motivo que exclui a coisa julgada sobre questão em virtude de discussão insuficiente ou quando há revelia pode eliminar a eficácia preclusiva da coisa julgada quando, apesar de a questão ter sido discutida em determinada perspectiva, não o foi a partir de outro fundamento.

Lembre-se, por ser extremamente oportuno, que o *collateral estoppel* depende de a questão ter sido discutida e decidida[8]. Na verdade, a principal distinção entre o *collateral estoppel* - vedação de relitigar a questão - e a proibição de propor a mesma ação está em que o primeiro alcança apenas as questões **debatidas e decididas** no processo, enquanto que, na segunda hipótese, restam preclusas todas as alegações de fato e de direito que a parte poderia ter deduzido[9].

---

[8]"Issue preclusion establishes in later trial on different claim identical issues resolved in earlier trial, if certain conditions are met: first, **issue must have been actually litigated, that is, contested by parties and submitted for determination by court; second, issue must have been actually and necessarily determined by court of competent jurisdiction in first trial; and third, preclusion in second trial must not work an unfairness**" (Otherson *v.* Department of Justice, I.N.S., United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, June 21, 1983, 711 F.2d 267, 228 U.S.App.D.C. 481). Em igual sentido: Canonsburg General Hosp. *v.* Burwell, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, December 1, 2015, F.3d, 2015 WL 8051408.

[9]A ideia está muito clara nos Tribunais estadunidenses: "Although in broad, general sense 'res judicata' encompasses concept of collateral estoppel, **strictly speaking 'res judicata' bars second suit involving same parties and same cause of action on all matters that were part of first suit and all issues that could have been litigated, while doctrine of 'collateral estoppel' precludes relitigation only of issues that were actually litigated in initial suit**, whether or not second suit is based on same cause of action" (Precision Air Parts, Inc. *v.* Avco Corporation, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, July 24, 1984, 736 F.2d 1499). No mesmo sentido, mais recente: Batchelor-Robjohns *v.* United States, United States Court of Appeals, Eleventh Circuit, June 5, 2015, 788 F.3d 1280.

Nos Estados Unidos, a limitação dos efeitos preclusivos da coisa julgada sobre a questão - ou do *collateral estoppel* - está nitidamente fundada em razões centradas na imprevisibilidade da parte em relação à importância da questão em um outro processo[10]. Afirma-se, por exemplo, que o autor pode não discutir em toda a sua extensão uma determinada questão por considerar que a demanda proposta tem valor econômico incompatível com o custo para tanto, o que não justificaria o seu sacrifício numa demanda futura dotada de importância[11]. Na verdade, admite-se que os efeitos preclusivos da decisão da questão devem ser restritos pelo fato de o litigante ter dificuldade em saber o significado que a questão pode assumir em um processo futuro[12]. É interessante lembrar que, em casos de *offensive collateral estoppel*[13], entende-se que a empresa ré, apesar de ter tido a sua responsabilidade reconhecida numa determinada demanda, pode voltar a discuti-la em demanda proposta por outra vítima do mesmo acidente se anteriormente não produziu todas as provas ou simplesmente deixou de se defender de maneira adequada em virtude da pequena indenização pleiteada[14]. De qualquer forma, o que importa é que o efeito preclusivo é restrito ao discutido e decidido com base em valorações preocupadas em não surpreender ou prejudicar o litigante[15].

No incidente de resolução há algo mais relevante e claro para justificar a limitação da eficácia preclusiva. Ora, se a parte que não discute a questão de forma adequada não fica sujeita ao *collateral estoppel*, por razão mais evidente o litigante excluído cujo representante não discutiu determinado fundamento não pode ser obstado de voltar a discutir a questão de direito. Enquanto no processo individual, diante do problema da coisa julgada sobre questão, evita-se prejudicar quem não teve

[10]GLOW, Lisa L. Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation *v*. Judicial Economy. **Arizona Law Review**, Tucson, v. 30, 1988.

[11]VOLPINO, 2007, p. 322-323.

[12]"Issue preclusion is sometimes unfair if party to be bound lacked an incentive to litigate in first trial, especially in comparison to stakes of second trial" (Peavey *v*. United States, United States District Court, District of Columbia, August 26, 2015, F.Supp.3d, 2015 WL 5063164).

[13]"'Offensive use of collateral estoppel' permits plaintiff who was not party to prior action to estop defendant from relitigating issues which defendant litigated and lost in prior action" (Kramer *v*. Showa Denko K.K., United States District Court, S.D. New York, June 20, 1996, 929 F.Supp. 733).

[14]PEREA, Ashley C. Broad discretion: a choise in applying offensive non-mutual collateral estoppel. **Arizona State Law Journal**, Phoenix, v. 40, 2008; SEGAL, Joshua M. D. Rebalancing fairness and efficiency: the offensive use of collateral estoppel in § 1983 actions. **Boston University Law Review**, Boston, v. 89, 2009.

[15]Como dito em Otherson *v*. Department of Justice, I.N.S., "preclusion in second trial must not work an unfairness" (Otherson *v*. Department of Justice, I.N.S., United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, June 21, 1983, 711 F.2d 267, 228 U.S.App.D.C. 481). Ver também Yamaha Corp. of America *v*. United States, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, April 14, 1992, 961 F.2d 245.

oportunidade de efetivamente discuti-la, em face do incidente não é possível, a partir de uma suposição de que a parte não quis discutir o fundamento, eliminar a possibilidade de rediscussão da questão por quem participou apenas indiretamente do processo.

A ficção de que a parte abriu mão da discussão do fundamento ao não o alegar não vale no incidente, na medida em que os titulares dos direitos estão apenas representados e o representante **deve deduzir todos os fundamentos válidos e importantes para a discussão da questão**. Tendo em vista que a participação adequada do representante é indispensável para a preservação de direitos fundamentais processuais, a falta de discussão e decisão sobre fundamento capaz de propiciar decisão favorável aos representados é um *deficit* que necessariamente deve poder ser superado. Em outras palavras, a não apresentação de fundamento pelo representante não pode prejudicar os litigantes excluídos.

Reitere-se que a rediscussão de uma decisão com base em fundamento que era dedutível não atenta contra a ideia de coisa julgada. Como é sabido, o recrudescimento da decisão judicial, ápice do discurso jurídico, é imprescindível para que o discurso tenha razão de ser e, assim, realmente exista enquanto discurso jurídico. É por isso que um discurso aberto à eterna discussão jamais será um discurso jurídico ou um discurso do poder estatal, mas tão somente um discurso prático-geral[16]. A coisa julgada, portanto, é uma condição para que o discurso seja um discurso institucional limitado no tempo e, desta forma, um discurso jurídico propriamente dito. A coisa julgada é uma regra formal do discurso jurídico, cuja fundamentação é pragmático-transcendental, apresentando-se, dessa forma, como uma condição de possibilidade do discurso jurídico[17].

Contudo, a eficácia preclusiva em relação ao dedutível é um elemento de garantia da estabilidade da decisão, mas não propriamente algo imprescindível para evitar a continuação do discurso. Para impedir o prolongamento do discurso basta impedir a rediscussão daquilo que já foi efetivamente discutido e decidido. Assim, como jamais se pode admitir a rediscussão do que já foi discutido e decidido, até para que o discurso do Tribunal não deixe de ter razão de ser, a "revisão da tese jurídica", de que fala o art. 986, só pode ser a revisão da tese com base em fundamento não discutido e decidido, capaz de ser invocado pelos excluídos ou por outro representante adequado atuando em seus nomes.

---

[16]V. ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.
[17]MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. 2. ed. São Paulo: RT, 2023b, p. 1121-ss.

7 RELAÇÃO DO DEVER DE JUSTIFICAR TODOS OS FUNDAMENTOS DISCUTIDOS COM A POSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA QUESTÃO DE DIREITO: o problema da identificação do fundamento não discutido

Se a decisão da questão de direito pode ser rediscutida com base em fundamento que poderia ter sido deduzido mas não foi, surge o problema de saber se determinado fundamento estava entre aqueles que foram discutidos no incidente em que se decidiu a questão.

Na verdade, o que realmente importa saber é se determinado fundamento foi discutido e decidido. Sabe-se que um fundamento discutido deve ser decidido e um fundamento decidido não pode não ter sido discutido. Nesse sentido, olhar para a discussão e para a decisão de um fundamento é apenas um exercício destinado a facilitar a identificação de se determinado fundamento está precluso. É que nem sempre é fácil verificar se determinado fundamento foi discutido pelas partes ou decidido pelo juiz. Equivale a dizer que os argumentos das partes e a fundamentação do acórdão podem auxiliar na identificação da prévia discussão de um fundamento.

Nessas condições, cabe ter em conta o § 2º do art. 984, o qual diz que "o conteúdo do acórdão **abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados** concernentes à tese jurídica discutida, sejam favoráveis ou contrários" (BRASIL, 2015). Esta norma estabelece uma clara relação entre a justificativa e a discussão dos fundamentos. Embora faça isso também para demonstrar que o direito de influir sobre o convencimento do Tribunal depende de devida justificativa, na medida em que de nada adianta discutir um fundamento se o Tribunal não justifica o motivo pelo qual o acolhe ou o rejeita, a imposição de um dever de análise e justificativa de todos os fundamentos discutidos tem grande importância quando o problema é exatamente o de saber qual fundamento está livre para abrir oportunidade a outra discussão da questão de direito.

A determinação da necessidade de análise de todos os fundamentos discutidos elimina, a princípio, o problema de buscar nos argumentos das partes amostras da discussão de determinado fundamento. Quando o réu alega, em ação na qual se requer a rediscussão da questão de direito, que o fundamento invocado pelo autor já foi discutido, a resposta estará na justificativa do acórdão emanado do julgamento da questão de direito no incidente. Apenas quando o acórdão deixar de analisar determinado fundamento, violando o art. 986, o réu terá necessidade de recorrer aos argumentos das partes para evidenciar a sua discussão. O vício de justificativa do acórdão, como é óbvio, não pode transformar um fundamento discutido em fundamento não-discutido.

Fora daí, a necessidade de justificativa de todos os fundamentos resolve o problema da identificação daquilo que não pode ser invocado para a rediscussão da questão de direito. Porém, a lógica da relação entre justificativa e discussão dos fundamentos se completa com a imprescindibilidade do prévio delineamento dos fundamentos que devem ser debatidos pelo colegiado para a solução da questão de direito. Como diz o art. 984 do Código, o relator, ao fazer "a exposição do objeto do incidente", deve definir, ouvindo os demais membros do colegiado, os fundamentos que serão objeto do debate.

A falta de delimitação dos fundamentos no início do julgamento torna possível o esquecimento dos fundamentos já discutidos pelas partes, a discussão de fundamento sem que as partes tenham sobre ele discutido, assim como a fragmentação da discussão dos fundamentos, ou seja, a possibilidade de, por exemplo, um fundamento ser discutido por dois julgadores, outro por três e um outro ser invocado apenas por um dos julgadores. Mediante a prévia delimitação dos fundamentos, evita-se que alguns julgadores desconsiderem um ou mais fundamentos, assim como que determinado fundamento apenas seja lembrado depois de vários membros do colegiado já terem votado.

Lembre-se que não é incomum, na prática, um julgamento que ignore fundamentos já discutidos, que considere fundamento nunca debatido ou ainda que se realize mediante votos que analisam fundamentos distintos. As três hipóteses estão expressamente vedadas pelo § 2º do art. 984. Esta norma, além de exigir a análise de todos os fundamentos discutidos, obviamente não permite a discussão de fundamento não debatido pelas partes - em consonância com os arts. 9º e 10 do Código de Processo Civil. Mas a sua verdadeira sofisticação está em impor a discussão de cada um dos fundamentos por todo o colegiado. Na verdade, como a discussão da questão de direito não pode ser dissociada do fundamento, caso o fundamento não tivesse que ser discutido por todo o colegiado haveria sempre apenas vários julgamentos individuais dos membros do colegiado. Nunca existiria deliberação colegiada. Isso não quer dizer que todos os membros do colegiado tenham que votar cada um dos fundamentos. Significa somente que todos devem debater sobre os fundamentos a partir de uma ordem lógica que considere cada um deles, evitando-se a sua dispersão em meio do julgamento. Afinal, não se está decidindo sobre o fundamento, mas sobre a questão de direito a partir dos fundamentos.

Só quando há julgamento colegiado, e não mero ajuntamento de julgamentos individuais, o acórdão pode justificar os fundamentos que realmente foram discutidos, deixando de ter necessidade de enfrentar argumentos de um ou alguns julgadores a respeito de fundamentos não postos à discussão. Sabe-se que estes argumentos são *obiter dicta*, ou

seja, não são relevantes enquanto fundamentação[18]. Não podem ser considerados nem fundamento majoritário, nem fundamento concorrente ou fundamento divergente exatamente por não terem sido discutidos pelos membros do colegiado. Devem ser vistos como argumentos expostos de passagem, ou melhor, como argumentos que trataram de fundamentos que não eram objeto de deliberação.

De modo que a individualização dos fundamentos que devem ser discutidos, além de importante para a racionalidade da discussão e uma efetiva deliberação colegiada, elimina o grave problema dos acórdãos que aludem a fundamentos irrelevantes. Isso faz perceber que a dificuldade da identificação do fundamento não discutido não estaria apenas na deficiência da justificativa, mas também na alusão a fundamentos que foram considerados apenas de passagem por alguns julgadores.

8 QUEM PODE REDISCUTIR A QUESTÃO DE DIREITO E DE QUE FORMA

A questão de direito pode ser rediscutida por qualquer legitimado à tutela de direitos individuais homogêneos que não tenha participado do incidente ou por qualquer um dos representados.

Não há racionalidade em supor que apenas o Ministério Público e a Defensoria Pública podem rediscutir a questão de direito. Em primeiro lugar porque esses entes, caso tenham participado do incidente, não podem rediscutir a questão. Em segundo lugar porque não há motivo para limitar a discussão de uma questão que interessa a muitos a apenas dois dos vários legitimados à tutela de direitos individuais homogêneos. De modo que qualquer um desses legitimados, desde que não tenha participado da discussão que levou à decisão da questão de direito, pode propor a sua rediscussão com base em fundamento não discutido. A ação de revisão, por assim dizer, deve ser proposta pelo representante adequado - que não tenha participado do incidente - perante o mesmo Tribunal em que se processou o incidente no qual proferida a decisão, nos termos do art. 986 do Código.

[18]De acordo com Neil Duxbury, é possível entender como *obiter dicta* um argumento que não tem relação com o resultado, que não é conectado com os fatos do caso ou que é relacionado a ponto não suscitado por nenhuma das partes (DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 1991, p. 68). Segundo Robert Summers, a espécie de *dicta* mais comum no direito estadunidense consiste em declarações do Tribunal sobre hipóteses às quais não foi chamado a decidir ou está realmente decidindo (SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York). *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**: a comparative study. London: Dartmouth, 1997, p. 385).

Por outro lado, os próprios representados poderão rediscutir a questão de direito se tiverem à disposição fundamento que não foi discutido e decidido. Vale dizer que poderão propor as suas ações, cujo pedido dependerá do exame da mesma questão de direito, porém a partir de um fundamento não discutido. Ou, inversamente, poderão se defender, contestando a decisão tomada no incidente, igualmente com base em fundamento que não foi discutido e decidido.

9 REDISCUSSÃO DA QUESTÃO DE DIREITO APENAS PARA OS CASOS FUTUROS

O art. 985 do Código de Processo Civil afirma que a decisão proferida no incidente "será aplicada" a todos os processos que "**tramitem** na área de jurisdição do respectivo tribunal" e "**aos casos futuros**" que "**venham a tramitar** no território de competência do tribunal, **salvo revisão na forma do art. 986**". Como está claro, permite-se a revisão da decisão apenas em face dos "casos futuros", ou seja, dos casos que "**venham a tramitar**" (BRASIL, 2015).

Assim, a eficácia preclusiva da coisa julgada exclui o dedutível apenas para os casos futuros. A eficácia preclusiva da coisa julgada, englobando o deduzido e o dedutível, é voltada apenas aos processos que já existem. A preclusão do dedutível não vale para as ações que podem ser propostas a partir da formação da coisa julgada no incidente.

De modo que os legitimados que não participaram do incidente podem agir, a partir de fundamento não discutido e decidido, apenas em face dos casos futuros e não para impedir o julgamento das demandas pendentes com base na decisão da questão que lhes é prejudicial.

Os titulares de pretensão à tutela de direito que depende da resolução da mesma questão de direito, e que, assim, ainda podem propor ações repetitivas, não ficam proibidos de agir enquanto não revista a questão de direito a seu favor. Note-se, em primeiro lugar, que caso fosse assim, o motivo que justifica a instauração do incidente jamais estaria presente para impulsionar a ação dos legitimados adequados, já que nunca existiriam novas demandas repetitivas.

Na verdade, se os representados que não tinham casos pendentes quando da decisão proferida no incidente podem rediscuti-la por meio de representante adequado, não há como entender que eles não possam propor suas ações ou se defenderem quando um de seus representantes adequados age ou, ainda com mais razão, não age. A possibilidade de os indivíduos invocarem fundamento não discutido para renovar a discussão da questão em suas demandas individuais é mera consequência de se poder rediscutir a questão com base em outro fundamento, de

modo que não pode estar obstaculizada pela não atuação ou mesmo pela ação dos representantes adequados. Nessa última hipótese, o que se pode sustentar é a suspensão dos novos casos pendentes enquanto não resolvido o pedido de "revisão" formulado pelo legitimado à tutela dos direitos individuais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **DOU**, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

CALAMANDREI, Piero. **La cassazione civile**. Milano: Fratelli Bocca, 1920.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. **Precedent in english law**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

DUXBURY, Neil. **The nature and authority of precedent**. New York: Cambridge University Press, 1991.

EISENBERG, Melvin. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

GLOW, Lisa L. Offensive Collateral Estoppel in Arizona: Fair Litigation *v*. Judicial Economy. **Arizona Law Review**, Tucson, v. 30, 1988.

GOODHART, Arthur L. Three cases on possession. **The Cambridge Law Journal**, Cambridge, n. 3, p. 195-208, 1928.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Incidente de resolução de demandas repetitivas**. 3. ed. São Paulo: RT, 2023a.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 7. ed. São Paulo: RT, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo constitucional e democracia**. 2. ed. São Paulo: RT, 2023b.

MONTROSE, J. L. *Ratio decidendi* and the House of Lords. **The Modern Law Review**, London, v. 20, 1957a.

MONTROSE, J. L. *Ratio decidendi* of a case. **The Modern Law Review**, London, v. 20, 1957b.

PEREA, Ashley C. Broad discretion: a choise in applying offensive non-mutual collateral estoppel. **Arizona State Law Journal**, Phoenix, v. 40, 2008.

SEGAL, Joshua M. D. Rebalancing fairness and efficiency: the offensive use of collateral estoppel in § 1983 actions. **Boston University Law Review**, Boston, v. 89, 2009.

SIMPSON, A. W. B. The *ratio decidendi* of a case. **The Modern Law Review**, London, v. 20, 1957.

SIMPSON, A. W. B. The *ratio decidendi* of a case. **The Modern Law Review**, London, v. 21, 1958.

SUMMERS, Robert. Precedent in the United States (New York). *In*: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert (Ed.). **Interpreting precedents**: a comparative study. London: Dartmouth, 1997.

TARUFFO, Michele. "Collateral estoppel" e giudicato sulle questioni. **Rivista di diritto processuale**, Padova, 1972.

VOLPINO, Diego. **L'oggetto del giudicato nell'esperienza americana**. Padova: Cedam, 2007.

WAMBAUGH, Eugene. **The study of cases**: a course of instruction in reading and stating reported cases, composing head-notes and briefs, criticising and comparing authorities, and compiling digests. 2. ed. Boston: Little, Brown & Co., 1894.

O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS PARA A SEGURANÇA JURÍDICA DAS DECISÕES

THE SYSTEM OF JUDICIAL PRECEDENTS FOR THE LEGAL SECURITY OF DECISIONS

CASAGRANDE, Vinicius Magalhães*

Resumo: O sistema de precedentes judiciais foi transferido do sistema *Common Law* para o sistema de direito brasileiro. Porém o legislador, no art. 489 do Código de Processo Civil (CPC), estabeleceu princípios que devem guiar os julgadores no momento de elaborar suas decisões e os precedentes. Trata-se de uma norma de acomodação entre o sistema brasileiro e o da *Common Law*. Como a epistemologia pode contribuir para um melhor entendimento desses princípios e a segurança jurídica é o objeto do presente artigo.

Palavras-chave: Precedentes. Segurança. Epistemologia.

Abstract: The system of judicial precedents was transferred from the Common Law system to the Brazilian law system. However, the legislator, in art. 489 of the Code of Civil Procedure (CCP), established principles that should guide judges when preparing their decisions and precedents. This is a standard of accommodation between the Brazilian system and the Common Law system. How epistemology can contribute to a better understanding of these principles and legal certainty is the object of this article.

Keywords: Precedents. Security. Epistemology.

*Juiz Titular da Vara do Trabalho de Itanhaém/SP. LL.M. - Goethe Universität.

Para se decidir é necessário justificar, nos termos do art. 489 do Código de Processo Civil (CPC). Entender o que são a epistemologia e a justificação epistêmica é importante por sua relação com o que significa justificar uma decisão judicial. A parte essencial da decisão judicial é a fundamentação, é por ela que a autoridade judicial justifica seu convencimento, isto é, o porquê ela acredita que sua decisão está correta. O fato de eu acreditar que minha decisão está correta, pois ela está justificada, não significa que ela está justificada de forma epistêmica. Justificativa epistêmica "[...] é a posição correta das crenças de uma pessoa em relação ao conhecimento" (WATSON, [entre 2014 e 2023]). Assim, para a decisão estar justificada de forma epistêmica, ela precisa estar correta em relação ao correto entendimento da lei e ao conhecimento.

O art. 926 do CPC, segundo sua redação na Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, obriga os tribunais a uniformizar sua jurisprudência, suas decisões, e mantê-las estáveis, íntegras e coerentes. Mas o que vem a ser a integridade e a coerência que informam como se deve proceder no cumprimento da obrigação de uniformizar as decisões? E de que forma a integridade e a coerência implicam em segurança jurídica? Neste artigo usaremos a epistemologia para dissertar sobre uma perspectiva de como entender tais questões.

Muitos filósofos do direito contemporâneos, como Dworkin e Sartorius, contam com o conceito de coerência, mas não o explicam[1]. O conceito de coerência é vago e contestado. De acordo com Amalia Amaya, o coerentismo enfrenta desafios formidáveis,

> Em primeiro lugar, a coerência é uma noção elusiva e é necessário esclarecer melhor como a coerência deve ser entendida para fins de justificação legal. Em segundo lugar, o processo pelo qual a coerência é construída no curso da tomada de decisão legal permanece em grande parte misterioso. Em terceiro lugar, uma teoria da coerência enfrenta o desafio de mostrar que a justificação coerentista não é viciosamente circular nem indevidamente conservadora. Em quarto lugar, há uma necessidade de desenvolver o coerentismo jurídico de forma a evitar sua aliança com uma versão irrestrita do holismo, que é a fonte de uma série de problemas sérios. Por último, o coerentismo legal deve fornecer uma defesa completa do valor da coerência no direito. Apesar do progresso significativo feito pelos proponentes das teorias da coerência do

[1]LEVENBOOK, Barbara Baum. The role of coherence in legal reasoning. **Law and Philosophy**, Heidelberg, v. 3, n. 3, 1984, p. 355.

> direito e da adjudicação, essas questões críticas permanecem abertas, em grande parte, na literatura atual sobre o coerentismo jurídico. (AMAYA NAVARRO, 2015, p. 2).

Assim, devemos enxergar primeiro que, atrás do próprio conceito de coerência, subsiste um debate ainda maior acerca da justificação epistêmica. E o que seria esse debate e como ele ajuda a entender o conceito de coerência?

Precisamos também ter em mente que não estamos tratando aqui de conceitos genéricos e abstratos, ideais, mas simplesmente de conceitos metafísicos, por isso vamos utilizar um exemplo corriqueiro para que possamos ilustrar a questão. Suponhamos que eu acredite em algo, como, por exemplo, que meu cachorro está em casa enquanto escrevo este artigo. Por que acredito que meu cachorro está em casa? Se eu tenho boas razões para acreditar que meu cachorro permanece na minha casa enquanto escrevo este artigo, então é possível dizer que eu tenho uma justificativa para acreditar que ele está em casa. Posso até estar errado, apesar das minhas razões, e em vez de estar em casa, o cachorro pode estar passeando, ou no *pet shop*, mas, de qualquer forma, vou ter justificativas para acreditar que ele estaria em casa. Se não tenho boas razões e digo que eu gostaria que ele estivesse em casa e, por isso, acredito que ele está em casa, e esta é minha razão para acreditar que ele está em casa, não tenho uma justificativa para acreditar que ele está em casa. Assim, há uma relação direta entre a minha justificativa e as boas razões para acreditar em algo.

Essa relação direta entre a justificativa e as razões para acreditar em algo geram um quebra-cabeça. Se essas razões são boas, elas devem ser relevantes, como, por exemplo, no meu caso, pelo fato de eu ter trancado a porta após sair de casa. Os fatos para se constituírem razões devem assim ser relevantes e bons de modo a gerar uma crença de verdade. Essas razões formam então uma relação de causa e consequência entre fatos conhecidos e fatos que supostamente acredito que aconteceram. Tenho que me justificar para ter essas razões e acreditar que minhas razões são verdadeiras. Se acredito que meu cachorro está em casa porque eu tranquei a porta antes de sair de casa, preciso acreditar que a porta permaneceu fechada e ninguém foi buscar o cachorro para ir tomar banho no *pet shop* ou sair para passear. Assim, eu sempre preciso mais razões que justifiquem minhas razões iniciais, e isso gera um quebra-cabeça infinito.

Como então a filosofia lida com essa necessidade de busca infinita de razões que justifiquem eu acreditar em algo? Uma teoria é o fundamentalismo e a outra é a coerência.

Fundamentalismo significa que há algumas crenças que se justificam por si mesmas[2], não sendo nada mais necessário. Se eu olho no meu celular, abro o *app* da câmera de vigilância da minha casa e vejo que o cachorro está em casa, então percebo que o cachorro está em casa, não necessitando de maiores razões para acreditar no fato de que o cachorro está em casa. Eu não preciso de maiores justificativas, pois acabei de ver, e este é o meu fundamento.

Assim, é importante ressaltar que a jurisprudência e os precedentes não podem ter como base o fundamentalismo. Isso implica que ambos devem ser demonstráveis, ou seja, a jurisprudência se baseia em uma sequência de argumentos e demonstrações e não em verdades autoevidentes ou verdades indubitáveis. Não é porque acredito em algo baseado em um fato para mim autoevidente ou indubitável, pelo qual tenho o poder de decidir, convencer outros a decidir da mesma forma e formar um precedente com base nas minhas crenças, que tal decisão obedecerá ao art. 926 do CPC, pois lhe falta o requisito da coerência. E mais, decisões baseadas em verdades autoevidentes ou verdades indubitáveis geram insegurança jurídica, pois cada um tem suas crenças pessoais baseadas em verdades autoevidentes. O fundamentalismo então é uma fundação a partir da qual não são mais necessárias maiores justificativas.

De outro lado, a coerência quer dizer que não há uma fundação a partir da qual não é mais necessária qualquer outra justificativa. Não há crenças que não necessitem de novas justificativas. Assim, a justificativa seria uma questão de como uma crença se encaixa em todas as nossas outras crenças, em todos os demais fatos que já sabemos.

Se somente eu levo o cachorro para tomar banho e passear, e durante todos os anos que possuo o cachorro ninguém passeou ou levou o cachorro para tomar banho, posso dizer que eu crer que meu cachorro estará em casa se encaixa perfeitamente nos demais fatos, e por isso há coerência em eu saber ou crer que o cachorro estará em casa. Coerência é então saber como eu crer ou saber de algo se encaixa nos demais fatos que eu sei ou creio. Minha crença no fato de o cachorro estar em casa não seria coerente, pois não haveria um encaixe perfeito, se eu dissesse que algumas vezes meus filhos também saem para passear com o cachorro. Não haveria como crer, com certeza, na situação de o cachorro estar em casa, pois há a possibilidade de o cachorro não estar, ainda que remota, afetando assim como os fatos se conectam, são

[2]HASAN, Ali; FUMERTON, Richard. Foundationalist theories of epistemic justification. *In*: ZALTA, Edward N.; NODELMAN, Uri (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford, CA: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2022. Disponível em: https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/justep-foundational/.

consistentes, são coerentes. Se há uma tensão entre os fatos que eu creio, então não estou justificado em acreditar; se os fatos que eu creio se encaixam muito bem, então posso dizer que eles são coerentes e assim estou justificado em acreditar neles.

Mas os juízes sempre discordam uns dos outros e de outras decisões, alguém pode afirmar. Há estudos inclusive dizendo que,

> Como nosso modelo previu, os resultados preliminares indicam que os cidadãos têm níveis mais baixos de confiança no sistema judicial se os tribunais e juízes forem tendenciosos e imprevisíveis. (YEUNG, 2019).

Por exemplo, nós podemos citar uma discussão atual nos Tribunais do Trabalho (TRT) de São Paulo e no Tribunal Superior do Trabalho (TST). Iremos utilizar esse caso apenas a título de exemplo e para o bem da ciência jurídica, sendo que a escolha não se constitui crítica à posição pessoal de nenhuma das partes ou dos envolvidos nos julgamentos. Nosso intuito é, com exemplos práticos, buscar um *link* entre a filosofia e a prática jurídica, de forma a entender o artigo mencionado do CPC.

O exemplo prático que utilizamos é o da mudança na forma de custeio do plano de saúde da Fundação Casa. Uma discussão atual da jurisprudência. Algumas decisões são no sentido de que houve alteração contratual lesiva, pois a Fundação Casa instituiu a cobrança de coparticipação para o custeio do plano de saúde, o que não era feito anteriormente. Outra parte das decisões são no sentido contrário, de que o novo procedimento licitatório, o novo plano e a ausência de oposição são motivos relevantes para afastar a incidência do art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e da Súmula n. 51 do C. TST.

Mas como essa questão do plano de saúde da Fundação Casa, o cachorro do autor deste artigo e a coerência se encaixam e ajudam a compreender o art. 926 do CPC?

Para entender como tudo se encaixa perfeitamente é preciso voltar um pouco no tempo e descobrir se dentro da própria jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho não há julgados semelhantes referentes à mesma questão: se um novo procedimento licitatório, um novo plano e a ausência de oposição são motivos relevantes para afastar a incidência do art. 468 da CLT e da Súmula n. 51 do C. TST. Ou se há situações em que as mudanças no contrato de emprego, apesar de gerarem um novo ônus ao empregado, não se constituem em alteração contratual lesiva. Porque é exatamente isso que é a coerência, é buscar em decisões semelhantes uma relação de causa e efeito que foi levada em consideração para se decidir.

No TST há decisões reiteradas segundo as quais se há mudança no plano de carreira, sem a oposição das partes, não há alteração contratual lesiva:

> **RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 13.467/2017. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. EXISTÊNCIA. CEF. DIFERENÇAS DE VANTAGENS PESSOAIS. BASE DE CÁLCULO. ADESÃO ESPONTÂNEA À NOVA ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA (ESU/2008). RENÚNCIA ÀS REGRAS DO PLANO ANTERIOR. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 51, II, DO TST**. Nos termos do item II da Súmula n. 51 do TST, havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. A SBDI-1 desta Corte firmou entendimento de que a livre adesão do empregado à estrutura salarial unificada 2008 da Caixa Econômica Federal, sem notícia de vício do consentimento, configura renúncia às regras e direitos oriundos dos Planos de Cargos e Salários anteriores, na forma da Súmula n. 51, II, do TST. No caso, a reclamante aderiu voluntariamente à nova estrutura salarial implantada pela CEF em 2008, sem notícia de vício do consentimento, inclusive com a percepção de indenização, configurando manifesta renúncia a qualquer pretensão deduzida com base nos regulamentos anteriores, nos termos do item II da Súmula n. 51 do TST, o que incluiu as diferenças de vantagens pessoais pela não inclusão do cargo em comissão e do CTVA na base de cálculo. **Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido**. (RR 38-27.2016.5.17.0010).

A decisão mais antiga no TST sobre o tema específico de uma cobrança de coparticipação foi proferida em 10.11.2017:

> **AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO SINDICATO RECLAMANTE. EXTINÇÃO DO ANTIGO PLANO DE SAÚDE. NOVO PLANO. MAJORAÇÃO DO CUSTEIO DO PLANO DE SAÚDE. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO**. Do que se infere da decisão regional, os substituídos arcavam com o montante de 6% do plano de saúde disponibilizado pela reclamada, o qual vigorou até 31.4.2016, após todas as prorrogações legais e possíveis efetuadas com a empresa operadora do plano de saúde. Não obstante a inexistência de obrigação legal de conceder plano de saúde, à míngua de disposição coletiva,

> a fim de evitar solução de continuidade da assistência médica aos substituídos que haviam optado por aderir ao antigo plano de saúde, a reclamada lançou um novo certame licitatório, na modalidade credenciamento. Dentro deste contexto, o fato de a participação dos substituídos no novo plano de saúde, resultante de credenciamento em razão de devido processo licitatório, passar a ser de 50% não configura alteração contratual lesiva, pois, na verdade, houve extinção das condições anteriores, em detrimento de novação por processo licitatório, cujo cenário era totalmente diverso daquele alusivo ao plano de saúde encerrado. Registre-se, porque relevante, que não obstante a jurisprudência desta Corte Superior repute configurada como alteração contratual lesiva a alteração da forma de custeio do plano de saúde, esta não é a hipótese dos autos, em que não houve mudança das regras do custeio, mas, sim, extinção do antigo plano de saúde e, sucessivamente, contratação de novo plano, no qual a participação dos substituídos com o custeio restou aumentada. Agravo de instrumento conhecido e não provido. (AIRR 1150-41.2016.5.10.0005).

Analisando os fatos que ocorreram na realidade do caso do processo acima, as seguintes razões foram escolhidas como relevantes para justificar a decisão de que não houve alteração contratual lesiva: processo licitatório, ausência de oposição e novo plano de saúde. Como houve essa decisão em 2017, a qual concluiu que, quando há um novo plano decorrente de um novo procedimento licitatório não se configura a alteração lesiva do contrato, outros entes públicos poderiam entender possível também a nova contratação de planos de saúde. E de fato assim ocorreu em 2019 na Fundação Casa. Havia uma expectativa de manutenção do entendimento do AIRR 1150. Porém esse não foi o convencimento de muitos julgados proferidos após 2019. Tais decisões, como se diz na prática, divergiram do posicionamento do AIRR 1150. Estariam elas justificadas de forma epistêmica? Sim, pois são decisões baseadas em uma verdade indubitável ou fundamentalista, de que qualquer alteração que gere um ônus ao empregado é uma alteração lesiva. A decisão do Processo TST-RR 10810-98.2020.5.15.0031 espelha bem a fundamentação fundamentalista, baseada em juízo de fundação, do qual nenhuma outra razão é mais necessária - qual seja, de que alterações do contrato que geram ônus ao empregado são proibidas:

> A Primeira Turma deste Tribunal Superior, com ressalva de posicionamento pessoal contrário deste Relator, firmou entendimento de que as alterações no plano de saúde da Fundação Casa, seja pela

> coparticipação do trabalhador, seja pela majoração de sua cota-parte no custeio da mensalidade, caracterizam alteração contratual lesiva, vedada pelo art. 468 da CLT e Súmula 51 do TST.

A decisão que segue as razões de decidir do AIRR 1150 estaria baseada na coerência, já que justificadas em fatos relevantes, anteriormente escolhidos, no AIRR 1150, aptos a se encaixarem em todas os demais fatos.

E como uma decisão segue a integridade?

No seu livro **O Império da Lei**, Ronald Dworkin forjou o conceito de integridade. A partir de como e por que as partes criam proposições sobre a lei na prática jurídica, ou seja, acreditando que suas razões estão corretas e dentro da lei, Dworkin desenvolve o conceito de integridade. Quando os empregados da Fundação Casa argumentam que a obrigação de pagar a coparticipação do plano de saúde lesa o princípio da vedação de alterações contratuais lesivas, eles estão usando argumentos a respeito de proposições sobre a lei. Juízes vão analisar alguns dos argumentos como corretos ou não, se se encaixam ou não na Constituição, se estão dentro da lei e, com base na autoridade desses argumentos, fundamentar suas decisões, usando ao final a força coercitiva do Estado para obrigar a Fundação Casa a devolver os valores pagos ou não.

Dworkin diz que proposições verdadeiras a respeito da lei são criadas assim através de testes de interpretação da lei dentro de um todo[3]. Esses testes de interpretação, ou seja, a submissão de sucessivas demandas sobre o mesmo tema, levam então a jurisprudência a se desenvolver e a criar proposições verdadeiras com a melhor probabilidade possível.

Há duas dimensões nas quais é possível formar uma proposição verdadeira a respeito da lei: 1) dimensão de fato e valor, ou 2) encaixe e honra[4]. Um argumento sobre a verdade da proposição sobre a lei pressupõe que as razões se encaixem nas histórias que levaram a jurisprudência a se desenvolver e agir de forma coercitiva ou não (essa é a dimensão de encaixe). Essa proposição precisa se encaixar na Constituição, nas leis e nos casos passados para ser verdadeira. Há muita semelhança entre a dimensão de encaixe de Dworkin e o conceito de coerência para a justificação epistêmica, como demonstramos acima.

Por outro lado, a proposição também deve respeitar e honrar os valores de justiça, igualdade e devido processo[5]. Neste caso, temos

[3]DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 231.
[4]*Ibid.*, p. 230-231.
[5]*Ibid.*, p. 230-231.

uma aproximação do fundamentalismo da justificação epistêmica, eis que baseado em juízos de valores, de fundação, como no exemplo da Fundação Casa, a alteração contratual lesa o princípio da proibição contratual lesiva, apelando assim para os valores de justiça e igualdade. Porém há um problema, as pessoas são diferentes, e possuem diferentes ideias morais a respeito do que seja o tratamento justo e igual[6].

A integridade então é o ponto de encontro no qual as dimensões de encaixe e honra se encontram no espaço indeterminado. As tensões entre os pontos de encaixe e honra podem levar o ponto de encontro para fora da jurisprudência, de modo que ela não se torne mais íntegra. Desta feita, argumentos baseados somente na justiça de uma proposição ou em uma interpretação coerente, porém injusta e desigual, acabam afastando a decisão do ponto de encontro. Causa insegurança jurídica quando há desvios nas dimensões de encaixe e honra, com interpretações que carreguem o eixo para fora da integridade.

A integridade não é assim uma autointegridade ou integridade própria, como muitos possam pensar, no sentido de que é uma integração no todo das várias partes, de modo a ser uma relação formal de integração consigo mesma, sem ambivalências ou inconsistências. Nesse sentido, a integridade não seria, tomando o exemplo da Fundação Casa, uma proibição de julgar de forma contrária ao estabelecido no AIRR 1150. Isto estaria mais relacionado ao conceito de estabilidade preconizado também no CPC.

Na teoria de Dwokin a integridade protege o todo, a comunidade[7], de modo que ele seja preservado da forma mais honrável possível, como uma virtude diferente da justiça e igualdade[8]. Porém a integridade não é uma virtude especial da política, não porque o Estado ou a comunidade são entidades diferentes, mas porque a comunidade deve ser vista como um agente moral distinto[9]. As proposições sobre a interpretação da lei carregam narrativas de futuro, em uma forma autoconstrutiva, de cometimento com a comunidade.

Se a integridade é assim uma virtude, qual seria seu objeto e motivação?[10] Há quem entenda que a integridade não possui motivação ou seja como as virtudes executivas, pois estas "são necessárias para aquela relação consigo mesmo e com o mundo que permite que alguém

[6]DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 178.
[7]*Ibid.*, p. 188.
[8]*Ibid.*, p. 178.
[9]*Ibid.*, p. 187.
[10]COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. *In*: ZALTA, Edward N. (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford, CA: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021. Disponível em: https://plato.stanford.edu/entries/integrity/#InteVirt.

aja por motivos desejáveis de maneiras desejáveis" (COX; LA CAZE; LEVINE, 2021). Não há nada em particular que a integridade leve aqueles que a possuem a agir como ela intente, como uma vontade geral da comunidade.

Pensamentos associados a projetos, na execução dos quais um homem pode exibir sua integridade[11], estão mais relacionados à integridade como identidade. A integridade está mais próxima de uma forma de identidade, na qual são mantidos os compromissos constitucionais em detrimento de desejos momentâneos da opinião pública ou de partidos políticos no poder.

A integridade também não é um fator de ligação moral ou propósito moral: "A integridade não parece ser exclusivamente uma questão de como as pessoas abordam questões puramente morais" (COX; LA CAZE; LEVINE, 2021).

Na nossa opinião, a integridade prevista no CPC está mais relacionada com uma virtude, mas não uma virtude política da comunidade como quer Dworkin, e sim como uma virtude epistêmica. De acordo com Scherkoske (2013)[12],

> Integridade é uma virtude epistêmica: isto é, é uma disposição estável que coloca seu possuidor de forma confiável em uma boa posição epistêmica e leva ao sucesso cognitivo.

Para Scherkoske, a integridade é um tipo de imparcialidade pela qual os julgadores estariam confiantemente dispostos a agir de acordo com suas convicções, com base nas razões que fundamentam suas convicções. O mesmo autor diz que as razões que fundamentam suas convicções e decisões serão as razões que os julgadores têm para acreditar que sua convicção é correta ou apropriada. Para o referido autor, um julgador íntegro sempre decide de acordo com a melhor razão. Assim, o que o CPC impõe é que haja uma convicção própria, um compromisso assumido por órgãos responsáveis pela uniformidade da jurisprudência. Porém, de acordo com Scherkoske, temos uma tendência natural de manter nossas opiniões, e isso é compatível com a integridade apenas enquanto formos fontes confiáveis de opinião. De acordo com Scherkoske, um julgador íntegro mantém suas opiniões apenas na medida de sua autoconfiança bem colocada. Desta feita, dentro do conceito de integridade é possível

[11]COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. *In*: ZALTA, Edward N. (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford, CA: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021. Disponível em: https://plato.stanford.edu/entries/integrity/#InteVirt.

[12]"Could integrity be an epistemic virtue?" (p. 67-104).

também a existência de mudança de opiniões, desde que o julgador mude sua confiança quanto à verdade de suas convicções.

No sistema da *Common Law* os juízes também precisam justificar suas decisões e são independentes, de acordo com o princípio do *Rule of Law*. Porém autoridades políticas, como parlamentares, são mais propensas a erros, pois não há especialização nem razões epistêmicas em política. Isso faz parte de um pluralismo liberal razoável: vivemos em uma sociedade com diferentes segmentos da população que têm divergências profundas sobre questões de justiça, significando que qualquer decisão vai perturbar algumas pessoas. Em matéria de direito infraconstitucional, se o legislador não gosta de uma jurisprudência ou precedente, ele pode mudar a lei. Em matéria constitucional, o Congresso não poderia fazer nada no sistema da *Common Law*, isso porque a Constituição Federal dos Estados Unidos é extremamente rígida e difícil de emendar. Desta feita, assim, há grande segurança jurídica de que as decisões constitucionais das Cortes americanas serão mantidas. Tal não ocorre no sistema brasileiro, mesmo com o sistema de precedentes trazidos do sistema da *Common Law*, pois nossa Constituição é analítica e sofre constantes mudanças. Não é possível assim esperar segurança jurídica e previsibilidade somente através da transferência parcial de um instituto jurídico estrangeiro, já que dependemos de uma mudança na cultura jurídica e política dos outros poderes de respeito aos precedentes formados.

O CPC procura que as decisões a serem proferidas fiquem justificadas de acordo com um fundamento que se encaixe em todos os outros fundamentos de outras decisões já proferidas, em todos os demais fatos que já sabemos, sendo assim respeitado o requisito da coerência. Ele também quer que a decisão seja epistemicamente virtuosa, ou seja, motivada para descobrir a verdade, a crença mais justificada, sendo assim íntegra. A decisão não deve ser fundamentalista, ou seja, baseada em verdades autoevidentes, mas sim em fatos demonstráveis. Para tanto, deve haver uma estabilidade, que é atingida quando decisões anteriores são utilizadas, tanto para argumentar a favor ou contra a sua aplicação. Um sistema de precedentes que se baseie assim na epistemologia trará maior segurança jurídica, não porque haverá maior previsibilidade, mas sim porque os julgadores serão íntegros e estarão confiantemente dispostos a agir de acordo com suas convicções, com base nas razões que fundamentam suas convicções, respeitando então o princípio do *Rule of Law*.

REFERÊNCIAS

AMAYA NAVARRO, Amalia. **The tapestry of reason**: an inquiry into the nature of coherence and its role in legal argument. Oxford: Hart, 2015.

COX, Damian; LA CAZE, Marguerite; LEVINE, Michael. Integrity. *In*: ZALTA, Edward N. (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford, CA: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2021. Disponível em: https://plato.stanford.edu/entries/integrity/#InteVirt.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

HASAN, Ali; FUMERTON, Richard. Foundationalist theories of epistemic justification. *In*: ZALTA, Edward N.; NODELMAN, Uri (Ed.). **The Stanford encyclopedia of philosophy**. Stanford, CA: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2022. Disponível em: https://plato.stanford.edu/archives/fall2022/entries/justep-foundational/.

LEVENBOOK, Barbara Baum. The role of coherence in legal reasoning. **Law and Philosophy**, Heidelberg, v. 3, n. 3, 1984.

SCHERKOSKE, G. **Integrity and the virtues of reason**: leading a convincing life. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

WATSON, Jamie Carlin. Epistemic justification. **Internet Encyclopedia of Philosophy**, Martin, TN, [entre 2014 e 2023]. Disponível em: https://iep.utm.edu/epi-just/.

YEUNG, Luciana L. Bias, insecurity and the level of trust in the judiciary: the case of Brazil. **Journal of Institutional Economics**, Cambridge, Cambridge University Press, v. 15, n. 1, p. 163-188, 2019.

AS RECENTES DECISÕES DO STF SOBRE A PREVALÊNCIA DOS REQUISITOS FORMAIS DA RELAÇÃO JURÍDICA COMO FATOR DE DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA MATERIAL

THE RECENT DECISIONS OF THE SC ON THE PREVALENCE OF THE FORMAL REQUIREMENTS OF THE LEGAL RELATIONSHIP AS A FACTOR IN DEFINING MATERIAL COMPETENCE

LEVY, Paula Araújo Oliveira*

Resumo: Trata-se de artigo que aborda a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto à competência material da Justiça do Trabalho, em especial a abrangência das relações de trabalho processadas e julgadas por este ramo do Poder Judiciário. Aponta-se uma alteração de parâmetros pela Corte Constitucional para fins de fixação de competência, baseada em decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, e também se analisam de forma crítica os recentes julgamentos prolatados em sede de reclamações constitucionais.

Palavras-chave: Competência da Justiça do Trabalho. Relação de trabalho. Pedido de vínculo empregatício. Decisões do STF após a ADC 48. Reclamações constitucionais.

Abstract: This article addresses the jurisprudence of the Brazilian Federal Supreme Court regarding the material competence of the Labor Justice, especially the scope of labor relations processed and judged by this branch of the Judiciary. A change in the parameters by the Constitutional Court is pointed out for the purpose of establishing jurisdiction, based on

*Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas/SP. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Presbiteriano Mackenzie. Contato: paulacampg@hotmail.com.

decisions rendered in concentrated control of constitutionality, and the recent judgments rendered in the seat of constitutional complaints are also critically analyzed.

Keywords: Jurisdiction of the Labor Justice. Work relationship. Application for employment relationship. SC decisions after ADC 48. Constitutional claims.

1 INTRODUÇÃO

Não se pode abordar o tema da competência material da Justiça do Trabalho sem citar seu alargamento pela Emenda Constitucional (EC) n. 45/2004. Colaciona-se a redação do art. 114 da Constituição Federal (CF/1988) antes (redação original) e após a referida Emenda.

Redação original do art. 114 da CF/1988:

> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas.
> § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.
> § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho.
> § 3° Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, 'a', e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir. (BRASIL, 1988).

E a redação atual do art. 114 da CF/1988 após a EC n. 45/2004, que entrou em vigor na data de sua publicação no **Diário Oficial**, em 31.12.2004:

> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
> I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração

> pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
> II as ações que envolvam exercício do direito de greve;
> III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
> IV os mandados de segurança, *habeas corpus* e *habeas data*, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
> V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, 'o';
> VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;
> VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
> VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, 'a', e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
> IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.
> § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.
> § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.
> § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. (BRASIL, 1988).

A partir de então, em várias oportunidades o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a se pronunciar quanto à extensão da competência da Justiça do Trabalho em razão da nova redação do dispositivo constitucional em comento. Isso porque logo trataram de questionar a abrangência do disposto no inciso I do art. 114.

Apesar da clareza da redação, que aborda expressamente a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, especificando "abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios", a Corte Constitucional brasileira diferenciou relação de trabalho de relação estatutária ou jurídico-administrativa. Assim, em julgamento liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3395, suspendeu a possibilidade de

qualquer entendimento no sentido de que caberia à Justiça do Trabalho a apreciação de causas que sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo.

Foi citado na decisão o precedente firmado na ADI 492, julgada em 12.11.1992. Essa ação abordava a inconstitucionalidade do direito do servidor público à negociação coletiva - alínea "d" do art. 240 da Lei n. 8.112/1992 - e o ajuizamento de dissídios individuais e coletivos pelos servidores públicos na Justiça do Trabalho, nos termos da Constituição Federal - previstos na alínea "e" do mesmo artigo. Referida ação foi julgada tendo por norte a redação original do art. 114 da CF/1988.

Já no julgamento definitivo da ADI 3395, o STF, por maioria, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio e Rosa Weber, julgou parcialmente procedente o pedido formulado na ação,

> [...] para fixar, com aplicação de interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, que o disposto no art. 114, inciso I, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, não abrange causas ajuizadas para discussão de relação jurídico estatutária entre o Poder Público dos Entes da Federação e seus Servidores, nos termos do voto do Relator.

Nota-se que na decisão final já não consta a exclusão da apreciação da Justiça do Trabalho das relações jurídico-administrativas, mas apenas da relação estatutária.

Nesse julgamento, o Ministro Marco Aurélio bem salientou, ao abordar o processo legislativo da EC n. 45/2004:

> A proposta de Emenda à Constituição seguiu ao Senado e, na Câmara Alta, sem que fosse apresentada qualquer emenda, houve a inserção do texto: 'exceto os servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas dos referidos entes da Federação', ou seja, Municípios, Estados e União. Seria restrição ao texto aprovado pela Câmara. O que se verificou? A inclusão de trecho, sem ter sido objeto de deliberação, que não refletia a manifestação do Senado da República. Remetida a nova redação à Câmara, a expressão foi expungida.

Assim fez constar para não deixar dúvidas quanto à intenção do legislador de ampliar a competência da Justiça do Trabalho para

processar e julgar também as relações de trabalho estatutárias, entre os servidores públicos e a Administração Pública.

No entanto, como visto, não entendeu da mesma forma a maioria dos Ministros.

2 COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A competência em razão da matéria é definida observando-se a relação jurídica material objeto da lide. Portanto, deve-se verificar a causa de pedir e o pedido. Assim, se fundados estes em alegada relação de emprego, à qual se aplicam as regras da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), por óbvio será competente a Justiça do Trabalho.

Nesse sentido decidiu o STF antes da EC n. 45/2004, ao julgar o Conflito de Jurisdição n. 6959-6:

> JUSTIÇA DO TRABALHO. COMPETÊNCIA. CONST. ART. 114. AÇÃO DE EMPREGADO CONTRA O EMPREGADOR, VISANDO À OBSERVÂNCIA DAS CONDIÇÕES NEGOCIAIS DA PROMESSA DE CONTRATAR FORMULADA PELA EMPRESA EM DECORRÊNCIA DA RELAÇÃO DE TRABALHO. 1. Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes, em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, assentindo em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto. 2. A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho.[1]

Abordando esse tema, Carlos Henrique Bezerra Leite escreveu:

> Parece-nos, porém, que o STF deixou assentado que a fixação da competência material da Justiça do Trabalho depende exatamente daquilo que o autor leva para o

[1]STF. Pleno. Conflito de Jurisdição n. 6959-6, Rel. Designado Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.5.1990, Suscte. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Brasília, Suscdo. Tribunal Superior do Trabalho, DJU 22.2.1991, p. 1259.

> processo. Isto é, repousa na causa de pedir e no pedido deduzidos em juízo, mesmo se a decisão de mérito que vier a ser prolatada envolver a aplicação de normas de direito civil ou de outros setores do edifício jurídico. Esse entendimento restou explicitado no voto do relator, Ministro Sepúlveda Pertence, segundo o qual, para se estabelecer a competência, o 'fundamental é que a relação jurídica alegada como suporte do pedido esteja vinculada, como o efeito à causa, à relação empregatícia, como me parece questionável que se passa aqui, não obstante o seu conteúdo específico seja o de uma promessa de venda, instituto de direito civil'. (LEITE, 2010, p. 176-177).

Após a EC n. 45/2004, com o alargamento da competência da Justiça Federal Especializada, houve várias apreciações pela Corte Constitucional sobre o tema. Cito aqui a Súmula Vinculante n. 22[2] do STF, que fixa o marco temporal da competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador. Para não se estender demais no assunto, rico em doutrina e jurisprudências, passa-se à análise apenas da competência oriunda da relação de trabalho.

A relação de trabalho é gênero do qual a relação de emprego é espécie. Ainda, valendo-se dos ensinamentos de Carlos Henrique Bezerra Leite:

> Relação de trabalho é aquela que diz respeito, repise-se, a toda e qualquer atividade humana em que haja prestação de trabalho, como a relação de trabalho: autônomo, eventual, de empreitada, avulso, cooperado, doméstico, de representação comercial, temporário, sob a forma de estágio etc. Há, pois, a relação de trabalho pela presença de três elementos: o prestador do serviço, o trabalho (subordinado ou não) e o tomador do serviço.
> Já a relação de emprego ocupa-se de um tipo específico dessa atividade humana: o trabalho subordinado, prestado por um tipo especial de trabalhador: o empregado. Aqui, o que importa é a relação jurídica existente entre o empregado e o empregador (mesmo quando este seja a pessoa de direito público interno ou externo) para efeito de aplicação do Direito do Trabalho.

[2]"A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004". (BRASIL, 2009).

> [...] Uma advertência final: a ampliação da competência da Justiça do Trabalho para as demandas oriundas da relação de trabalho - não de emprego - deve estar centrada no fator 'trabalho' e pela sua afinidade com a relação de emprego, pois a *mens legis* possui, a nosso ver, forte conotação de inclusão social daqueles trabalhadores - não empregados - que de fato estão em situações econômicas e sociais que exijam um rápido e efetivo acesso à Justiça. (LEITE, 2010, p. 199-200).

No entanto, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho abrangendo o trabalho, em *lato sensu*, nunca significou a alteração da legislação aplicável a esse trabalhador que não se configura como empregado. Importante constar o que dispõe Gustavo Filipe Barbosa Garcia a esse respeito:

> O inciso IX do art. 114 da Constituição Federal de 1988 faz menção a 'outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho na forma da lei'. No entanto, o inciso I, acima transcrito, é expresso ao estabelecer a competência da Justiça do Trabalho quanto às ações oriundas da relação de trabalho, sendo esse dispositivo claramente autoaplicável, ou seja, de aplicabilidade direta e imediata.
> Apesar disso, a ampliação da competência da Justiça do Trabalho, passando a abranger ações oriundas de relações de trabalho, diversas da relação de emprego, não significa que esses trabalhadores, que não sejam empregados, têm passado a fazer jus aos direitos trabalhistas. A norma que fixa a competência, na esfera processual, não amplia os direitos previstos para a relação jurídica material, a qual permanece regida pelo respectivo ramo do Direito.
> [...] A relação de labor, portanto, é o vínculo intersubjetivo, por meio do qual alguém trabalha em favor de outrem, com regulação pelo Direito.
> No entanto, é essencial destacar que nem toda prestação de serviço é objeto de relação de trabalho propriamente dita. Em outras palavras, nem toda prestação de serviço identifica-se com trabalho em seu verdadeiro sentido. Por consequência, nem toda a demanda decorrente de prestação de serviço é de competência da Justiça do Trabalho.
> Obviamente, quando quem presta serviço é pessoa jurídica, não há falar em relação de trabalho, pois o trabalho, no contexto jurídico e constitucional, é atividade inerente ao ser humano.
> [...] Na relação de trabalho, o sujeito ativo é sempre a pessoa natural (trabalhador) enquanto o sujeito passivo

> pode ser pessoa física, jurídica ou mesmo ente despersonalizado (por exemplo, o condomínio ou a massa falida). (GARCIA, 2015, p. 156-158).

Portanto, sempre que o profissional autônomo, pessoa física, pretender demandar contra o tomador de serviços, seja ele pessoa física, jurídica, ente despersonalizado, a competência é da Justiça do Trabalho porque se trata de uma relação de trabalho. Cita-se o exemplo de um médico que pretende cobrar pagamento por serviços prestados a uma empresa para a qual realizou exames admissionais. Nota-se que aqui está ausente o "elemento de empresa". Situação diversa seria se esse médico fosse proprietário de uma Clínica de Ortopedia, a qual prestava serviços para um Clube de Futebol. Caso essa clínica fosse demandar contra o contratante de seus serviços, deveria ajuizar a demanda na Justiça Comum porque presente o "elemento de empresa".

2.1 Transportador Autônomo de Cargas (TAC)

A Lei n. 11.442, de 5 de janeiro de 2007, dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração. Regulamenta o transporte rodoviário de cargas e a relação entre o transportador autônomo de cargas (TAC) e a empresa de transporte rodoviário de cargas (ETC). Em suma, o transportador autônomo de carga pode ser pessoa física ou jurídica; deve estar inscrito no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas (RNTR-C) da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); deve possuir, ao menos, um veículo automotor de carga, registrado neste órgão; deve comprovar ter experiência de, ao menos, 3 (três) anos na atividade, ou ter sido aprovado em curso específico.

A lei também prevê a prestação de serviços pelo TAC como agregado ou independente, prevendo ainda a figura do TAC-auxiliar, todos definidos no art. 4º, sendo que a relação formada com fulcro nessa lei é de natureza comercial e não caracteriza o vínculo de emprego, conforme prevê expressamente o art. 5º [3]. Esse artigo, em seu parágrafo

[3]"Art. 4º O contrato a ser celebrado entre a ETC e o TAC ou entre o dono ou embarcador da carga e o TAC definirá a forma de prestação de serviço desse último, como agregado ou independente. § 1º Denomina-se TAC-agregado aquele que coloca veículo de sua propriedade ou de sua posse, a ser dirigido por ele próprio ou por preposto seu, a serviço do contratante, com exclusividade, mediante remuneração certa. § 2º Denomina-se TAC-independente aquele que presta os serviços de transporte de carga de que trata esta Lei em caráter eventual e sem exclusividade, mediante frete ajustado a cada viagem. § 3º Sem prejuízo dos demais requisitos de controle estabelecidos em regulamento, é facultada ao TAC a cessão de seu veículo em regime de colaboração a outro profissional, assim denominado TAC - Auxiliar, não implicando tal cessão a caracterização de vínculo de emprego. (Incluído pela Lei n. 13.103, de 2015) (Vigência) § 4º O Transportador

único, trata também de forma expressa da competência da Justiça Comum para o julgamento de ações oriundas dos contratos de transporte de cargas.

Apesar do que já se analisou sobre a abrangência do art. 114, I, da CF/1988, considerando-se uma ação de cobrança ou de indenização ajuizada por um transportador autônomo de carga contra a empresa de transporte rodoviário que o contratou, ainda que ausente o elemento de empresa acima abordado, por expressa previsão legal, observando-se ainda o disposto no art. 114, IX, da CF/1988, a jurisprudência majoritária vinha reconhecendo se tratar de competência da Justiça Comum.

Nesse sentido a jurisprudência majoritária do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSPORTADOR RODOVIÁRIO DE CARGAS. LEI N. 11.442/2007. O contrato de transporte rodoviário de cargas, regido pela Lei n. 11.442/2007, possui natureza comercial, o que afasta a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar pedido de ação indenizatória oriundo da relação havida entre as partes. Incólume o disposto no artigo 114, I, da Constituição da República. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST AIRR 3612140-05.2008.5.09.0003, Relator Lelio Bentes Corrêa, data de julgamento 2.2.2011, 1ª Turma, data de publicação DEJT 11.2.2011).
>
> RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014. TRANSPORTADOR AUTÔNOMO DE CARGAS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Em que pese o entendimento do Regional, é certo que as controvérsias atinentes ao transporte rodoviário de cargas não se inserem na competência da Justiça do Trabalho, uma vez que a relação havida entre as partes possui natureza comercial, sendo o parágrafo único do artigo 5º da Lei 11.442/07 expresso ao determinar a competência da Justiça Comum. Desse modo, tratando-se de

Autônomo de Cargas Auxiliar deverá contribuir para a previdência social de forma idêntica à dos Transportadores Autônomos. (Incluído pela Lei n. 13.103, de 2015) (Vigência) § 5º As relações decorrentes do contrato estabelecido entre o Transportador Autônomo de Cargas e seu Auxiliar ou entre o transportador autônomo e o embarcador não caracterizarão vínculo de emprego. (Incluído pela Lei n. 13.103, de 2015) (Vigência) Art. 5º As relações decorrentes do contrato de transporte de cargas de que trata o art. 4º desta Lei são sempre de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego. Parágrafo único. Compete à Justiça Comum o julgamento de ações oriundas dos contratos de transporte de cargas" (BRASIL, 2007).

> relação de natureza eminentemente civil, a competência para o julgamento da presente demanda pertence à Justiça Comum, conforme o parágrafo único do artigo 5º da Lei 11.442/2007. Recurso de revista conhecido e provido. (TST RR 182-84.2014.5.03.0034, data de julgamento 15.8.2018, Relator Ministro Breno Medeiros, 5ª Turma, data de publicação DEJT 17.8.2018).
>
> RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI 13.015/2014. TRANSPORTE AUTÔNOMO DE CARGAS. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nos termos do acórdão regional, o *de cujus*, cuja família ajuizou a presente reclamação, prestava serviço de transporte de cargas de forma autônoma. Os sucessores não requereram o reconhecimento de vínculo empregatício, e a Corte *a quo*, soberana na análise do contexto fático-probatório, concluiu pela caracterização de relação contratual de natureza civil, o que enseja a competência da Justiça Comum para o julgamento da presente ação indenizatória. Recurso de revista conhecido e não provido. (TST RR 1102-50.2014.5.09.0015, Relatora Ministra Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma, publicação DEJT 22.9.2017).
>
> RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. [...] INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE DE CARGAS. LEI N. 11.442/2007. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. A Justiça do Trabalho não é competente para o exame de ações indenizatórias fundadas na Lei n. 11.442/2007, que regula o transporte rodoviário de cargas. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST RR 516-67.2012.5.04.0291, Relator Desembargador Convocado João Pedro Silvestrin, 8ª Turma, publicação DEJT 30.5.2014).

No mesmo sentido estava sedimentada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 151.944 MG (2017/0088565-5). RELATOR MINISTRO MARCO BUZZI. SUSCITANTE: JUÍZO DA 1ª VARA DO TRABALHO DE POUSO ALEGRE/MG. SUSCITADO: JUÍZO DE DIREITO DE EXTREMA/MG. INTERES. [...]. DECISÃO: Trata-se de conflito negativo de competência instaurado entre o Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Pouso Alegre/MG, na condição de suscitante, e o Juízo de Direito de Extrema/MG, como suscitado, nos autos de ação de cobrança, combinada com indenização por danos morais, ajuizada por J. O. em face de LOGBR Transportes e Logísticas Ltda. e outras.

Proposta a demanda, houve por bem o Juízo de Direito de Extrema/MG declinar da competência a ele atribuída, ao fundamento de que compete à Justiça Laboral processar e julgar ação de cobrança cujos valores perseguidos remontam à relação de emprego havida entre as partes (fls. 194, e-STJ). Recebidos os autos, o Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Pouso Alegre/MG suscitou o presente conflito de competência, sob os seguintes fundamentos (fls. 1005/1008, e-STJ): 'Trata-se de ação ajuizada por motorista rodoviário autônomo, em que postula o pagamento de indenização devido à não antecipação do vale pedágio, em quantia equivalente ao dobro do valor dos fretes realizados, nos moldes do artigo 8º da Lei n. 10.209/2011, além de uma compensação pelos danos morais sofridos. Na defesa acostada sob o ID 82506c8, a ré invocou a preliminar de incompetência em razão da matéria, argumentando que as relações decorrentes do transporte de carga são sempre de natureza comercial, não ensejando relação de emprego, ficando a cargo da Justiça Comum. Como é sabido, a competência em razão da matéria é definida em consonância com o pedido e a causa de pedir. No caso em epígrafe, o reclamante confirmou expressamente na exordial que é transportador autônomo de cargas, inexistindo pedido de reconhecimento de vínculo empregatício, tampouco discutindo-se parcelas de natureza trabalhista. Aplicam-se ao demandante as disposições constantes da Lei n. 11.442/2007, cujo artigo 5º, *caput* e parágrafo único, estabelecem que as relações decorrentes do contrato de transporte de cargas de que trata o artigo 4º são sempre de natureza comercial, competindo à Justiça Comum o julgamento das ações decorrentes'. Após prestadas as devidas informações, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento do conflito e, no mérito, e pela declaração da competência da Justiça Comum Estadual. O respectivo parecer ficou sintetizado nos seguintes termos (fls. 1034/1039, e-STJ): 'Conflito Negativo de Competência. Ação de cobrança c/c com Danos Morais. Justiça Comum Estadual e Justiça Especializada do Trabalho. Contrato de transporte de cargas. Natureza comercial prevista na Lei n. 11.442/2007. Demanda de caráter não trabalhista. Precedente desse STJ. Parecer pelo conhecimento do conflito para declarar a competência do Juízo suscitado'. É o relatório. Decido. Conheço do conflito com fundamento no art. 105, inciso I, alínea 'd', da Constituição Federal, por se tratar de incidente instaurado entre juízos vinculados a Tribunais distintos. 1. Primeiramente, cumpre salientar que a Segunda Seção desta Corte firmou o entendimento de que a competência *ratione materiae* está adstrita à natureza

da lide, definida em função do pedido e da causa de pedir. Portanto, mister se faz definir, no presente caso, qual a natureza da relação jurídica a respeito da qual a pretensão processual fora formulada. Sabe-se que a Emenda Constitucional n. 45/04 alterou a redação do art. 114 da CF, modificando a competência para o processo e julgamento das ações, cujo evento lesivo tenha se verificado no curso da relação laboral. Neste contexto, conquanto eventualmente a pretensão deduzida na presente demanda possa envolver indiretamente aspectos ligados à relação de emprego, seu objeto versa sobre questão diversa, de natureza civil, em que se pleiteia o pagamento de valores firmados em contrato de transporte autônomo de cargas, a título de pedágio. Nestes termos: 'CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO E JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. AÇÃO DE COBRANÇA. ALEGADO INADIMPLEMENTO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE PESSOALIDADE NO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES. DESCARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE TRABALHO. LIDE DE ÍNDOLE EMINENTEMENTE CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. Compete à Justiça Comum processar e julgar ação de cobrança decorrente de contrato de prestação de serviços, quando patente a ausência de relação trabalhista. 2. Na hipótese, o autor da ação de cobrança e prestador dos serviços dispunha, na realização das obrigações contratadas, da assistência de corpo próprio de empregados, o que descaracteriza a existência da relação de trabalho, pois ausente ao menos um de seus requisitos, o da pessoalidade. 3. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Comum Estadual. (CC 135.775/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 27.4.2016, DJe 6.5.2016)'.'CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. AÇÃO DE COBRANÇA. RESCISÃO DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AVALIAÇÃO DE PESSOAL PARA SOCIEDADE EMPRESÁRIA POR PSICÓLOGO. PROFISSIONAL LIBERAL. RELAÇÃO DE EMPREGO NÃO ALEGADA. CAUSA DE PEDIR. PEDIDO. ÍNDOLE EMINENTEMENTE CIVIL. 1. O pedido e a causa de pedir denotam a competência da Justiça Comum Estadual porque o autor em nenhum momento pede o reconhecimento da existência de relação de emprego e a percepção dos seus consectários; ao revés, pretende o recebimento dos exatos valores previstos na 'cláusula cinco do contrato' de prestação de serviços. 2. Desse modo, a pretensão deriva da

> prestação, por psicólogo, do serviço de intermediação e avaliação de aptidão de candidatos a empregos oferecidos pela empresa contratante, de forma autônoma e não subordinada, fazendo incidir o teor da Súmula 363 desta Corte: 'Compete à Justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente'. 3. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Comum Estadual. (CC 135.007/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 22.10.2014, DJe 17.11.2014)'. Como bem pontuado no parecer ministerial, 'embora o autor sustente o seu pedido na efetiva prestação de serviços, apresentando inclusive a relação das atividades prestadas à autora, não há na exordial relato de fatos que descaracterizem a autonomia na prestação dos serviços. Acresça-se, ainda, que o reconhecimento de vínculo trabalhista não foi objeto da pretensão do autor, nem o descumprimento de contrato trabalhista consistiu causa de pedir do presente feito' - fl. 1037 (e-STJ). 2. Ante o exposto, com amparo no parecer ofertado pelo Ministério Público Federal, conheço do conflito para declarar a competência do Juízo de Direito de Extrema/MG, ora suscitado. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 19 de junho de 2017. (STJ CC 151944 MG 2017/0088565-5, Relator Ministro Marco Buzzi, data de publicação DJ 26.6.2017).

A questão já se encontrava bastante assentada pela jurisprudência trabalhista. Nota-se que a citada jurisprudência é restringente à interpretação da relação de trabalho, segundo a qual, ausente o elemento de empresa, ou seja, diante de uma prestação pessoal de serviços à pessoa física ou jurídica, por profissional autônomo, a competência para o processamento e julgamento da lide deveria ser atribuída à Justiça do Trabalho, no que se entende a melhor interpretação da norma constitucional.

No entanto, como se viu, a jurisprudência majoritária interpretou a competência da Justiça Trabalhista de forma mais restrita. Caso não se questionasse a relação comercial havida entre as partes, a competência para apreciar a lide seria da Justiça Comum. De outro lado, se o trabalhador ajuizasse ação tendo por causa de pedir e por pedido, respectivamente, a presença dos elementos da relação de emprego e o reconhecimento de vínculo empregatício, a competência para o julgamento do feito seria, de forma inequívoca, da Justiça do Trabalho.

A jurisprudência, inclusive do STF, sempre reconheceu a competência Justiça do Trabalho para decidir quanto à existência ou não de relação empregatícia:

> EMENTA: Conflito negativo de competência entre juiz federal e o Tribunal Superior do Trabalho. 2. reclamação trabalhista. 3. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. 4. Alegado vínculo sob o molde de contrato de trabalho. 5. Entendimento desta Corte, no sentido de que, em tese, se o empregado público ingressa com ação trabalhista, alegando estar vinculado ao regime da CLT, compete à Justiça do Trabalho a decisão da causa (CC 7.053, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 7.6.2002; CC 7.118, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 4.10.2002). 6. Conflito de competência julgado procedente, ordenando-se a remessa dos autos ao TST. (CC 7134, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 12.6.2003, DJ 15.8.2003).

Ajuizada a ADC 48 visando a declaração de constitucionalidade da Lei n. 11.442/2007, houve a reunião dessa ação com a ADI 3941, proposta pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) e pela Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT), por meio da qual se impugna a constitucionalidade do art. 5º, *caput* e parágrafo único, e do art. 18, ambos da Lei n. 11.442/2007, para o julgamento conjunto. Segue transcrita a decisão do julgamento:

> Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente o pedido formulado na ação declaratória de constitucionalidade, a fim de reconhecer a constitucionalidade da Lei n. 11.442/2007 e firmou a seguinte tese: '**1 - A Lei n. 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2 - O prazo prescricional estabelecido no art. 18 da Lei n. 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art. 7º, XXIX, CF. 3 - Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei n. 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista**', nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Rosa Weber. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica no início da sessão, o Ministro Celso de Mello (art. 2º, § 5º, da Res. 642/2019). Plenário, Sessão Virtual de 3.4.2020 a 14.4.2020. (Grifo ausente no original).

Com o referido julgamento, intérpretes do direito, em especial da seara trabalhista, não viram grande alteração jurisprudencial decorrente da decisão, haja vista que o próprio STF já havia reconhecido a

possibilidade de terceirização de atividade meio e de atividade fim, ao apreciar o Tema 725 da repercussão geral e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324, fixando a tese:

> É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Da mesma forma, a configuração de relação comercial de natureza civil quando preenchidos os requisitos dispostos na Lei n. 11.442/2007, com o afastamento do vínculo trabalhista, foi interpretada como manutenção da jurisprudência majoritária atual, ou seja, sem prejuízo de o trabalhador autônomo, ao alegar a presença dos requisitos da relação empregatícia, ter seu pleito processado e julgado pela Justiça do Trabalho.

Foram então ajuizadas reclamações constitucionais sobre o tema, nas quais se requeria a cassação de decisão proferida na Justiça do Trabalho, sob o argumento de afronta ao julgado do STF na ADC 48, interpretando que neste houve a fixação de competência da Justiça Comum para apreciar as questões baseadas na Lei n. 11.442/2007, mesmo se houvesse o pleito de reconhecimento de vínculo de emprego.

Contudo, causou espanto, ao menos em parte dos intérpretes do direito, a decisão proferida por alguns Ministros da Corte Constitucional, os quais alteraram precedentes e julgaram procedentes tais reclamações[4].

Analisando-se mais detidamente o julgamento proferido na ADC 48, verifica-se que, para se evitar o entendimento conferido pelos Ministros Cármen Lúcia e Alexandre de Moraes nas reclamações citadas, o Ministro Edson Fachin abriu a divergência, proferindo voto julgando improcedente a ADC 48,

> [...] em consequência da procedência do pedido da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.961, em que foi declarada a inconstitucionalidade dos arts. 2º, *caput*; 5º, *caput* e parágrafo único; e 18, da Lei n. 11.442/2007, por afronta ao art. 7º e incisos, e art. 114, I, da Constituição da República.

[4]Reclamação 46.356 RS, Rel. Min. Cármen Lúcia; Reclamação 45.902 SP, Rel. Min. Alexandre de Moraes; Ag. Reg. na Reclamação 43.544, Rel. Min. Rosa Weber.

O Ministro Fachin consignou em seu voto:

> [...] Importante aqui dar destaque ao texto literal da norma que se está a analisar: 'As relações decorrentes do contrato de transporte de cargas de que trata o art. 4º desta Lei são sempre de natureza comercial, não ensejando, em nenhuma hipótese, a caracterização de vínculo de emprego' (art. 5º, *caput*, da Lei n. 11.442/2007). Da leitura do texto normativo aqui em debate é possível extrair-se comando legislativo inequívoco no sentido de conferir às relações que se estabelecem no contexto por ela regulado uma vedação expressa de que se reconheçam vínculos empregatícios e direitos consectários dessa relação.
> Sendo assim, a questão constitucional em debate deve ser solucionada tendo como vetor hermenêutico o princípio da primazia da realidade, ou seja, a compreensão de que todas as partes de uma relação contratual devem agir com boa-fé, em direção à confiança recíproca e igualdade substancial, no que tange aos seus direitos e deveres nessa relação. Em última análise, o princípio da primazia da realidade impõe compromisso e vontade de respeitar a Constituição e, mais especificamente, os direitos fundamentais por ela reconhecidos.
> Isso porque, uma vez verificada a presença dos elementos caracterizadores da relação de emprego impõe-se, em face do princípio da primazia da realidade e da força normativa e vinculante da Constituição, a declaração de inconstitucionalidade da norma legal ora em debate, por afronta ao regime estabelecido pelo artigo 7º da Constituição da República. [...].

No entanto, nada impede que se faça um entendimento constitucional sistemático, a fim de compatibilizar a decisão proferida na ADC 48 com a manutenção da competência constitucional da Justiça do Trabalho - art. 114, I, da CF/1988 - para processar e julgar ações nas quais a causa de pedir e o pedido sejam a presença dos requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT na relação jurídica havida entre as partes, e consequente reconhecimento de vínculo empregatício.

Ademais, assim julgou a Min. Rosa Weber na Reclamação 43.544 MG:

> Decido. 1. A reclamação prevista nos arts. 102, I, 'l' e 103-A, § 3º, ambos da Constituição Federal, é cabível nos casos de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, descumprimento de autoridade de decisão proferida no exercício de controle abstrato de

constitucionalidade ou em controle difuso, desde que, neste último caso, se cuide da mesma relação jurídica e das mesmas partes, ou desobediência à súmula vinculante. 2. Alega-se, na presente reclamação, que o Juízo da 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte/MG determinou, em 15.7.2020, o prosseguimento de feito em que discutida relação decorrente de contrato de transporte de cargas firmado com amparo no art. 4º e 5º da Lei 11.442/2007, em afronta à decisão de mérito proferida na ADC 48, na qual esta Suprema Corte 'declarou constitucional a competência absoluta da Justiça Comum estabelecida no art. 5º da Lei 11.442/2007'. 3. Para melhor elucidação da controvérsia, reproduzo, na fração de interesse, a decisão reclamada, na qual rejeitada a preliminar de incompetência material da Justiça Laboral: 'Por outro lado, recebo-o como mera petição, a qual passo a apreciar. As primeira e segunda reclamadas suscitaram preliminar de incompetência material desta Justiça Laboral, argumentando que o contrato de transporte de carga, firmado pelas partes, possui natureza comercial e não enseja a caracterização de vínculo de emprego, conforme previsto no art. 5º, parágrafo único, da Lei n. 11.442/2007. A Lei n. 11.442/2007 dispõe sobre o Transporte Rodoviário de Cargas - TRC realizado em vias públicas no território nacional, por conta de terceiros e mediante remuneração, mecanismos de sua operação e a responsabilidade do transportador. No parágrafo segundo da referida lei diz que o transporte rodoviário de cargas depende de prévia inscrição do interessado no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas - RNTR-C, *in verbis*: 'A atividade econômica de que trata o art. 1º desta Lei é de natureza comercial, exercida por pessoa física ou jurídica em regime de livre concorrência, e depende de prévia inscrição do interessado em sua exploração no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas - RNTR-C da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, nas seguintes categorias'. No caso concreto, vejo que o reclamante afirma que tinha preenchidos os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT e a decisão do STF na ADC 48 não afasta a análise de possibilidades de fraudes. Assim, uma vez que há pedido de reconhecimento de vínculo, podendo, assim, não ser o caso de caracterização dos requisitos da lei acima referida e que, no caso concreto, não há, pelo menos por ora, sequer prova inequívoca de que o autor possuía inscrição no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas - RNTR-C da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, na condição de Transportador Autônomo de Cargas - TAC, não há como afastar, neste momento pelo menos,

a competência dessa Especializada para análise e julgamento do feito, nos termos do art. 114, I, da Constituição Federal. Afasto, por ora, a preliminar arguida'. 4. No julgamento da ADC 48, o Plenário desta Suprema Corte, em sessão virtual realizada em 14.4.2020, por maioria, reconheceu a constitucionalidade da Lei n. 11.442/2007, que autorizou que empresa transportadora de cargas terceirizasse sua atividade-fim, por meio da contração do transportador autônomo, nos termos da seguinte ementa: [...] 5. Diante do entendimento exarado no referido julgamento, verifica-se afastada a configuração de vínculo de emprego na hipótese de contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de carga, quando preenchidos os requisitos previstos na Lei 11.442/2007. Por sua vez, configurada relação comercial de natureza civil, competente a Justiça Comum para o julgamento da causa. 6. Verifico, porém, não ser esta a hipótese dos autos, consignado pelo juízo reclamado o não preenchimento dos requisitos da Lei 11.442/2007, pois inexistente 'prova inequívoca de que o autor possuía inscrição no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas - RNTR-C da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, na condição de Transportador Autônomo de Cargas - TAC'. 7. **Ademais, cumpre ressaltar que a declaração de constitucionalidade da Lei n. 11.442/2007 não implica presunção de autonomia na prestação dos serviços. Dessa forma, a decisão proferida na ADC 48 não impede o reconhecimento do vínculo trabalhista pela Justiça do Trabalho, quando presentes os elementos caracterizadores da relação empregatícia entre o motorista transportador e seu contratante**. 8. Consoante bem elucidado pelo eminente relator da ação, Ministro Roberto Barroso, no voto condutor do acórdão, 'as categorias profissionais previstas na Lei n. 11.442/2007 convivem com a figura do motorista profissional empregado, prevista art. 235-A e seguintes da CLT'. No esclarecimento do voto, o relator afirmou, ainda, que 'se estiverem presentes os elementos do vínculo trabalhista, não incide a Lei'. 9. Nesse contexto, deduzido, na origem, pedido de reconhecimento de vínculo empregatício e de indenização por acidente automobilístico, à alegação de que presentes os elementos configuradores da relação de emprego (pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação), não diviso existência de afronta ao quanto decidido na ADC 48. 10. Ante o exposto, à míngua de identidade de objeto entre o ato impugnado e a decisão paradigma, a delinear ausência de estrita aderência entre os atos confrontados, forte no

> art. 21, 1º, do RISTF, nego seguimento à reclamação. (Grifo ausente no original).

Afastada a decisão da Ministra Rosa Weber em julgamento proferido em sede de agravo regimental na sessão virtual da Primeira Turma, sob a presidência do Ministro Dias Toffoli, por maioria, com provimento ao recurso de agravo para julgar procedente o pedido, cassando os atos decisórios proferidos na Justiça do Trabalho e determinando a remessa dos autos à Justiça Comum, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Rosa Weber, Relatora, e Marco Aurélio.

2.2 Decisões correlatas à proferida na ADC 48

O fenômeno da pejotização, caracterizado pela fraude à legislação trabalhista visando ao disfarce de relação empregatícia, mediante artifício de constituição de empresa pelo empregado, em regra orientado pelo patrão, é há muito apreciado e combatido pela Justiça do Trabalho, à qual cabe zelar pelo cumprimento das leis celetistas.

Em 28.9.2020, ao apreciar o RE 606003 RS, com repercussão geral reconhecida sob o Tema 550, o STF fixou a seguinte tese, em julgamento por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber:

> Preenchidos os requisitos dispostos na Lei 4.886/65, compete à Justiça Comum o julgamento de processos envolvendo relação jurídica entre representante e representada comerciais, uma vez que não há relação de trabalho entre as partes.

Mais uma vez nota-se que a competência da Justiça do Trabalho quanto às demandas de relação de trabalho, *lato senso*, não foi reconhecida, ainda que se trate de trabalhador que presta serviços de forma autônoma pessoal a tomador de serviço, restringindo-se o alcance do art. 114, I, da CF/1988. Veja-se trecho da ementa:

> [...] 3. Na atividade de representação comercial autônoma, inexiste entre as partes vínculo de emprego ou relação de trabalho, mas relação comercial regida por legislação especial (Lei n. 4.886/65). Por conseguinte, a situação não foi afetada pelas alterações introduzidas pela EC n. 45/2004, que versa sobre hipótese distinta ao tratar da relação de trabalho no art. 114 da Constituição.

> 4. A proteção constitucional ao trabalho não impõe que toda e qualquer relação entre o contratante de um serviço e o seu prestador seja protegida por meio da relação de trabalho (CF/1988, art. 7º). Precedentes. 5. Ademais, os autos tratam de pedido de pagamento de comissões atrasadas. O pedido e a causa de pedir não têm natureza trabalhista, a reforçar a competência do Juízo Comum para o julgamento da demanda. [...]

Poucos meses depois, em 21 de dezembro de 2020 foi julgada procedente a ADC 66, na qual se requeria a declaração de constitucionalidade do art. 129 da Lei n. 11.196/2005. Este artigo assim dispõe:

> Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (BRASIL, 2005).

Segue a ementa do julgamento em análise:

> EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. REGIME JURÍDICO FISCAL E PREVIDENCIÁRIO APLICÁVEL A PESSOAS JURÍDICAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS INTELECTUAIS, INCLUINDO OS DE NATUREZA CIENTÍFICA, ARTÍSTICA E CULTURAL. COMPATIBILIDADE CONSTITUCIONAL. LIVRE INICIATIVA E VALORIZAÇÃO DO TRABALHO. LIBERDADE ECONÔMICA NA DEFINIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. 1. A comprovação da existência de controvérsia judicial prevista no art. 14 da Lei n. 9.868/1999 demanda o cotejo de decisões judiciais antagônicas sobre a validade constitucional na norma legal. Precedentes. 2. É constitucional a norma inscrita no art. 129 da Lei n. 11.196/2005.

Não obstante, é importante atentar-se aos fundamentos da decisão. A Relatora Ministra Cármen Lúcia fez constar ao final de seu voto:

> [...] 14. Tanto não induz, entretanto, a que a opção pela contratação de pessoa jurídica para a prestação de serviços intelectuais descrita no art. 129 da Lei n. 11.196/2005 não se sujeite à avaliação de legalidade e regularidade pela Administração ou pelo Poder Judiciário quando acionado, por inexistirem no ordenamento constitucional garantias ou direitos absolutos.

3 CONCLUSÃO

Como analisado, a jurisprudência do STF vem caminhando para restringir a competência da Justiça do Trabalho, no que se refere ao art. 114, I, da CF/1988, a apenas relação de emprego, tornando inócua a alteração do texto constitucional operada pela EC n. 45/2004 ao excluir a expressão "empregadores" com a finalidade de ampliação da competência da Justiça Federal Especializada Trabalhista.

À Justiça do Trabalho não cabe apreciar as demandas propostas por trabalhadores autônomos de cargas, por representantes comerciais, ainda que ausente o elemento de empresa. Seguindo o mesmo raciocínio, uma faxineira que atue como diarista para determinada família e pretenda demandar o pagamento de diárias de trabalho, em vez de se valer da Justiça do Trabalho deveria ajuizar ação na Justiça Comum, já que não se trata de relação de emprego.

Não obstante, ainda mais grave do que tal restrição é o que se extrai do julgamento das citadas reclamações constitucionais.

É entendimento doutrinário e jurisprudencial sedimentado que a competência se fixa pela causa de pedir e pelo pedido. Dessa forma, sempre coube à Justiça do Trabalho apreciar as lides que versam sobre o reconhecimento de vínculo empregatício; assim como cabe à Justiça Federal decidir se há interesse jurídico que justifique a presença da União, suas autarquias ou empresas públicas, nos termos da Súmula n. 150 do STJ e do art. 45 do Código de Processo Civil (CPC), cabe à Justiça do Trabalho analisar a presença dos requisitos da relação empregatícia, previstos nos arts. 2º e 3º da CLT.

Não se fixa a competência de acordo com os requisitos formais de determinada relação jurídica, desprezando-se a causa de pedir e o pedido formulado na ação.

Não bastasse isso, não houve pronunciamento específico na ADC 48, ou nas demais decisões citadas no presente trabalho, cujos efeitos são vinculantes *erga omnes*, no sentido de afastar da Justiça do Trabalho a competência para apreciar ações cujos pedido e causa de pedir versem sobre reconhecimento de vínculo de emprego.

No caso da ADC 48, evidente que se consignou a competência para o julgamento de ações entre os sujeitos tratados na Lei n. 11.442/2007. Isso não implica concluir que, havendo expressamente alegação de fraude às leis trabalhistas e pedido de reconhecimento de vínculo de emprego o processo deva ser ajuizado na Justiça Comum, para que este Juízo, entendendo pela ausência dos requisitos da Lei n. 11.442/2007 na contratação daquele transportador de cargas, remeta os autos à Justiça do Trabalho.

Ademais, é possível que mesmo ausente o requisito formal previsto na citada lei, a referida relação não seja de emprego. Por vezes, magistrados e tribunais trabalhistas decidiram por afastar o vínculo de emprego porque ausente a subordinação, mesmo nos casos em que o transportador autônomo não estava, por exemplo, inscrito no Registro Nacional de Transportadores Rodoviários de Cargas (RNTR-C) da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Como bem salientou o Ministro Edson Fachin em trecho do voto acima colacionado, deve-se observar o Princípio da Primazia da Realidade.

Lado outro, há casos nos quais estão presentes os requisitos legais formais, contudo há um desvirtuamento da relação jurídica, cujo pressuposto é a autonomia. Para que o magistrado da Justiça Comum aprecie esse tipo de ação, deverá analisar, de forma incidental, a presença de elementos típicos da relação de emprego, em especial a subordinação e a pessoalidade, em uma inversão de atribuições constitucionais jamais vista na jurisprudência brasileira.

Importante decisão foi proferida em 29.6.2022 pelos Ministros da Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho ao apreciarem um recurso de revista que versava sobre a competência da Justiça do Trabalho, revertendo a decisão do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 2ª Região, que declarou a incompetência desta Justiça Especializada com fulcro na decisão vinculante proferida na ADC 48. Segue a ementa da decisão:

> TRANSPORTADOR AUTÔNOMO DE CARGAS. LEI N. 11.442/2007. COMPETÊNCIA. CAUSA DE PEDIR E PEDIDO ORIUNDOS DE ALEGADA RELAÇÃO DE EMPREGO. PERMANÊNCIA DE CONTROVÉRSIA NO STF. PRECEDENTES. ESPAÇO DE PERSUASÃO RACIONAL SUBSISTENTE AOS DEMAIS TRIBUNAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 48/DF, ao declarar a constitucionalidade da Lei n. 11.442/2007, que dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas, firmou tese no sentido de que, 'uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei n. 11.442/2007, estará configurada a relação

comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista' (Tribunal Pleno, DJe 19.5.2020). 2. O respeito aos precedentes é condição necessária - embora não suficiente - à edificação de uma sociedade mais justa (CF, 3º, I) e capaz de promover a pacificação social dos conflitos com segurança jurídica (CF, 5º, XXXVI) e isonomia (CF, 5º, *caput*). Afrontar decisões do STF é erodir o Estado de Direito (CF, 1º, *caput*). O dever de manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente (CPC, 926, § 1º) transcende os lindes de mero regramento interno de disciplina judiciária para desembocar em valor fundamental republicano. 3. Não há como contrariar decisões da Suprema Corte em ADC/ADI. Seus efeitos (i) *erga omnes* (Lei n. 9.868/1999, 28, parágrafo único), (ii) *ex tunc* (Lei n. 9.868/1999, 27, *caput*) e (iii) vinculante (Lei n. 9.868/1999, 28, parágrafo único) impõem-se. 4. Não obstante, quando a interpretação da tese é controvertida perante o próprio STF, existe um *locus* hermenêutico a ser colmatado pelos tribunais até que a questão esteja pacificada. 5. 'Apesar de a Lei 11.442/07 haver sido declarada constitucional, subsiste a competência da Justiça do Trabalho para o reconhecimento da existência de relação de emprego, tendo em vista o princípio da realidade, nos termos do art. 114 da CRFB' (Rcl 50624 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 093 de 16.5.2022). 6. O STF tem entendimento sólido de que 'a competência é definida ante as causas de pedir e o pedido da ação proposta' (STF, HC 110038, Relator Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 219, public. 7.11.2014). Dessa maneira, 'tendo como causa de pedir relação jurídica regida pela Consolidação das Leis do Trabalho e pleito de reconhecimento do direito a verbas nela previstas, cabe à Justiça do Trabalho julgá-la' (STF, CC 7950, Relator Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 168, public. 1º.8.2017). 7. O entendimento coaduna-se com a 'teoria da asserção', muito bem sintetizada por Dinamarco: 'Define-se a competência do órgão jurisdicional de acordo com a situação (hipotética) proposta pelo autor. Não importa, por isso, se o demandante postulou adequadamente ou não, se indicou para figurar como réu a pessoa adequada ou não (parte legítima ou ilegítima), se poderia ou deveria ter pedido coisa diferente da que pediu, etc. Questões como esta não influenciam na determinação da competência e, se algum erro dessa ordem houver sido cometido, a consequência jurídica será outra e não a incompetência. Esta afere-se invariavelmente pela natureza do processo concretamente instaurado e pelos elementos da demanda proposta, *in status assertionis*' (Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, 2001, v. I, p. 417-8). 8. Não é demais, também, lembrar a antiga,

> mas sempre atual, lição de que a competência é definida a partir da especialização, uma vez que a Justiça Comum possui competência residual. 9. É difícil conceber a existência de uma Justiça Especializada quase que exclusivamente em um tipo de contrato, mas que não tem competência nem sequer para dizer quando é que se está na presença de tal contrato. Recurso de revista conhecido e provido, para declarar a competência da Justiça do Trabalho e, em consequência, determinar o retorno dos autos à Vara do Trabalho de origem, para que prossiga no exame dos pedidos, como entender de direito.

Os fundamentos apontados pelos nobres ministros do TST vêm ao encontro do exposto no presente trabalho, demonstrando que a questão não está pacificada, pois não foi abordada em decisão vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Conclui-se, por toda a explanação, incabíveis as reclamações constitucionais contra as decisões da Justiça do Trabalho que apreciam ações cujo pleito seja o reconhecimento de vínculo de emprego.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. **DOU**, Brasília, 22 nov. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/L11196compilado.htm.

BRASIL. Lei n. 11.442, de 5 de janeiro de 2007. Dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei n. 6.813, de 10 de julho de 1980. **DOU**, Brasília, 8 jan. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11442.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisão monocrática CC 2017/0088565-5. Suscitante: Juízo da 1ª Vara do Trabalho de Pouso Alegre/MG. Suscitado: Juízo de Direito de Extrema/MG. Rel. Min. Marco Buzzi. **DJ**, Brasília, 26 jun. 2017a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 48 DF. Rel. Min. Roberto Barroso. **DJe**, Brasília, 19 maio 2020b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADC 66 DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. **DJe**, Brasília, 10 jun. 2020c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3395 DF. Rel. Min. Cezar Peluso. **DJe**, Brasília, 3 fev. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 492 DF. Rel. Min. Carlos Velloso. **DJ**, Brasília, 12 mar. 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. Rcl. 43.544 MG. Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma. **DJe**, Brasília, 3 mar. 2021a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. CC 7134. Rel. Min. Gilmar Mendes. **DJ**, Brasília, 15 ago. 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Jurisdição 6959-6. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. **DJU**, Brasília, 22 fev. 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática Rcl. 43544 MG. Rel. Min. Rosa Weber. **DJe**, Brasília, 2 out. 2020a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática Rcl. 45902 SP. Rel. Min. Alexandre de Moraes. **DJe**, Brasília, 22 fev. 2021c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática Rcl. 46.356 RS. Rel. Min. Cármen Lúcia. **DJe**, Brasília, 23 mar. 2021b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RG RE 606003 RS. Rel. Min. Marco Aurélio. **DJe**, Brasília, 18 jun. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 22. **DOU**, Brasília, 11 dez. 2009. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula771/false.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 3612140-05.2008.5.09.0003. Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, 1ª Turma. **DEJT**, Brasília, 11 fev. 2011.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 1102-50.2014.5.09.0015. Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, 2ª Turma. **DEJT**, Brasília, 22 set. 2017b.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 182-84.2014.5.03.0034. Rel. Min. Breno Medeiros, 5ª Turma. **DEJT**, Brasília, 17 ago. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 516-67.2012.5.04.0291. Rel. Des. Convocado João Pedro Silvestrin, 8ª Turma. **DEJT**, Brasília, 30 maio 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito processual do trabalho**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

O COMPLEXO DE ARGOS: os limites da prova digital de geolocalização

THE ARGOS COMPLEX: the limits of digital proof of geolocation

JANON, Renato da Fonseca*

Quis custodiet ipsos custodes?
Quem vigiará os vigilantes?
(Juvenal, Sátira, Livro VI, versos 346-348).

Resumo: A produção indiscriminada da prova digital de geolocalização, quando não observados os requisitos da imprescindibilidade e da proporcionalidade, será manifestamente inconstitucional, inconvencional e ilegal. Inconstitucional por violar o art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal. Inconvencional por estar em desacordo com o art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos. E ilegal por colidir com o art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) - Lei n. 13.709/2018 - e com o art. 22 do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014). Precedentes do Direito Comparado. Tribunal Constitucional de Portugal. Tribunal de Relação do Porto. Tribunal Constitucional da Alemanha. Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha. Suprema Corte da Áustria. Tribunal Supremo da Espanha. A proliferação de decisões judiciais que quebram o sigilo telemático pode vir a normalizar e até mesmo a oficializar uma Sociedade de Vigilância, transformando a internet em um gigantesco panóptico digital que, à semelhança do exemplo de Foucault, controla a tudo e a todos o tempo inteiro, como se fôssemos prisioneiros de uma cela invisível. Nessa sociedade de vigilância, ninguém teria mais qualquer privacidade ou intimidade, e seríamos todos condenados a uma superexposição da nossa vida particular.

*Juiz do Trabalho e Mestrando em Ciências do Trabalho e Relações Laborais no Instituto Universitário de Lisboa.

Palavras-chave: Prova digital. Constituição Federal. Convenção Americana de Direitos Humanos. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Marco Civil da Internet.

Abstract: The indiscriminate production of digital proof of geolocation, when the requirements of indispensability and proportionality are not observed, will be manifestly unconstitutional, unconventional and illegal. Unconstitutional for violating art. 5, items X and XII, of the Brazilian Federal Constitution. Unconventional for being in disagreement with art. 11 of the American Convention on Human Rights. It is illegal because it conflicts with art. 6 of the General Personal Data Protection Law (GDPL) - Law 13.709/2018 - and article 22 of the Civil Rights Framework for the Internet (Law 12.965/2014). Precedents of Comparative Law. Constitutional Court of Portugal. Court of Appeal of Porto. German Constitutional Court. Federal Labor Court of Germany. Supreme Court of Austria. Supreme Court of Spain. The proliferation of judicial decisions that break telematic secrecy may continue to normalize and even formalize a Surveillance Society, transforming the internet into a gigantic digital panopticon which, like Foucault's example, controls everything and everyone full time, as if we were prisoners of an invisible cell. In this surveillance society, no one would have any privacy or intimacy anymore, and we would all be condemned to an overexposure of our private lives.

Keywords: Digital proof. Brazilian Federal Constitution. American Convention on Human Rights. General Personal Data Protection Law. Civil Rights Framework for the Internet.

A revolução cibernética, resultante dos avanços na área da tecnologia da informação, fez com que, nos últimos anos, aumentassem, de forma exponencial, os requerimentos para a produção de provas digitais em todas as áreas do Direito. No âmbito do Processo do Trabalho, vem ganhando especial destaque a proliferação de pedidos para a quebra do sigilo telemático dos trabalhadores e expedição de ofícios a operadoras de telefonia, provedores e empresas responsáveis pela administração das redes sociais, a fim de se extraírem os dados de geolocalização, principalmente com o intuito de se obter uma prova sobre a jornada de trabalho que, supostamente, seria mais fidedigna do que a prova documental e/ou a prova testemunhal.

Não se ignora que, em casos específicos, a prova digital pode ser útil e até necessária para o esclarecimento do fato controvertido, sobretudo naquelas hipóteses em que estiverem demonstrados os requisitos da proporcionalidade e da imprescindibilidade, ou seja, quando não

houver outra forma, menos invasiva, de se investigar a verdade factual e quando a relevância do bem jurídico que se pretende tutelar for de tal ordem que justifique, excepcionalmente, a relativização do direito constitucional à privacidade. Contudo, o que temos visto, com frequência, é a banalização e o uso indiscriminado desse meio de prova, ignorando-se as restrições constitucionais e legais, assim como o perigo de se permitir a invasão da vida privada dos indivíduos, sobretudo quando é o próprio Poder Judiciário a autorizar uma medida de exceção típica de uma "sociedade da vigilância", na qual todos são vigiados o tempo inteiro por um panóptico digital. Tentaremos, a seguir, expor, ainda que de forma resumida, algumas das razões para que tenhamos cautela e parcimônia no emprego desse meio de prova.

O primeiro - e principal - argumento é que a medida será **inconstitucional**, por violação do art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal (CF/1988), se não houver uma justificativa que demonstre, de forma clara e inequívoca, que a extração dos dados de geolocalização é imprescindível para a tutela de um bem jurídico que se revele mais relevante do que a proteção do direito fundamental à privacidade.

O segundo ponto é que também será **inconvencional** por contrariar o art. 11 da Convenção Americana de Direitos Humanos. O terceiro é que será manifestamente **ilegal** por afrontar o art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) - Lei n. 13.709/2018 - e o art. 22 do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014).

O quarto ponto é que a quebra do sigilo telemático será **desproporcional** se ficar demonstrado que os litigantes detinham outros meios de prova menos invasivos e igualmente eficientes para eles comprovarem suas alegações, sem precisar atentar contra o direito fundamental à privacidade. Por exemplo, no caso da jornada de trabalho, a prova pode ser feita por documentos e testemunhas, sendo que a lei estabelece que, nos estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores, é obrigação do empregador manter registros de ponto fidedignos, nos termos do art. 74, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O quinto argumento é o de que a experiência internacional revela que os dados de geolocalização também estão sujeitos a diversos erros e a imprecisões, de modo que não se pode nem mesmo dizer que seria uma prova mais confiável ou mais precisa. Logo, salvo circunstâncias excepcionais, as quais precisam ser devidamente justificadas, não há adequação, necessidade nem razoabilidade no requerimento de quebra do sigilo telemático para se comprovar a jornada de trabalho cumprida por um trabalhador, uma vez que até mesmo a **confiabilidade** das informações é bastante questionável, conforme veremos a seguir quando analisarmos o precedente do Tribunal Superior Ocidental da Dinamarca (*Vestre Landsret*), o qual determinou a libertação de 32 (trinta e dois) presos

e a suspensão da utilização de dados de geolocalização em um processo criminal porque apresentavam erros relevantes que poderiam comprometer a integridade do julgamento.

O sexto argumento, mas não menos importante, é que, ao restringir o direito fundamental à privacidade, o Poder Judiciário pode estar contribuindo para normalizar ou até oficializar a chamada "**sociedade de vigilância**" (Foucault), na qual todos são vigiados o tempo inteiro e a esfera íntima de cada indivíduo se sujeita ao escrutínio público, abrindo caminho para o autoritarismo e o abuso de poder. A diferença é que, agora, o panóptico seria digital e a prisão pode ser o telefone celular ou a tela do computador. Daí se falar em **complexo de Argos**, em referência a Argos Panoptes, o gigante que, segundo a mitologia grega, tinha o corpo coberto por olhos para que nunca deixasse de vigiar, vendo a tudo e a todos o tempo inteiro.

Na sequência, tentaremos desenvolver esses argumentos de forma mais analítica, inclusive com o auxílio do direito comparado, sem, contudo, jamais ter a pretensão de exaurir a matéria e sempre respeitando todas as divergências.

De início, é de bom alvitre lembrar que a inviolabilidade dos dados de geolocalização, assim como ocorre com o sigilo telemático e com as comunicações telefônicas, também é a regra no ordenamento constitucional, constituindo direito fundamental previsto no art. 5º da Carta Magna:

> [...] XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; [...] (BRASIL, 1988).

Ademais, sendo o processo uma relação dialética, a prova digital não pode servir de pretexto para o Poder Judiciário suprir a lacuna da prova documental e da prova testemunhal que devem ser produzidas pelos litigantes, dentro das regras do devido processo legal, com respeito ao contraditório e à ampla defesa - art. 5º, LIV, da CF/1988.

Em casos semelhantes, a jurisprudência vem entendendo:

> DADOS DE GEOLOCALIZAÇÃO. REQUISIÇÃO. OFENSA AO DIREITO AO SIGILO TELEMÁTICO E À PRIVACIDADE. Embora a prova digital da geolocalização possa ser admitida em determinados casos, ofende direito líquido e certo ao sigilo telemático e à privacidade a decisão que determina a requisição de

dados sobre horários, lugares, posições da impetrante, durante largo período de tempo, vinte e quatro horas por dia, com o objetivo de suprir prova da jornada, a qual deveria ser trazida aos autos pela empresa. Inteligência dos incisos X e XII do art. 5º da CR. (TRT 3 - MS 0011155-59.2021.5.03.0000, Relator Marco Antonio Paulinelli Carvalho, julgamento 27.10.2021, 1ª SDI, publicação 4.11.2021).

MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILOS TELEFÔNICO E TELEMÁTICO. GARANTIA INDIVIDUAL PREVISTA NO INCISO XII DO ART. 5º DA CF. QUEBRA DOS SIGILOS PELO JUÍZO TRABALHISTA. ABUSO DE PODER. VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. LIMITE À JURISDIÇÃO TRABALHISTA. DESRESPEITO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. A quebra de sigilos telefônico e telemático por Juízo trabalhista em sede de ação trabalhista configura abuso de poder e ofensa ao direito líquido e certo insculpido no inciso XII do art. 5º da CF c/c art. 1º da Lei n. 9.296/1996. Afronta ao princípio da legalidade previsto no inciso II do art. 5º da CF. A quebra dos sigilos telefônico e telemático somente é possível para apuração de infração penal. Por corolário lógico somente o Juízo investido de jurisdição criminal poderá decretar a quebra de sigilo telefônico e telemático, pois somente este oficia em processo penal e exerce o controle de legalidade em sede de inquérito policial. (TRT 2 - MS 1002600-63.2021.5.02.0000, Relator Marcelo Freire Gonçalves, julgamento 28.9.2021, DEJT 30.9.2021).

AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO DOS DADOS DE LOCALIZAÇÃO DA IMPETRANTE, BEM COMO REQUISIÇÃO DE RELATÓRIOS COM GEOLOCALIZAÇÃO DAS CHAMADAS E MENSAGENS *SMS* REFERENTES ÀS CONTAS DE TELEFONIA MÓVEL. DEFERIMENTO DA LIMINAR EM FAVOR DA TRABALHADORA. MANUTENÇÃO. O Agravante não oferece novos elementos jurídicos hábeis a ensejar juízo de retratação. Na hipótese, os aspectos apontados na Decisão agravada mostram a plausibilidade do direito alegado pela Impetrante e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, justificadores do acerto na concessão da liminar perseguida pela Autora. Os dados colhidos no caderno processual estão a indicar que o ato apontado coator viola frontalmente direitos e garantias fundamentais constitucionais da Impetrante, notadamente os valores caros à dignidade e à cidadania que visam proteger a intimidade e a vida privada das pessoas, além dos

dados pessoais telemáticos sigilosos (artigo 5º, X e XII, da Lei Maior). Nada há a reformar, portanto. Agravo Regimental ao qual se nega provimento. (TRT 6 - AgRT 0000219-54.2022.5.06.0000, Redatora Eneida Melo Correia de Araujo, julgamento 2.5.2022, 1ª SDI, assinatura 3.5.2022).

MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETAÇÃO DE QUEBRA DE SIGILOS TELEFÔNICO E TELEMÁTICO PARA FORNECIMENTO DE DADOS E DE REGISTROS DE GEOLOCALIZAÇÃO DO IMPETRANTE PARA FINS DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ILEGALIDADE. Padece de ilegalidade a decisão judicial que decretou a quebra de sigilos do impetrante e determinou a requisição às operadoras de telefonia e aos provedores de internet o fornecimento de dados e de registros telefônicos e telemáticos, relativos a determinado período. Embora os direitos e as garantias fundamentais não possuam caráter absoluto, a decretação de quebra de sigilos, na amplitude com que foi determinada pela autoridade coatora, configurou violação do direito à intimidade e da garantia de inviolabilidade da comunicação, de patamar constitucional (CF, art. 5º, incisos X e XII). Constatado que a quebra de sigilos ocorreu após ter sido produzida prova documental e depois de terem sido colhidos depoimentos das partes e de quatro testemunhas, que tratam da matéria controvertida. Ponderado que, conquanto o magistrado detenha poderes instrutórios (CLT, art. 765), os quais também não possuem caráter definitivo, as diligências que, de ofício, foram determinadas não estão adequadas às circunstâncias fáticas do caso concreto, pois há substrato fático com base no qual a controvérsia pode ser solucionada, prevendo o ordenamento jurídico critérios de julgamento para casos em que a prova não esclarece suficientemente as alegações das partes (CLT, art. 818; CPC, art. 373). Reconhecido que o ato judicial atacado revela-se desproporcional, não tendo sido sopesados os bens jurídicos colidentes e protegidos pela norma constitucional. A possibilidade de dirimir a questão controvertida e de influenciar na formação do convencimento do magistrado são fatores que, frente ao conjunto probatório já coligido ao feito principal, não justificam o afastamento de direitos e garantias fundamentais do impetrante. Particularidades deste caso concreto a demonstrar que a decretação de quebra de sigilos telefônico e telemático do impetrante para obtenção de dados de geolocalização para fins de instrução processual não foi medida necessária, adequada nem proporcional. Presente, ainda, o comprometimento da garantia à razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII), sobretudo em razão da grande quantidade

> de informações requisitadas e da dificuldade no tratamento delas. Segurança concedida. (TRT 4 - MSCIV 00223813420215040000, Relatora Angela Rosi Almeida Chapper, julgamento 22.3.2022, 1ª SDI).

Outrossim, a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos - CADH (Pacto de São José da Costa Rica)** também dispõe acerca do respeito à inviolabilidade da vida privada, familiar, do domicílio e da correspondência. Nesse sentido:

> Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade.
> 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
> 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
> 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. (BRASIL, 1992).

Não se está, aqui, a dizer que esse meio de prova será sempre ilícito ou desproporcional. Nem se poderia fazê-lo, porque, afinal, o próprio ordenamento jurídico brasileiro contém normas expressas que autorizam a desconsideração do sigilo telemático em circunstâncias excepcionais. No entanto, essa mesma legislação é bastante clara ao ressaltar que a medida, sempre extraordinária, somente pode ser deferida em caso de necessidade incontornável, devidamente justificada, ou seja, somente quando não houver outro meio de prova disponível para o esclarecimento do fato controvertido, conforme se extrai da exegese do art. 6º da Lei n. 13.709/2018 - Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) -, em especial do inciso III.

Por sua vez, o art. 22 do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) condiciona a prova digital de "registros de conexão ou registros de acesso a aplicações de internet" à existência de "fundados indícios da ocorrência do ilícito". Vejamos:

> Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.
> Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

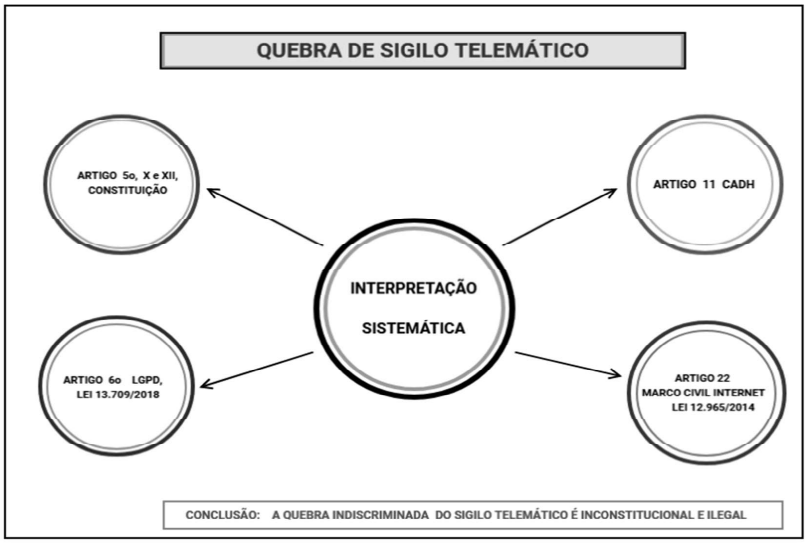
> **I - fundados indícios da ocorrência do ilícito**;
> II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e
> III - período ao qual se referem os registros. (BRASIL, 2014).

Como se percebe da simples leitura da Lei n. 12.965/2014, os requisitos elencados no art. 22 do Marco Civil da Internet são pressupostos cumulativos. Pergunta-se: em uma controvérsia sobre a jornada de trabalho, qual "ato ilícito" um trabalhador teria cometido a ponto de justificar o pedido de quebra do seu sigilo telemático e se devassar a sua privacidade? Ter ingressado com uma reclamatória trabalhista pedindo o pagamento de horas extras? Portanto, é fácil perceber que, se não houver "fundados indícios" de que o trabalhador tenha praticado algum "ato ilícito", não estará presente um dos requisitos legais indispensáveis para se quebrar o seu sigilo telemático.

No mesmo diapasão converge o art. 6º da Lei n. 13.709/2018 (LGPD), ao elencar, em seu inciso III, dentre os princípios para o tratamento de informações de caráter pessoal, o princípio da "necessidade", o qual corresponde ao dever de:

> [...] limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; [...] (BRASIL, 2018).

Quadro 1



Não fosse o bastante, a "prova digital" de geolocalização também será manifestamente **desproporcional** sempre que a parte dispuser de outros meios de prova mais simples e menos invasivos para comprovar suas alegações - por exemplo, no caso da jornada de trabalho cumprida pelo trabalhador, a controvérsia pode ser dirimida por depoimentos pessoais, oitiva de testemunhas e juntada de controles de ponto fidedignos. Assim, se existem outros meios de prova legítimos à disposição da parte, nada justifica invadir a privacidade do indivíduo e violentar o seu direito fundamental ao sigilo telemático. Segundo a Teoria dos Direitos Fundamentais, reelaborada por Robert Alexy, o Princípio da Proporcionalidade ou da Razoabilidade, que também deve ser aplicado no âmbito do direito processual, apresenta três pressupostos: **adequação, necessidade e proporcionalidade** em sentido estrito, vedando-se tanto o excesso quanto a insuficiência de proteção.

Em outras palavras, estamos falando da aplicação da Lei do Balanceamento proposta por **Robert Alexy** para fazermos o adequado sopesamento dos direitos fundamentais em confronto. De forma simplificada, a Lei do Balanceamento é estruturada pela via da ponderação de três dimensões sucessivas e complementares da aplicação do sistema jurídico a um caso concreto, a saber:

> (a) adequação ou sub-princípio da idoneidade, estando a exigir que toda a restrição aos direitos (notadamente aos fundamentais) seja idônea para o atendimento de um fim constitucionalmente legítimo, além do que os meios empregados devem ser instrumentalmente adequados para alcançar o fim almejado;
> (b) necessidade (ou sub-princípio da indispensabilidade, do meio menos restritivo, do direito à menor desvantagem possível), no sentido de que dentre as várias medidas restritivas de direitos igualmente aptas para atingir o fim perseguido, a Constituição impõe que o legislador opte por aquela menos lesiva para os direitos envolvidos (certa proibição de excesso);
> (c) proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de que uma restrição aos direitos é constitucional se pode ser justificada pela relevância da satisfação do princípio cuja implementação é buscada por meio da intervenção. (ALEXY, 2000, p. 112).

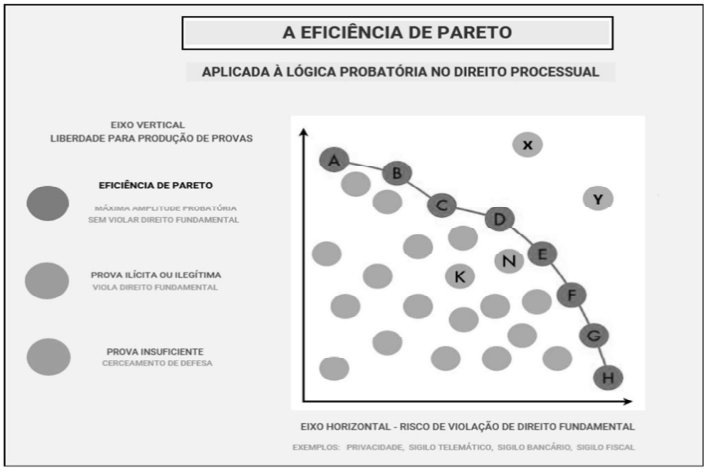
Destarte, é necessário avaliar, em cada caso concreto, se a quebra do sigilo telemático requerida pela parte é proporcional e razoável, ou seja, se há outras formas do litigante produzir as provas que entende necessárias sem violentar o direito constitucional do cidadão à sua privacidade. Releva notar que a doutrina alemã faz um paralelo entre o

princípio jurídico da proporcionalidade e o conceito matemático de **Ótimo de Pareto**. Eficiência ou **Ótimo de Pareto** é um conceito desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto, que define um estado de alocação de recursos no qual é impossível realocá-los de outra forma tal que a situação de qualquer participante seja melhorada sem piorar a situação individual de outro participante. *Vide*, a propósito, a lição de Robert Alexy em sua versão original:

> The object of the first two sub-principles, the sub-principle of suitability and necessity, is optimization relative to the factual possibilities. In this respect, they are concerned with the question of whether the factual possibilities allow for the avoidance of costs to constitutional rights without bringing about costs contrary to the aims of the legislator. The issue, in other words, is Pareto-optimality. (ALEXY, 2010, p. 10).[1]

Assim, adaptando esse paradigma da proporcionalidade para a delimitação das provas a serem produzidas em um processo judicial, podemos dizer que, no direito processual, o **Ótimo de Pareto** corresponde àquele ponto no qual se garante a cada um dos litigantes a mais extensa amplitude probatória possível sem, contudo, desrespeitar os direitos fundamentais da parte contrária. Essa seria a fronteira intransponível, a linha que não deve ser cruzada nem mesmo pelo Judiciário.

Quadro 2



[1]Em língua portuguesa: "O objeto dos dois primeiros subprincípios, o subprincípio da adequação e o da necessidade, é a otimização relativa às possibilidades factuais. A este respeito, preocupam-se com a questão de saber se as possibilidades factuais permitem evitar custos para os direitos constitucionais sem implicar custos contrários aos objetivos do legislador. A questão, em outras palavras, é a otimização de Pareto".

No gráfico acima fica mais fácil visualizar que, quanto menor for o risco de violação de um direito fundamental protegido por norma constitucional, maior será a liberdade para a produção de uma determinada prova requerida pela parte. Por outro lado, quanto maior for o risco de violação de um direito fundamental, menor será a liberdade para a produção da prova pretendida. O Ótimo de Pareto ou a Eficiência de Pareto corresponde àqueles pontos nos quais é garantida a cada um dos litigantes a mais extensa amplitude probatória possível sem, contudo, violar os direitos fundamentais da parte contrária. Assim, no exemplo acima, os pontos de "A" a "H" correspondem à Eficiência de Pareto, a qual permite assegurar aos contendedores a mais ampla liberdade para a produção de provas sem desrespeitar direitos fundamentais, de modo que não se poderia falar em nulidade por cerceamento de defesa (prova insuficiente) nem por ofensa à garantia constitucional (prova excessiva ou ilícita).

Os pontos "K" e "N" representam hipóteses nas quais houve cerceamento de defesa, uma vez que seria possível produzir a prova negada pelo Juízo sem ofender direito fundamental da parte contrária. De outro lado, os pontos "X" e "Y" representam hipóteses nas quais a prova é nula porque excessiva ou ilícita, na medida em que viola um direito fundamental assegurado pela Constituição Federal. Esses conceitos matemáticos, ainda que como metáfora, ajudam a compreender a aplicação prática do princípio da proporcionalidade no campo da lógica probatória.

No âmbito do **Supremo Tribunal Federal (STF)**, nos autos do Mandado de Segurança MS 38061 MC/DF, com julgamento em 12.7.2021, assim pondera o Ministro Ricardo Lewandowsky, especificamente sobre a utilização de prova digital:

> O tratamento de dados pessoais sensíveis deve ser precedido de cautelas maiores, uma vez que eventual publicização desses tipos de dados pode trazer consequências mais gravosas aos direitos e liberdades de seus titulares. Nesse contexto, o art. 11, II, d, dispõe que o tratamento de dados pessoais sensíveis poderá ocorrer nas hipóteses em que for indispensável para o exercício regular de direitos, inclusive em processo judicial, administrativo e arbitral. A referida lei, embora não se dirija especificamente à disciplina das atividades de investigação, trouxe no art. 4º, § 1º, que tais medidas devem ser 'proporcionais e estritamente necessárias ao atendimento do interesse público'.

Portanto, o Supremo Tribunal Federal ressalta que o requisito da proporcionalidade é decisivo quando se trata de provas digitais, não se podendo deferi-las quando há outros meios de prova que não violem

o direito à privacidade. Na fundamentação da decisão proferida no MS 38061 MC/DF, o Ministro Ricardo Lewandowsky pondera:

> A quebra de sigilo de dados de geolocalização é objeto de debate no RE 1.301.250 RG/RJ, de relatoria da Ministra Rosa Weber, que teve repercussão geral reconhecida (tema 1.148) em 7.6.2021, o qual ainda não foi submetido a julgamento. Assim, a constitucionalidade das medidas discriminadas nos itens b.1, b.4 e b.5, no tocante às localizações determinadas, ainda se encontram sujeitas ao escrutínio definitivo desta Suprema Corte, afigurando-se, portanto, prematura, por enquanto, qualquer decisão nesse sentido, ao menos à vista dos dados que integram os presentes autos. Sob outro vértice, registro, como já assentei em decisões anteriores (*v. g.*, MS 37.963 MC/DF; MS 37.970 MC/DF; MS 37.978 MC/DF, e MS 38.043 MC/DF), minha preocupação com a quebra do sigilo telemático e a consequente exposição de informações e imagens que digam respeito à vida privada de terceiras pessoas e dos próprios impetrantes, razão pela qual advirto que os dados e informações concernentes a estas deverão permanecer sob rigoroso sigilo, sendo peremptoriamente vedada a sua utilização ou divulgação para qualquer fim.

E o Ministro conclui:

> [...] Ante o exposto, defiro em parte o pedido liminar, para permitir o acesso aos dados do impetrante, determinado pela CPI da Covid, com as ressalvas acima declinadas quanto ao trato dos documentos confidenciais, bem como à proteção de elementos de natureza eminentemente privada, estranhos ao objeto da investigação, concernentes ao impetrante ou a terceiras pessoas, os quais deverão permanecer cobertos por rigoroso sigilo, sob as penas da lei. **Suspendo**, contudo, as medidas discriminadas nos itens b.1, b.4 e b.5 do Requerimento 1.037/2021, **quanto aos dados de geolocalização**. (STF MS 38061 DF 0057683-71.2021.1.00.0000, Relator Ricardo Lewandowski, julgamento 12.7.2021, publicação 13.7.2021).

Portanto, nem mesmo uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI), a despeito de toda a sua importância, pode fazer uma devassa indiscriminada na vida particular dos investigados, por mais graves que sejam as denúncias, sendo que, ao suspender a análise de dados de geolocalização, o Ministro do STF reconheceu que essas são informações sensíveis e protegidas pelo direito fundamental à privacidade.

O direito à privacidade reflete o "direito a estar só" ou o direito "à introspecção" (*right to be let alone*, do direito norte-americano), e de acordo com Celso Lafer é:

> [...] o direito do indivíduo de estar só e a possibilidade que deve ter toda pessoa de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ela só se refere, e que diz respeito ao seu modo de ser no âmbito da vida privada. (LAFER *apud* AGUIAR JR., 2003, p. 108).

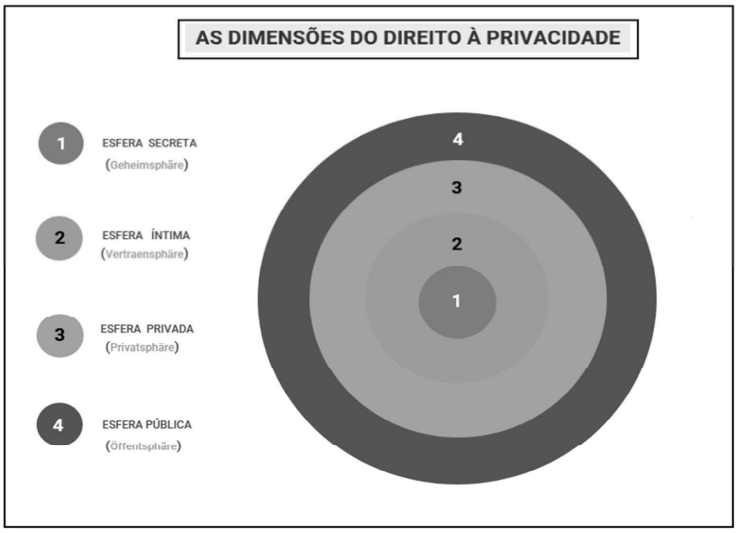
Para desenvolver melhor o conceito de "direito à privacidade", a jurisprudência brasileira tem recorrido à doutrina alemã da denominada "Teoria das Esferas" ou "Teoria dos Círculos Concêntricos", segundo a qual, ressalvando o que é de domínio público, a esfera da "vida privada" é a mais ampla e se refere a fatos que o indivíduo deseja preservar do conhecimento de terceiros que não fazem parte do seu convívio social, mas que são do conhecimento de todos que com ele convivem. A esfera da "vida íntima" ou "confidencial" abrange os fatos que o indivíduo reserva para as pessoas que são de sua estrita confiança, tais como familiares e amigos próximos, excluindo o público em geral. Por fim, a esfera da "vida secreta" é a mais restrita, compreendendo os assuntos que o indivíduo quer guardar somente para si ou, no máximo, para o seu núcleo familiar mais próximo (FARIAS, 2000) (citado no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, STJ REsp 1929433 PR 2021/0088667-8, Relatora Ministra Nancy Andrighi, publicação DJe 30.8.2021).

Deveras, a doutrina germânica, para explicar as diversas dimensões do direito à privacidade, elaborou a teoria dos quatro círculos concêntricos, diferenciando o público, o privado, o íntimo e o secreto. O círculo mais externo, de maior diâmetro, é a esfera pública, abrangendo fatos e comportamentos que são de conhecimento de todos. O segundo círculo representa a esfera da vida privada (*Privatsphäre*), e corresponde às atitudes que o sujeito deseja excluir do conhecimento público, de modo a preservar sua imagem, seus hábitos e costumes. Dentro da "vida privada" estaria inserido o terceiro círculo, qual seja, o da confidencialidade ou o da intimidade (*Vertraensphäre* ou *Vertralichkeissphäre*). As questões desse terceiro círculo somente são partilhadas com aquelas pessoas em quem o indivíduo deposita estrita confiança, excluindo terceiros em geral e aqueles que não pertencem ao ciclo da vida íntima e familiar.

Dentro desse terceiro círculo da intimidade estariam, por exemplo, a sua situação financeira e a sua vida conjugal. Por fim, o menor e o mais interno dos quatro círculos é o do segredo ou da "vida secreta" (*Geheimsphäre*). São questões cujo conteúdo o indivíduo não deseja dividir com pessoa alguma, reservando-as para si ou compartilhando, no máximo, com seu núcleo familiar mais próximo.

Segundo a "Teoria das Esferas Concêntricas", o Estado não deve avançar nesses círculos interiores sem que exista um motivo muito relevante, o qual justifique relativizar o direito à privacidade do indivíduo, como, por exemplo, no caso de uma investigação criminal sobre um delito grave, que atente contra a ordem pública ou que coloque outras pessoas em risco. E a invasão dessas esferas da privacidade deve ser sempre proporcional e gradativa, avançando-se somente até onde for estritamente necessário, e mesmo assim, desde que não existam outras formas de se obter a prova sobre o fato controvertido que é objeto da investigação.

Quadro 3



No **Direito Comparado**, encontramos na Constituição Espanhola, em seu art. 18.4, a determinação expressa de que:

> [...] 4. A lei deve restringir o uso da informática, a fim de proteger a honra e a privacidade pessoal e familiar dos cidadãos e o pleno exercício dos seus direitos. (ESPANHA, 2020a, p. 41).

Por sua vez, o art. 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estabelece:

> Protecção de dados pessoais
> 1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
> 2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da

> pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.
> 3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente. (UNIÃO EUROPEIA, 2020).

O **Tribunal Constitucional de Portugal**, no julgamento que conduziu ao Acórdão n. 268/2022, de 19.4.2022, declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas contidas nos arts. 4º, 6º e 9º da Lei n. 32/2008, de 17.7.2008, conhecida como Lei de Metadados, estatuto que estabelece as condições para o armazenamento e o compartilhamento de dados telemáticos sensíveis. Merece especial destaque a fundamentação do voto conjunto dos Conselheiros Afonso Patrão, Maria da Assunção Raimundo e Mariana Canotilho:

> [...] consideramos que as normas dos artigos 4º e 6º da Lei n. 32/2008, 17 de julho, materializam também uma restrição desproporcionada do direito à inviolabilidade das comunicações, consagrado nos n. 1 e 4 do artigo 34º da Constituição, ao determinarem a conservação generalizada dos dados de tráfego gerados pelas comunicações entre pessoas (ou sua tentativa).
> A garantia de inviolabilidade das comunicações, que vincula as entidades privadas (cfr. Acórdão n. 464/2019), dirige-se à proteção de uma esfera de privacidade e de sigilo no específico domínio das comunicações interpessoais. A Constituição consagra uma garantia constitucional autónoma face àquela que já decorreria do n. 1 do artigo 26º da Constituição; uma **defesa constitucional independente quanto à proteção das comunicações**, com um regime de inviolabilidade mais intenso e cujas exceções são constitucionalmente determinadas. E que abrange não apenas o **conteúdo** da comunicação como os dados de tráfego gerados a seu propósito (Acórdão n. 403/2015).
> Nessa medida, ainda que se considerasse que a agressão ao direito à inviolabilidade das comunicações pudesse ser incluída no âmbito da '**matéria de processo criminal**', tendo especialmente em conta que se procede a uma ingerência nas comunicações entre pessoas que não estão, sequer remotamente, ligadas a qualquer processo criminal, consideramos que deveria ter sido mobilizado como parâmetro do juízo positivo de inconstitucionalidade o direito consagrado nos n. 1 e 4 do artigo 34º da Constituição. (PORTUGAL, 2022a).

A Lei n. 32/2008 regula a:

> [...] conservação e a transmissão dos dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e a pessoas coletivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado, para fins de investigação, detecção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes, transpondo para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva n. 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações [...]. (PORTUGAL, 2008).

O art. 4º elencava as categorias de dados a conservar pelos fornecedores de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de uma rede pública de comunicações. O art. 6º prescrevia a obrigação da sua conservação pelo período de um ano, a contar da data da conclusão da comunicação. Por sua vez, o art. 9º estabelecia as condições para a transmissão de dados armazenados ao Ministério Público ou à autoridade de polícia criminal competente.

Portanto, os "metadados" abrangem, dentre outros, os dados de geolocalização, pois, como sublinha o Tribunal Constitucional de Portugal no Acórdão 268/2022, "os dados referidos no artigo 4º não abrangem o conteúdo das comunicações, dizendo respeito somente às suas circunstâncias - razão pela qual são usualmente designados por 'metadados' (ou dados sobre dados)", que comportam, segundo categorização feita pelo próprio Tribunal,

> [...] 'dados de base' e 'dados de tráfego'. Os 'dados de base' referem-se à conexão à rede, independentemente de qualquer comunicação, permitindo a identificação do utilizador de certo equipamento - nome, morada, número de telefone [...] Já os 'dados de tráfego' são definidos como 'os dados funcionais necessários ao estabelecimento de uma ligação ou comunicação e os dados gerados pela utilização da rede (por exemplo, localização do utilizador, localização do destinatário, duração da utilização, data e hora, frequência)' (Acórdão n. 403/2015); 'Constituem, pois, elementos já inerentes à própria comunicação, na medida em que permitem identificar, em tempo real ou *a posteriori*, os utilizadores, o relacionamento direto entre uns e outros através da rede, a localização, a frequência, a data, hora e a duração da comunicação, devem participar das

> garantias a que está submetida a utilização do serviço, especialmente tudo quanto respeite ao sigilo das comunicações' (Acórdão n. 486/2009, reproduzindo os Pareceres n. 16/94 e 21/2000 do Conselho Consultivo da PGR). (PORTUGAL, 2022a).

Em suma, como pondera Maribel González Pascual, ao analisar o acórdão do Tribunal Constitucional, referindo-se aos dados contemplados na Diretiva n. 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março, está a se falar sobre:

> [...] dados relativos às comunicações, que permitem identificar nas comunicações telefônicas e eletrônicas o utilizador do serviço, o destinatário da comunicação, bem como outras circunstâncias básicas da comunicação. Os dados em causa, entre outros, eram os números de telefone ou o *IP* do aparelho emissor e receptor, nome e morada dos utilizadores, data, hora do começo e fim da chamada, dados que identificassem geograficamente o aparelho emissor, tanto nos aparelhos fixos e móveis, bem como o tipo de comunicação (telefone, fixo ou telemóvel, o serviço de Internet utilizado). De maneira que se excluía expressamente o conteúdo da comunicação, mas se incluíam praticamente todas as circunstâncias que a rodearam [...]. (*apud* PORTUGAL, 2022b).

Trata-se de precedente vinculante, com força obrigatória geral em todo o ordenamento jurídico português, tanto que, na sequência, em julgamento realizado no dia 7.9.2022, o **Tribunal de Relação do Porto** confirmou a decisão do Juiz de Instrução Criminal do Porto que havia indeferido o requerimento do Ministério Público para a obtenção de dados de tráfego telefônico com o objetivo de instruir um processo penal, invocando o Acórdão do Tribunal Constitucional n. 268/2022 (TRP, Relator José Antonio Rodrigues da Cunha, Processo n. 877/22.9JAPRT-A. P1, Matéria: Dados de Tráfego e Localização. Inconstitucionalidade. Interpretação conforme o Direito Europeu).

O **Trib. Constitucional da Alemanha** (*Bundesverfassungsgericht*, ou BVerfG), no célebre julgamento proferido em 27.2.2008 (BVerfG, 27.2.2008, BVerfG 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07), ao decidir sobre os limites das investigações *on-line* (*Online-Durchsuchung*) e da consequente alteração do código de processo penal, em seu § 100b StPO, em 2017, concluiu pela existência do direito à privacidade digital e à autodeterminação informativa, reconhecendo o "Direito fundamental da garantia da confidencialidade e integridade dos sistemas de tecnologia

da informação" (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme)*. Destacamos os trechos mais relevantes:

> 1. O direito geral da personalidade (artigo 2º, n. 1, em conjugação com o artigo 1º, n. 1, da Lei Básica) compreende o direito básico de garantir a confidencialidade e integridade dos sistemas informáticos. (BverfG).
> 2. A infiltração clandestina de um sistema informático, através do qual seja possível monitorizar a utilização do sistema e ler os seus suportes, só é constitucionalmente admissível se houver indícios reais de um perigo concreto para um bem jurídico vital. De suma importância são o corpo, a vida e a liberdade da pessoa ou dos bens do público em geral, cuja ameaça afeta os fundamentos ou a existência do Estado ou os fundamentos da existência humana.
> A medida pode ser justificada se ainda não puder ser determinado com probabilidade suficiente que o perigo ocorrerá em um futuro próximo, desde que certos fatos apontem para um perigo iminente para o ativo jurídico extremamente importante de certas pessoas em um caso individual. (BverfG).
> [...] 5. Se o estado percebe conteúdo de comunicação publicamente disponível na Internet ou participa de processos de comunicação acessíveis ao público, isso não interfere nos direitos fundamentais. (BverfG).
> 6. Se o estado adquire conhecimento do conteúdo da comunicação pela Internet na forma tecnicamente pretendida, isso só infringe o artigo 10, § 1º, da Lei Básica se a autoridade estadual não estiver autorizada a tomar conhecimento dele pelos envolvidos na comunicação.
> 7. O direito geral da personalidade em sua forma especial como um direito fundamental para garantir a confidencialidade e integridade dos sistemas de tecnologia da informação se soma às outras concretizações deste direito fundamental, como o direito à autodeterminação informacional, bem como às garantias de liberdade do art. 10 e art. 13 GG, na medida em que estes não proporcionem proteção alguma ou insuficiente.
> [...] 10. O direito fundamental de garantir a integridade e confidencialidade dos sistemas informáticos aplica-se se a autorização de intervenção abranger sistemas que, isoladamente ou nas suas redes técnicas, possam conter dados pessoais do interessado em certa medida e de forma diversa que permite o acesso ao sistema para obter uma visão das partes essenciais da vida de uma pessoa ou mesmo para obter uma imagem significativa de sua personalidade.

> [...] 12. A proteção dos direitos fundamentais inclui tanto os dados armazenados na memória principal como os dados armazenados temporária ou permanentemente nos meios de armazenamento do sistema. Inclui também a recolha de dados através de meios que são tecnicamente independentes das operações de processamento de dados do sistema de TI em questão, mas que têm por objeto essas operações de processamento de dados.
> 13. A proteção da expectativa de confidencialidade e integridade sob os direitos fundamentais existe independentemente de o acesso ao sistema de tecnologia da informação ser fácil ou somente possível com um esforço considerável.
> 14. O direito fundamental de garantir a confidencialidade e integridade dos sistemas de tecnologia da informação não é ilimitado. As intervenções podem ser justificadas tanto para fins preventivos quanto para processos criminais.
> [...] 18. A autorização legal para uma medida de vigilância que possa afetar a área núcleo da vida privada deve assegurar, tanto quanto possível, que os dados relativos à área núcleo não sejam coletados. Se for praticamente inevitável - como é o caso com o acesso secreto a um sistema de tecnologia da informação - tomar nota das informações antes que sua referência de área central possa ser avaliada, a proteção adequada deve ser fornecida na fase de avaliação. Em particular, os dados que foram encontrados e coletados e relacionados à área central devem ser excluídos imediatamente e seu uso excluído. [...] (ALEMANHA, 2008).

A propósito, no âmbito específico do Direito do Trabalho, na **Alemanha**, o monitoramento por geolocalização durante a jornada laboral somente é possível com conhecimento prévio dos empregados e com aquiescência do Conselho de Trabalhadores da empresa, conforme se extrai da Seção 87 (1), n. 6, da *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG) - "Lei da Constituição do Trabalho":

> (1) O conselho de trabalhadores tem o direito de codeterminação nas seguintes matérias, desde que não sejam prescritas por legislação ou acordo coletivo:
> 1. questões relativas às regras de funcionamento do estabelecimento e à conduta dos trabalhadores no estabelecimento;
> 2. o início e o término do horário de trabalho diário incluindo pausas e a distribuição do horário de trabalho pelos dias da semana;
> 3. qualquer redução ou extensão temporária das horas normalmente trabalhadas no estabelecimento;

> 4. a hora, o local e a forma de pagamento da remuneração;
> 5. o estabelecimento de princípios gerais para o regime de férias e a preparação do calendário de férias, bem como a fixação da hora em que as férias devem ser gozadas pelos trabalhadores individuais, se não for alcançado um acordo entre o empregador e os trabalhadores em causa;
> 6. a introdução e o uso de dispositivos técnicos destinados a monitorar o comportamento ou desempenho dos funcionários; [...] (ALEMANHA, 2021).

No acórdão proferido no processo BAG 2 AZR 681/16, prolatado em 27.7.2017, o **Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha** (*Bundesarbeitsgericht*), ao considerar ilegal o uso de um *software* "*keylogger*" por um empregador, ressaltou que o direito à privacidade dos trabalhadores abrange o sigilo telemático e o direito fundamental à "autodeterminação informativa", não se podendo fazer monitoramento sem o conhecimento prévio da pessoa monitorada e sem a autorização do Conselho de Empregados da Empresa. Destaco trecho da fundamentação:

> [...] A proibição de apresentar material ou de usar evidências devido a uma violação das disposições do artigo 2º, § 1º, em conjunto com o artigo 1º, item n. 1, da Lei Fundamental (A Constituição Alemã) - ver também o artigo 8º, n. 1, da CEDH (a Convenção Europeia dos Direitos Humanos) - pode surgir em processos judiciais do trabalho da necessidade de uma interpretação constitucional do direito processual - por exemplo, do § 138, n. 3, § 286, § 331, § 1º, frase 1, do ZPO (o Código de Processo Civil Alemão).
> Devido à vinculação aos direitos fundamentais relevantes de acordo com o Estado de Direito (BVerfG 13 de fevereiro de 2007 - 1 BvR 421/05 - Rn. 93, BVerfGE 117, 202), o Tribunal deve examinar se o uso de dados pessoais obtidos secretamente e do conhecimento resultante desses dados é compatível com os direitos pessoais gerais da pessoa em questão (BAG 29 de junho de 2017 - 2 AZR 597/16 - Rn. 21; 20 de outubro de 2016 - 2 AZR 395/15 - Rn. 18; 22 de setembro de 2016 - 2 AZR 848/15 - Rn. 2 3, BAGE 156, 370; BGH 15 de maio de 2013 - XII ZB 107/08 - Rn. 21). Além da esfera privada e íntima e sua forma especial como o direito à própria imagem, o direito básico também protege o direito à autodeterminação informativa, o que garante o direito de decidir sobre a divulgação e utilização de dados pessoais.

> Precedentes: BVerfG 11 de março de 2008 - 1 BvR 2074/05 *et al.* - Rn. 67, BVerfGE 120, 378; 23 de fevereiro de 2007 - 1 BvR 2368/06 - Rn. 37, BVerfGK 10, 330; 15 de dezembro de 1983 - 1 BvR 209/83 e outros - sobre C II 1 a das razões, BVerfGE 65, 1. (BAG: 2017: 270717.U.2AZR681.16.0). (ALEMANHA, 2017).

Na **Áustria**, o ordenamento jurídico também consagra, expressamente, o direito à autodeterminação informativa, o qual inclui o direito de decidir sobre a divulgação e utilização de dados pessoais. No âmbito das relações laborais, o § 96, (1) e (3), da *Arbeitsverfassungsgesetz* (Austrian Labour Constitucional Act ou Constituição das Leis do Trabalho) estabelece que uma das condições para o monitoramento pelo empregador é o expresso "consentimento do conselho de trabalhadores" da empresa, lembrando que, por se tratar de uma exceção ao direito à privacidade, não há a menor dúvida de que a medida está diretamente relacionada com a "dignidade humana".

Vejamos o que diz a Consolidação das Leis do Trabalho da Áustria:

> Medidas que requerem aprovação:
> Seção 96. (1) As seguintes medidas por parte do proprietário da empresa requerem o consentimento do conselho de trabalhadores para serem legalmente eficazes:
> [...] a introdução de medidas de controle e sistemas técnicos de controle dos trabalhadores, desde que essas medidas (sistemas) afetem a dignidade humana; [...] (ÁUSTRIA, 2010).

Tanto é assim que a **Suprema Corte da Áustria, o Tribunal Constitucional** (*Oberster Gerichtshof* ou OGH), com sede em Viena, no julgamento do caso OGH 9 Oba 120/19s concluiu que, se um empregador instalar e usar um sistema de posicionamento *GPS* em veículos da empresa sem um acordo coletivo ou sem um acordo individual que indique o expresso consentimento do empregado, essa conduta pode ensejar uma indenização por danos morais em favor do trabalhador por violação do direito à privacidade. A Corte Superior manteve a decisão do Tribunal Regional de Linz, que condenou o empregador a pagar uma indenização por danos morais ao trabalhador, arbitrada em 2.400 euros (dois mil e quatrocentos euros). Na fundamentação do acórdão, o Supremo Tribunal austríaco se baseou na interpretação sistemática do § 96, (1) e (3), da Constituição do Trabalho da Áustria (*Arbeitsverfassungsgesetz* - ArbVG), no § 18 da Lei de Emprego austríaca (*Angestelltengesetz* - AngG), e no § 10 da

Lei do Ajuste do Contrato de Trabalho (*Arbeits-vertrags-Anpassungsgesetz* - AVRAG)[2].

Percebe-se então que, mesmo no curso do contrato de trabalho, os países que admitem o monitoramento dos trabalhadores por geolocalização estabelecem algumas condições inegociáveis, dentre as quais: o conhecimento prévio, pelo trabalhador, de que estará sendo monitorado durante sua jornada de trabalho; o monitoramento deve ficar restrito aos equipamentos eletrônicos ou veículos fornecidos pelo empregador, sem alcançar equipamentos particulares do empregado, e o monitoramento deve ficar limitado ao período no qual o empregado está trabalhando ou sendo remunerado por se encontrar à disposição do seu empregador. O empregado não pode ser monitorado fora da sua atividade laboral porque o que cada pessoa faz em seus momentos de lazer, em sua esfera particular, é uma questão de foro íntimo, que não deve estar sob a supervisão do empregador nem de qualquer autoridade pública.

Outro ponto a ser considerado, para além do direito à privacidade, é que todo ser humano tem o **direito fundamental à desconexão**. *Vide*, por exemplo, os fundamentos da decisão do Supremo Tribunal da Espanha no julgamento do Processo STS 3017/2020, ECLI: ES:TS:2020:3017, em 15 de setembro de 2020, que admitiu o monitoramento de veículos da empresa por geolocalização, "desde que os empregados sejam avisados da instalação" (ESPANHA, 2020b).

Aliás, na **Espanha**, a *Agencia Española de Protección de Dados* (AEPD) afirma, no Guia de Proteção de Dados nas Relações Laborais, com amparo em várias decisões do Supremo Tribunal espanhol (decisão de 26 de outubro de 2017, Rec. 966/2006; de 6 de outubro de 2011, Rec. 4053/2010, e de 21 de junho de 2012, 5259/2012), que se houver monitoramento telemático para o controle do trabalho, devem ser observadas determinadas condições, além de todas as obrigações do Regulamento Geral Sobre a Proteção de Dados - RGPD (UE 2016/679), tais como:

> - Informar previamente os trabalhadores, de forma expressa, clara e inequívoca, nos termos dos artigos 13º e 14º do RGPD, da existência e das características dos dispositivos ou aplicações de geolocalização.
> - Informar sobre o exercício dos direitos de acesso, retificação, restrição de processamento e rasura que os trabalhadores possuem.
> - O controle da geolocalização deve obedecer ao princípio constitucional da proporcionalidade (idoneidade, necessidade e proporcionalidade).

[2]ÁUSTRIA. Suprema Corte. *Oberster Gerichtshof*. OGH - 9 ObA 120/19s. Acórdão 22 jan. 2020. **FLG**, Viena, 2020. Disponível em: https://gdprhub.eu/index.php?title=OGH_-_9_ObA_120/19s. Acesso em: 24 out. 2022.

> - A geolocalização deve ser utilizada exclusivamente durante o horário de trabalho, tendo em consideração o direito ao desligamento digital e, portanto, permitindo a desativação da localização da aplicação de geolocalização.
> - Da mesma forma, os dados armazenados devem ser mantidos apenas pelo tempo estritamente necessário.
> - Por fim, é importante destacar a conveniência de realizar uma Avaliação de Impacto da Proteção de Dados de todo o processo, a fim de garantir a privacidade e a segurança do tratamento de dados pessoais realizado pela empresa, evitando que possam ser acessados por terceiros. (AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DADOS, 2022).

Na **França,** o empregador que deseja utilizar um dispositivo de geolocalização deve fazer uma declaração à *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), a qual é responsável por garantir que a tecnologia da informação continue a serviço dos cidadãos e não coloque em risco a identidade humana ou viole os direitos humanos, a privacidade ou as liberdades individuais ou públicas. A CNIL também verificará se os princípios relativos à proteção de dados pessoais são respeitados. Uma decisão da Corte de Cassação da França, de 3 de novembro de 2011, aponta que um sistema de monitoramento da atividade dos funcionários, como a geolocalização, não pode ser legalmente utilizado (CA Versailles, 17º ch., 17 de setembro de 2010, n. 09/02316, Messaoudi C / SA Sogeres) pelo empregador para quaisquer outros fins que não os declarados à CNIL, e devem ser levados ao conhecimento dos trabalhadores. Além disso, a geolocalização limita a liberdade pessoal dos funcionários, e isso deve ser justificado, como determina o art. L. 1121-1 do Código do Trabalho francês. De acordo com a Corte de Cassação francesa, não existe tal justificativa para controlar a jornada de trabalho de um empregado que tenha liberdade para organizar seu trabalho. Outrossim, o empregado no caso em questão não tinha sido informado de que o dispositivo seria utilizado para esse fim. O Tribunal decidiu que esse uso ilegal é suficiente para justificar uma notificação pelo empregado de uma violação do contrato de trabalho por parte do empregador (equiparada a despedimento sem justa causa ou, no Brasil, a uma rescisão indireta).

Como se vê, a experiência coligida do Direito Comparado recomenda cautela e parcimônia na quebra de sigilo telemático e, em especial, na extração de dados de geolocalização, sobretudo quando, no contrato de trabalho, não havia autorização prévia do empregado consentindo com esse monitoramento.

Não bastassem os argumentos jurídicos sobre a necessidade de serem preservados os direitos fundamentais à privacidade e à

desconexão, há também uma questão de ordem prática, que consiste na dúvida sobre a precisão dos dados de geolocalização. No atual estágio da evolução tecnológica, a confiabilidade dos dados de geolocalização é apenas relativa, podendo apresentar erros significativos que podem induzir a uma interpretação errônea dos fatos controvertidos. Em outras palavras, para ser bastante claro: **os dados de geolocalização podem conter erros e imprecisões**, de modo que não constituem uma prova definitiva, ou seja, não há como se dizer que essa prova digital seria mais confiável do que a prova testemunhal.

Na página da emissora de televisão **CNN Brasil** encontramos a seguinte publicação:

> [...] A **CNN** obteve acesso a um documento encaminhado pelo Google à Justiça do Rio de Janeiro no âmbito das investigações do caso da morte da vereadora Marielle Franco e do motorista Anderson Gomes, em março de 2018. Nele, a empresa aponta problemas no uso do histórico de localização - justamente a tecnologia usada para produção das informações de auxílio para o novo coronavírus. (RESENDE, 2020).

Mais adiante, a notícia prossegue:

> O Google recorreu de decisões do Tribunal de Justiça do Rio que determinaram à empresa o compartilhamento de dados pedido pelo Ministério Público fluminense. No texto, a empresa alega que '[...] a tecnologia não foi desenvolvida para identificar e levantar informações de usuários a partir de coordenadas geográficas, o que conduz a problemas e podem tornar a produção dos dados requisitados severamente randômica'.
> A companhia também afirma que o monitoramento de pessoas está sujeito a erros, porque a localização de pessoas está sujeita a três tipos de fontes: *wifi*, *GPS*, e torres de telefonia. E que isto pode levar à conclusão de que usuários estejam em um lugar, mas, na realidade, estes estão a uma 'distância considerável'. (RESENDE, 2020).

Conforme notícia referente ao Mandado de Segurança impetrado no Processo 547762-5, perante o Tribunal de Justiça de Pernambuco - TJPE (NPU 0000343-50.2020.8.17.0000), a empresa **Google Brasil Internet Ltda**. argumentou que a ordem judicial que determinou a quebra dos sigilos telemáticos:

> [...] feria o princípio da **proporcionalidade**, pois não se tem garantia de que as informações requisitadas levem aos autores do delito investigado, em razão da imprecisão dos dados. Diversos fatores como meio de conexão, qualidade do sinal, horário e local de captação, a geografia do lugar, o modelo de dispositivo (aparelho celular) 'geram aleatoriedade na coleta dos dados de localização e podem tornar a produção dos dados requisitados severamente randômica', daí que 'podem deixar de indicar usuários que estiveram no local ou mesmo apontar pessoas que não estiveram, com potencial de gerar falsos indícios'.
> Essas circunstâncias retiram a **utilidade** da medida e afastam a **confiabilidade** desse meio de obtenção de prova. Para ser válida, a restrição a um direito fundamental necessita ser capaz de satisfazer o fim a que se destina. É preciso que fique demonstrada a **adequação** da medida de quebra do sigilo informacional à finalidade pretendida. Sustentou que, além de ser apta a produzir os objetivos pretendidos, a medida restritiva tem que estar baseada numa situação de **necessidade**, ou seja, é preciso que fique demonstrada a inexistência de outras medidas menos gravosas e igualmente idôneas à produção do resultado pretendido. Alegou existirem outras medidas alternativas e menos invasivas, capazes de levar à individualização dos suspeitos. Afirmou que o art. 2º da Lei n. 9.296/96 exige, para a quebra de sigilo telefônico e de dados telemáticos, não somente a demonstração de indícios de autoria ou participação da pessoa investigada, mas também de que a prova seja necessária, não havendo outros meios menos invasivos. [...] (REINALDO FILHO, 2020).[3]

Como se vê, quem afirma que os dados de geolocalização não são precisos nem totalmente confiáveis é a **Google Brasil**, uma das maiores empresas de tecnologia do mundo. Mas não fiquemos apenas com a palavra da **Google**. Vejamos outro exemplo eloquente, extraído de um caso que teve ampla repercussão na imprensa internacional: o *Teledata Sagen* (Caso Teledata), que teve início em um alerta da autoridade dinamarquesa de proteção de dados e forçou a revisão de investigações criminais naquele país. Transcrevo notícia do jornal britânico **The Guardian**, de 12 de setembro de 2019, informando que, na **Dinamarca,** o Tribunal Superior Ocidental (*Vestre Landsret*), revendo decisão do Tribunal de Aarhus, na Jutlândia, determinou a suspensão da utilização de dados de

[3]Mandado de Segurança, Processo 0547762-5, NPU 0000343-50.2020.8.17.0000, impetrante Google Brasil Internet Ltda., Relator Desembargador Demócrito Reinaldo Filho.

geolocalização em um processo criminal porque apresentavam erros relevantes, os quais poderiam comprometer a integridade do julgamento:

> A Dinamarca libertou 32 prisioneiros como parte de uma revisão em andamento de 10.700 processos criminais após o surgimento de sérias questões sobre a confiabilidade dos dados de geolocalização obtidos de operadoras de telefonia móvel, informou a mídia local. Quase 40 novos casos foram adiados sob uma moratória de dois meses sobre o uso de registros de telefones celulares em julgamentos, que foi imposta depois que a polícia encontrou várias falhas no *software* que converte dados brutos de antenas de telefone em evidências utilizáveis. Entre os erros que a polícia descobriu está uma tendência de o sistema omitir alguns dados durante o processo de conversão, o que significa que apenas as chamadas selecionadas são registradas e a imagem da localização do telefone está materialmente incompleta. O sistema também vinculou telefones a mastros errados, conectou-os a várias torres ao mesmo tempo, às vezes a centenas de quilômetros de distância, registrou a origem de mensagens de texto incorretamente e errou a localização de torres específicas.
> Tomados em conjunto, os problemas não significam apenas que pessoas inocentes poderiam ter sido colocadas nas cenas do crime, mas que os criminosos poderiam ter sido erroneamente excluídos das investigações, disse Jan Reckendorff, procurador-geral da Dinamarca. 'Este é um problema muito, muito sério', disse ele à emissora estadual DR. 'Simplesmente não podemos viver com a ideia de que informações imprecisas podem mandar pessoas para a prisão'. Ao anunciar a revisão do caso e a moratória no final do mês passado, Reckendorff admitiu que foi uma 'decisão drástica, mas necessária em um estado de direito'. O ministro da justiça dinamarquês, Nick Haekkerup, saudou a decisão, dizendo que a primeira prioridade deve ser sempre evitar erros judiciais. 'Não devemos correr o risco de que pessoas inocentes sejam condenadas', disse ele. (HENLEY, 2019).

Se esses equívocos ocorreram, em larga escala, na **Dinamarca,** um dos mais países mais desenvolvidos do mundo, que está na vanguarda da revolução tecnológica 4.0, como podemos acreditar que os mesmos erros não aconteceriam também no Brasil? Infelizmente, a "prova digital", embora possa ter a sua utilidade para a instrução processual de casos específicos, está sendo apresentada, equivocadamente, em alguns eventos jurídicos, como se fosse uma panaceia para a "busca da verdade real", uma espécie de exame de DNA cibernético, quando, na verdade, é um meio de prova tão falho e impreciso quanto todos os outros.

Não se trata de uma solução universal para todos os processos, mas sim de um instrumento probatório que deve ser utilizado com bastante parcimônia, justificando-se somente quando não resultar em violação do direito fundamental à privacidade e quando não houver outra forma de se esclarecer o fato controvertido.

Na verdade, a supervalorização da prova digital é uma forma de pensamento mágico que, sob o disfarce de uma suposta modernidade, esconde um raciocínio anacrônico, que remonta ao direito medieval: a prova digital seria uma nova "**ordália**" ("o juízo de Deus"), aquela "prova suprema" que contém uma "revelação divina" e que não pode ser contestada. Aliás, embora as ordálias tenham sido usadas com frequência pelos inquisidores da Idade Média - *vide* o Manual do Inquisidor (*Directorium inquisitorum*) e o Martelo das Bruxas (*Malleus Maleficarum)* -, sua origem histórica é ainda mais antiga, remetendo à passagem bíblica sobre as "Águas da Amargura" (Números, 5:27-28) e, antes disso, à segunda lei do Código de Hamurabi e ao Código de Manu, nos primórdios da civilização Hindu.

A diferença é que hoje, em vez de se mergulhar nas correntes do Rio Jordão ou nas águas do Rio Ganges, mergulha-se nas profundezas da internet, na esperança de ali se encontrar uma resposta definitiva para a "iluminação" do processo. Nada mais incompatível com a evolução da ciência jurídica, a qual, desde a Revolução Francesa, em 1789, vem consagrando o primado da racionalidade. Daí o princípio da persuasão racional, conceito que foi, gradativamente, sendo aperfeiçoado no ordenamento jurídico brasileiro, primeiro no art. 118 do Código de Processo Civil (CPC) de 1939, depois no art. 131 do CPC de 1973, até chegarmos ao art. 371 do CPC de 2015. Verifica-se assim que, por vezes, o que se chama de "moderno" nada mais é do que uma nova embalagem para uma velha ideia reciclada, a qual já estava há muito superada e que, agora, ressurge como se fosse uma novidade. Como dizia o poeta Cazuza, "eu vejo o futuro repetir o passado, eu vejo um museu de grandes novidades. O tempo não para".

Mas se é para falar em "modernidade", devemos observar então o que se passa no país onde ficam sediadas as maiores empresas de tecnologia do mundo. Nos **Estados Unidos**, em outro julgamento histórico, a Suprema Corte Norte-Americana (SCOTUS), no caso Carpenter *v.* Estados Unidos (16-402, 585 US, 2018), também se pronunciou no sentido de que o direito individual à privacidade alcança a proteção do sigilo das informações de geolocalização - rastreamento de localização digital pelo local da célula (*CSLI*) e por dados do sistema de posicionamento global (*GPS*), sendo que este não pode ser o único elemento probatório para uma condenação. O Tribunal considerou que há a violação da Quarta Emenda da Constituição dos Estados Unidos em caso de acesso a registros *CSLI*

contendo as localizações físicas de telefones celulares, sem um mandado de busca e apreensão devidamente fundamentado com uma justificativa razoável - lembrando que o caso em questão era de um processo criminal. A decisão se recusou a estender o caso da doutrina tradicional de terceiros - que foi amplamente aplicada quando a maioria dos americanos dependia de telefones fixos em vez de celulares - para cobrir dados históricos de *CSLI*. Reconhecendo a mudança fundamental que a revolução tecnológica do Século 21 causou no comportamento humano, o Tribunal adotou uma visão ampliada dos direitos constitucionais individuais nesse tipo de dados[4].

Todos os exemplos acima transcritos evidenciam que a regra, no Direito Comparado, é restringir o monitoramento por geolocalização aos casos em que ele for imprescindível, sendo que, no caso específico de uma relação trabalhista, deve-se exigir o conhecimento prévio do trabalhador e limitar o monitoramento somente aos instrumentos de trabalho e à cobertura da jornada laboral, sem jamais invadir a vida privada do cidadão. Não se pode, portanto, pensar em quebrar o sigilo telemático para se obter informações de geolocalização de forma retroativa, a fim de obter dados que seriam extraídos sem o consentimento e sem o conhecimento prévio da pessoa monitorada, sobretudo em se tratando de um processo trabalhista, de natureza civil.

Se não bastassem todos esses argumentos jurídicos, há que se considerar, por fim, a dimensão sociológica do Direito: a construção de uma sociedade de vigilância, sem privacidade, é um futuro distópico que se torna cada dia mais próximo. Será esse o mundo no qual queremos viver e deixar para nossos filhos e netos? O pesquisador e advogado Ronaldo Lemos, em entrevista à **BBC Brasil**, adverte que:

> [...] a banalização de quebra de sigilo na internet pode levar a uma 'sociedade de vigilância'.
> [...] Mais decisões como essa (da Justiça brasileira) [quebra de sigilo telemático] poderiam ter consequência desastrosa para a internet e para os cidadãos brasileiros.
> [...] Caso haja uma banalização crescente do sigilo na internet, podemos estar caminhando, aos poucos, de decisão em decisão, rumo a uma perigosa sociedade de vigilância, em que as pessoas estarão expostas ao controle do que fazem *online*, e isso é inadmissível. [...] (PUFF, 2016).

[4]ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte Norte-Americana (SCOTUS). Caso Carpenter *v.* Estados Unidos, n. 16-402, 585 US 2018. Acórdão. **JSC**, Washington, 22 jun. 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-402_h315.pdf.

A advertência do professor Ronaldo Lemos chama a atenção para o perigo de o Poder Judiciário autorizar a quebra do sigilo telemático dos cidadãos, de forma indiscriminada, permitindo uma verdadeira devassa na vida particular dos indivíduos. Lemos mostra como essa onda de decisões judiciais invasivas pode ter um efeito catastrófico, mesmo que os juízes estejam imbuídos das melhores intenções. Primeiro, porque o que mantém uma sociedade coesa e unida é a confiança recíproca e a confiança de que o Estado irá respeitar os direitos individuais. A confiança é uma cláusula inalienável do contrato social em um Estado Democrático de Direito. Logo, o Judiciário, enquanto Estado-Juiz, não pode abusar da confiança depositada pelos cidadãos quando acessaram a rede mundial de computadores crentes de que estariam protegidos pelo direito fundamental à privacidade. Se o indivíduo não cometeu nenhum crime, ele deve ter sua intimidade protegida a qualquer custo. Segundo, porque os juízes, em um regime democrático, devem tomar o cuidado de não criarem precedentes que depois possam ser usados como pretextos para perseguições individuais em um regime autoritário, hipótese que, por mais que tenhamos evoluído, nunca pode ser totalmente descartada, considerando a turbulenta história da América Latina nos últimos quinhentos anos. Nada agrada mais aos regimes totalitários do que ter o controle absoluto sobre a vida das pessoas. Já dizia George Orwell, em **1984**: "Big Brother is watching you" ("O Grande Irmão está observando você").

Afinal, se as decisões judiciais que quebram sigilo telemático continuarem se multiplicando de forma exponencial, estaremos, em breve, em uma **sociedade de vigilância**, transformando a internet em um gigantesco **panóptico digital**, que, à semelhança do exemplo de Foucault, controla a tudo e a todos o tempo inteiro, como se fôssemos prisioneiros de uma cela invisível vigiada por um carcereiro onisciente, que sabe cada clique que damos ao acessar um equipamento conectado à Grande Rede. Nessa sociedade de vigilância, ninguém teria mais qualquer privacidade ou intimidade, e seríamos todos condenados a uma superexposição da nossa vida particular.

O "*Panapticon*" é o modelo de um edifício arquitetônico idealizado por Jeremy Bentham, por meio do qual se poderia vigiar e controlar as ações de todos os presos em uma penitenciária. Foucault, em sua obra **Vigiar e Punir**, assim descreve o panóptico:

> O Panóptico de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia, uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo

> às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar [...]. (FOUCAULT, 1999, p. 223).

Essa é a ideia central do panoptismo: controle absoluto. O poder panóptico se basearia na vigilância irrestrita, o que tornaria possível manter a ordem e a disciplina de todos os indivíduos, sem que estes soubessem quem os observava ou quando estavam sendo observados. A visão daqueles que são vigiados é obstruída, ou seja, eles habitam em um território no qual podem ser vistos, mas nada podem ver.

E mais grave do que uma sociedade de vigilância (conceito elaborado por Bentham e Foucault) é a **sociedade de controle**, definida por Deleuze como sendo aquela na qual os indivíduos estão tão adestrados para obedecer que se subordinam, de forma voluntária, à disciplina autoritária que lhes é imposta, na medida em que não têm sequer consciência da privação da sua liberdade. É a "servidão voluntária", da qual falava Étienne de La Boétie. Impossível não fazer um paralelo com os "termos de adesão" ou com a "concordância" que o usuário é obrigado a manifestar para poder utilizar as redes sociais na internet ou os aplicativos de *smartphone*.

Para Gilles Deleuze,

> As sociedades disciplinares são aquilo que estamos deixando pra trás, o que já não somos. Estamos entrando nas sociedades de controles, que funcionam não mais por confinamento, mas por controle contínuo e comunicação instantânea. (DELEUZE, 1992, p. 216).

Nas palavras de Michael Hardt,

> A passagem da sociedade disciplinar à sociedade de controle se caracteriza, inicialmente, pelo desmoronamento dos muros que definiam as instituições. Haverá, portanto, cada vez menos distinções entre o dentro e o fora. (HARDT, 2000).

A negação do direito à "privacidade", consequência da vigilância algorítmica, é o primeiro passo para a transformação de uma sociedade de vigilância em uma sociedade de controle.

Na Era do Dataísmo, na qual toda a nossa vida se encontra exposta em redes sociais e em banco de dados facilmente capturados por ferramentas de *Big Data*, merece especial atenção a advertência do filósofo sul-coreano Byung-Chul Han, em sua obra **No enxame: reflexões sobre**

o digital, quando discorre sobre a "sociedade de vigilância digital". O último capítulo desse livro intitula-se "Psicopolítica". Na última página, podemos ler:

> Sendo assim, o psicopoder é mais eficaz do que o biopoder, uma vez que não é de fora, mas de dentro, que vigia, controla e age sobre os seres humanos. A psicopolítica digital apodera-se do comportamento social das massas, uma vez que se baseia na sua lógica inconsciente. A sociedade de vigilância digital, com o acesso ao inconsciente e aos futuros comportamentos sociais de massa, adquire traços totalitários. Submete-nos à programação e ao controle psicopolíticos. A era biopolítica ficou para atrás. Hoje avançamos rumo à era da psicopolítica digital. (HAN, 2016, p. 92).

Byung-Chul Han argumenta que a potencialidade de processar e agenciar as informações aportadas pelo celular, pelos aplicativos, pelas redes sociais, pelos bancos, pelos *GPS*, pelas câmeras de vigilância, pelos aparelhos conectados à internet, pelos satélites, pelos *drones* etc., converte o panóptico de Bentham em um jogo de crianças. Fazer isso em tempo real com populações inteiras ou com segmentos de populações também é uma possibilidade que supera os dispositivos da biopolítica descritos por Foucault. O *Big Data* não registra apenas características e movimentos associados aos corpos e seus ciclos vitais (biopolítica), ele registra e processa imagens, sons, falas, hábitos, discursos, sentimentos, desejos, impulsos, pulsões, devaneios etc.

A capacidade de desvendar correlações a partir dessa heterogeneidade de informações é o que Han denomina de inconsciente digital (HAN, 2015, p. 72-74). Por meio delas o inconsciente digital revela padrões de comportamento e reações que os próprios agentes ignoram. O potencial para manipular os sujeitos usando esse conhecimento inaugura a passagem da biopolítica à psicopolítica. Daí Domecq indagar, com base nas reflexões de Han:

> Será o *Big Data* realmente capaz não só de vigiar o comportamento humano, mas também de o submeter a um controle psicopolítico?
> [...] o *Big Data* decreta o fim da vontade livre, da privacidade, do segredo e da autonomia. É uma máquina de transparência que oculta suas próprias regras. (DOMECQ, 2020).

Daí se dizer que a sociedade pós-moderna, refém da hiperconexão, sofre do **complexo de Argos**, em referência à mitologia grega.

Argos, ou "aquele tudo vê", seria um gigante cujo corpo era coberto por cem olhos. Ele foi criado pela deusa Hera para ser o vigilante do Olimpo. Enquanto o guardião dormia, metade dos olhos se fechava e descansava enquanto a outra metade vigiava. Certa vez, para acalmar o gigante e escapar de sua vigilância, Hermes tocou uma melodia tão linda com sua lira que todos os olhos se fecharam. Uma vez que Argus Panoptes estava dormindo, Hermes cortou sua cabeça para impedi-lo de reviver e informar Hera (Juno) sobre o que ocorreu. Hera (Juno), para homenagear a morte de seu guardião favorito, colocou os olhos de Argus Panoptes na cauda de seu pássaro favorito, o pavão. Quem diria que, mais de dois mil anos depois, a lenda grega acabaria se tornando realidade com a internet se transformando no Argos redivivo, agora com bilhões de olhos espalhados por todo o planeta, vigiando não mais os deuses do Olimpo, mas sim a vida cotidiana de cada um dos nós, pobres mortais condenados à vigilância eterna.

Se o próprio Judiciário chancelar a vigilância algorítmica, permitindo que cada passo da nossa vida particular seja monitorado por ferramentas de geolocalização, a quem poderemos recorrer para a defesa do direito fundamental à privacidade? Como garantir que, tendo acesso a informações sensíveis obtidas com a quebra do sigilo telemático, o empregador ou o próprio Estado não usarão conhecimento privilegiado para constranger ou intimidar o cidadão que teve a sua intimidade devassada?

Quando Alfred Hitchcock dirigiu o seu célebre filme **Janela Indiscreta** (*Rear Window*), em 1954, o mestre do suspense não poderia imaginar que, algumas décadas depois, ninguém precisaria mais de binóculo para fiscalizar a vida alheia, bastando procurar nas redes sociais, nas quais, depois de uma pesquisa de poucos segundos, os algoritmos tornam visível aquilo que as empresas de tecnologia querem que vejamos. O cuidado com a proteção da intimidade deve ser, portanto, redobrado nesse "admirável mundo novo", no qual os especialistas já falam que a tecnologia *5G* permitirá a interface entre os seres humanos e os objetos inanimados (a chamada "internet das coisas"), de modo que serão armazenados dados até sobre o que as pessoas têm na geladeira, sobre a comida que colocam no micro-ondas, sobre o destino dos carros que dirigem ou até mesmo sobre o que assistem na televisão. E muitos vão além, cogitando que, em alguns poucos anos, poderemos conviver em uma dimensão paralela chamada de "**multiverso**", na qual a realidade factual se confundiria com a realidade virtual, permitindo a interação entre as pessoas por meio de avatares ou hologramas (imaginemos o *home office*), de modo que o sigilo de dados telemáticos se tornará cada vez mais importante, não se tratando apenas de uma questão ligada à privacidade, mas também à própria dignidade do ser humano, na medida em que as informações armazenadas na internet se tornarão cada vez mais vitais.

Cuida-se, assim, mais do que um debate jurídico, de uma reflexão sobre o futuro que estamos a construir diante dessa profunda reformulação do nosso modo de vida, tão bem representada na música **Anjos Tronchos**, de Caetano Veloso (2021):

> Uns anjos tronchos do Vale do Silício
> Desses que vivem no escuro em plena luz
> Disseram vai ser virtuoso no vício
> Das telas dos azuis mais do que azuis
> Agora a minha história é um denso algoritmo
> Que vende venda a vendedores reais
> Neurônios meus ganharam novo outro ritmo
> E mais e mais e mais e mais e mais...

Por conseguinte, para além "dos valores jurídicos abstratos", devemos atentar para as "consequências práticas" de cada decisão judicial, como determina o art. 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB). Em corolário, se não forem observados os requisitos da imprescindibilidade e da proporcionalidade, a produção de prova digital de geolocalização, em um processo trabalhista (que não tem natureza penal), além de ser manifestamente inconstitucional, inconvencional e ilegal, também pode constituir um precedente muito perigoso, normalizando a "Sociedade de Vigilância".

Resta-nos, então, mais uma vez refazer a milenar pergunta de Juvenal, ainda sem resposta: "*Quis custodiet ipsos custodes?*" **-** "Quem vigiará os vigilantes?".

REFERÊNCIAS

AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DADOS. Guias. La protección de datos en las relaciones laborales. **AEPD**, Madrid, 2022. Disponível em: https://www.aepd.es/es/guias-y-herramientas/guias.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de (Org.). **Jornada de direito civil**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2003.

ALEMANHA. *Betriebsverfassungsgesetz* (BetrVG). **FLG**, Berlim, 2021. Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_betrvg/index.html.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional. *Bundesverfassungsgericht.* BVerfG 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07. Acórdão 27 fev. 2008. **HRRS**, Hamburgo, n. 160, 2008. Disponível em: https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/bverfg/07/1-bvr-370-07.php. Acesso em: 24 out. 2022.

ALEMANHA. Tribunal Federal do Trabalho. BAG 2 AZR 681/16 BAG: 2017: 270717.U.2AZR681.16.0. Acórdão 27 jul. 2017. **Bundesarbeitsgericht**, Erfurt, 2017. Disponível em: https://www.bundesarbeitsgericht.de/entscheidung/2-azr-681-16/. Acesso em: 24 out. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centros de Estudios Constitucionales, 2000.

ALEXY, Robert. The construction of constitutional rights. **Law & Ethics of Human Rights**, Berkeley, v. 4, I. 1, art. 2, 2010.

ÁUSTRIA. *Arbeitsverfassungsgesetz*. Constituição das Leis do Trabalho. **FLG**, Viena, 2010. Disponível em: https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008329.

ÁUSTRIA. Suprema Corte. *Oberster Gerichtshof.* OGH - 9 ObA 120/19s. Acórdão 22 jan. 2020. **FLG**, Viena, 2020. Disponível em: https://gdprhub.eu/index.php?title=OGH_-_9_ObA_120/19s. Acesso em: 24 out. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

BRASIL. Decreto n. 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. **DOU**, Brasília, 9 nov. 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **DOU**, Brasília, 24 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) (Redação dada pela Lei n. 13.853, de 2019). **DOU**, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 38061 DF, Processo 0057683-71.2021.1.00.0000. Acórdão. Relator Ricardo Lewandowski. **DJe**, Brasília, 13 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Processo SP 0000219-54.2022.5.06.0000. 1ª Seção Especializada em Dissídio Individual. Redatora Eneida Melo Correia de Araujo. **DEJT**, Brasília, 3 maio 2022.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Processo MG 0011155-59.2021.5.03.0000. 1ª Seção de Dissídios Individuais. Relator Marco Antonio Paulinelli Carvalho. **DEJT**, Brasília, 4 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Processo RS MSCIV 00223813420215040000. 1ª Seção de Dissídios Individuais. Relatora Angela Rosi Almeida Chapper. Julgamento em 22 mar. 2022.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Tradução de Peter Pál Pelbart. São Paulo: 34, 1992. Coletânea de entrevistas.

DOMECQ, Martin. Sobre a noção de transparência em Byung-Chul Han e a defesa de nossa desacreditada opacidade. **Griot: Revista de Filosofia**, Amargosa, v. 20, n. 3, p. 342-361, out. 2020.

ESPANHA. **Constituição espanhola**. Tradução de Afonso d´Oliveira Martins e Margarida Salema d´Oliveira M. G. Graça. Madri: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2020a.

ESPANHA. Tribunal Supremo da Espanha. Processo STS 3017/2020, ECLI: ES:TS:2020:3017. Acórdão 15 set. 2020. **CENDOJ**, San Sebastián, 2020b. Disponível em: http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/8adba1406c95ebc3.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte Norte-Americana (SCOTUS). Caso Carpenter *v.* Estados Unidos, n. 16-402, 585 US 2018. Acórdão. **JSC**, Washington, 22 jun. 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-402_h315.pdf.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão. Porto Alegre: Fabris, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

HAN, Byung-Chul. **No enxame**: reflexões sobre o digital. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'Água, 2016.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2015.

HARDT, Michael. A sociedade mundial de controle. *In*: ALLIEZ, E. (Org.). **Gilles Deleuze**: uma vida filosófica. São Paulo: 34, 2000.

HENLEY, Jon. Dinamarca liberta 32 detentos por falhas em evidências de geolocalização telefônica. **The Guardian**, Londres, 12 set. 2019. Disponível em: https://www.theguardian.com/world/2019/sep/12/denmark-frees-32-inmates-over-flawed-geolocation-revelations.

PORTUGAL. Lei n. 32/2008, de 17 de julho. Transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n. 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações. **DRE**, Lisboa, 17 jul. 2008. Disponível em: https://dre.pt/dre/detalhe/lei/32-2008-456812.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Processo n. 268/2022. Acórdão. **DRE**, Lisboa, 3 jun. 2022a. Disponível em: https://dre.pt/dre/detalhe/acordao-tribunal-constitucional/268-2022-184356510. Acesso em: 24 out. 2022.

PORTUGAL. Tribunal de Relação do Porto. Processo n. 877/22.9JAPRT-A.P1. Acórdão. **DRE**, Lisboa, 7 set. 2022b. Disponível em: https://vlex.pt/vid/910508041. Acesso em: 24 out. 2022.

PUFF, Jefferson. "Banalização de quebra de sigilo pode levar a sociedade de vigilância", diz pesquisador. **BBC News Brasil**, São Paulo, 1º mar. 2016. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/03/160301_entrevista_ronaldo_lemos_facebook_jp.

REINALDO FILHO, Demócrito. Limites e requisitos da ordem judicial para quebra de sigilo de dados armazenados por provedor de serviço na internet: desnecessidade de individualização prévia do(s) investigado(s) e do esgotamento de outros meios de prova. **TJPE Notícias**, Pernambuco, 25 maio 2020. Disponível em: https://www.tjpe.jus.br/agencia-de-noticias/-/asset_publisher/ubhL04hQXv5n/content/limites-e-requisitos-da-ordem-judicial-para-quebra-de-sigilo-de-dados-armazenados-por-provedor-de-servico-na-internet-desnecessidade-de-individualizac.

RESENDE, Leandro. À Justiça, Google admitiu que dados de localização não são precisos. **CNN Brasil**, São Paulo, 10 abr. 2020. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/a-justica-google-admitiu-que-dados-de-localizacao-nao-sao-precisos/.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta dos direitos fundamentais da União Europeia**. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2020. Disponível em: https://op.europa.eu/webpub/com/carta-dos-direitos-fundamentais/pt/.

VELOSO, Caetano. Anjos tronchos. *In*: CAETANO VELOSO. **Meu Coco**. Rio de Janeiro, Sony Music Entertainment, 21 out. 2021.

A PROTEÇÃO BRASILEIRA DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: síntese de uma abordagem crítico-construtiva de base principiológica e humanista*

THE BRAZILIAN PROTECTION OF PERSONAL DATA IN LABOR RELATIONS: synthesis of a critical-constructive approach based on principle and humanism

FELICIANO, Guilherme Guimarães**

Resumo: A tutela da privacidade na sociedade de informação deve ser ressignificada, de modo a não mais se limitar apenas à proteção do indivíduo, nas suas esferas concêntricas da vida privada, da intimidade e do segredo, contra intromissões indevidas do Estado e de terceiros. No romper do novo milênio, os dados pessoais se transformam em *commodities* e, porque traduzem atributos personalíssimos da pessoa natural, precisam ser especialmente protegidos, resguardando-se os direitos e liberdades individuais em contextos tão novos quanto desafiadores: o sigilo de comunicações telemáticas, as potencialidades e os riscos da biometria, a integridade do patrimônio e da identidade genética, os vieses discriminatórios de base inumana etc. As novas vulnerabilidades, ademais, ganham expressão e

---

*O presente artigo é uma síntese representativa da tese apresentada à Egrégia Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial do concurso para o cargo de professor titular no Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (Edital FDUSP n. 9/2019).

**Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (15ª Região). Juiz Auxiliar da Vice-Presidência Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (2021-2022). Professor Associado I do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito Penal pela USP. Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de Lisboa. Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Livre-docente em Direito do Trabalho pela USP. Titular da Cadeira n. 53 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Presidente da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Brasil) no biênio 2017-2019.

profundidade quando se somatizam as subalternidades, como se dá nas relações de emprego: os empregados se hipersubordinam, confiando aos empregadores os seus dados pessoais e a eles se sujeitando já não apenas na relação empregado/empregador, mas na relação titular/controlador. No Brasil, especialmente após a promulgação da EC n. 115/2022 e a inserção do direito fundamental à proteção de dados pessoais no rol do art. 5º da Constituição da República, é imperioso reconhecer que a Lei n. 13.709/2018, como estatuto de proteção dos dados pessoais, deve ser interpretada/aplicada a partir de um referencial humanista, assentado em seus fundamentos (art. 2º) e sobretudo em seus princípios (art. 6º), com desdobramentos semânticos que reconheçam o papel instrumental - e não finalístico - das tecnologias.

Palavras-chave: Dados pessoais (Direito do Trabalho). Privacidade (Direito do Trabalho). Lei Geral de Proteção de Dados. Lei n. 13.709/2018. Direito à informação (Direito do Trabalho).

Abstract: The protection of privacy in the information society must be re-signified, so that it is no longer limited to the protection of the individual, in their concentric spheres of private life, intimacy and secrecy, against undue interference by the State and third parties. At the dawn of the new millennium, personal data are transformed into commodities and, because they translate very personal attributes of the natural person, they need to be especially protected, safeguarding individual rights and freedoms in contexts as new as they are challenging: the secrecy of telematic communications, the potentialities and risks of biometrics, the integrity of heritage and genetic identity, discriminatory biases based on inhumanity etc. The new vulnerabilities, moreover, gain expression and depth when subalternities are summed up, as in employment relationships: employees become hypersubordinate, trusting employers with their personal data and subjecting themselves to them no longer only in the employee/employer relationship, but in the owner/controller relationship. In Brazil, especially after the enactment of EC n. 115/2022 and the insertion of the fundamental right to the protection of personal data in the list of art. 5 of the Constitution of the Republic, it is imperative to recognize that Law n. 13.709/2018, as a statute for the protection of personal data, must be interpreted/applied from a humanistic framework, based on its foundations (art. 2) and above all on its principles (art. 6), with semantic developments that recognize the instrumental - and not final - role of technologies.

Keywords: Personal data (Labor Law). Privacy (Labor Law). General Data Protection Law. Law n. 13.709/2018. Right to information (Labour Law).

1 INTRODUÇÃO

Em estrita ordem cronológica, o derradeiro direito fundamental a ser expressamente introduzido no texto da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) foi justamente o direito fundamental à proteção de dados pessoais (art. 5º, LXXIX, na redação da Emenda Constitucional n. 115, de 10.2.2022). E o direito que assim se consagra ao final do primeiro quartel do Século XXI, no bojo de uma das Constituições mais emblemáticas do último quartel do Século XX, talvez seja, dentre todos os do elenco do art. 5º, o que mais fidedignamente espelha o que se deve esperar, no campo dos direitos humanos fundamentais, dos restantes três quarteis desta centúria.

Os palcos técnico-jurídicos do juslaboralismo contemporâneo foram levantados sobre os tablados novecentistas da centralidade do trabalho humano de cariz fordista-taylorista - e, portanto, de uma imagem da realidade cada vez mais distante das formas reais e contratuais do século corrente -, o que torna o desafio dogmático e hermenêutico em torno da proteção de dados pessoais do trabalhador ainda maior. Isso porque a pouca pesquisa consolidada que temos sobre o tratamento de dados pessoais no contexto das relações jurídicas em geral (e das relações de trabalho em especial) não é, em absoluto, animadora. Falemos daquelas. Entre julho de 2020 e julho de 2021, houve um aumento altamente significativo no número e no valor médio das multas aplicadas, na Europa, com base no General Data Protection Regulation (GDPR): o número de violações aumentou em 113,5%, enquanto o número de multas aplicadas teve um incremento de 124,92%. As multas aplicadas à **Amazon** (€ 746 milhões) e ao **WhatsApp** (€ 225 milhões) superaram imensamente o valor daquela que havia sido, até então, a maior multa em quase três anos (aplicada à **Google**, de € 50 milhões). As multas de valores mais elevados foram aplicadas pelas autoridades de Luxemburgo, Irlanda, França, Alemanha, Itália e Reino Unido[1]. Nada obstante, apesar das multas e fiscalizações, os números das vulnerabilidades eram igualmente grandiosos: em abril de 2019, estimava-se que 88% das empresas com mais de um milhão de pastas tinham 100 mil pastas virtuais acessíveis por todos os funcionários; 30% das empresas tinham mais de mil pastas sensíveis abertas a todos; 57% das empresas tinham mais de mil pastas com permissões inconsistentes; apenas 3% das pastas de uma empresa, em média, estavam protegidas; 22% das violações de dados, dois anos antes (em 2017), envolviam o uso de identidades digitais subtraídas; 36% dos

[1]Cf. 20 BIGGEST GDPR fines so far [2019, 2020, 2021 & 2022]. **Data Privacy Manager**, Zagreb, 1º fev. 2022. Disponível em: https://dataprivacymanager.net/5-biggest-gdpr-fines-so-far-2020/. Acesso em: 15 fev. 2022.

dados comprometidos, também em 2017, possuíam conteúdos sensíveis como nome, aniversário e gênero; roteadores e câmeras conectadas compunham 90% dos dispositivos infectados; um ataque cibernético ocorria a cada 39 segundos, e 27% das violações de dados eram causadas por erros humanos[2].

Para fazer frente a esse cipoal infindável de riscos, as administrações e os parlamentos ao redor do mundo passaram a dar a resposta institucional mais óbvia: a **regulação jurídica**. Nesse sentido, examinaremos adiante os principais modelos de regulação disponíveis a um estudo mais atento: o modelo europeu (GDPR), o modelo californiano (California Consumer Privacy Act - CCPA) e o modelo sul-africano (Protection of Personal Information Act - POPIA), para em seguida, a partir desses subsídios, proceder à análise crítica da Lei n. 13.709/2018 - a nossa Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - e, no que couber, da legislação correlata (com particular ênfase para a Lei n. 12.965/2014, do Marco Civil da Internet).

De outra parte, se temos uma legislação geral de boa técnica e qualidade, não se pode negar a sua lacunosidade. A LGPD não contém, em toda a sua extensa redação, o vocábulo "trabalho", como tampouco - aliás, tanto menos - o vocábulo "emprego". Diversamente de sua congênere europeia, a Lei n. 13.709/2018 simplesmente ignorou a hipótese do tratamento de dados sob o pálio da subordinação jurídica própria das relações de emprego; e, de um modo geral, ignorou as especificidades da proteção de dados pessoais em quaisquer espécies de relações de trabalho, algumas das quais são cada vez mais recorrentes nestes tempos de vínculos líquidos. Assim, *e. g.*, estima-se que existiam no Brasil, em 2021, nada menos do que 1,4 milhão de trabalhadores por aplicativos; cinco anos antes, eram apenas 870 mil[3]. Temos, pois, um milhão e meio de pessoas que, na sua atividade laboral - aquela que, a rigor, absorve-os durante a maior parte do tempo em vigília -, compartilham dados de toda ordem (inclusive dados pessoais sensíveis), entre si e com terceiros (consumidores, plataforma etc.), por canais digitais com as mais diversas características. E o fazem, de regra, sem qualquer transparência nas relações em curso. Aliás, repise-se: sem qualquer legislação específica.

Para regular esses aparentes vácuos jurídicos, o Poder Judiciário brasileiro vem sendo instado a se pronunciar, especialmente

[2]Cf. BERTOLLI, Emilia. 56 estatísticas de violação de dados para 2019. **Varonis** (Inside Out Security), New York, 5 abr. 2019. Disponível em: https://www.varonis.com/pt-br/blog/56-estatisticas-de-violacao-de-dados-para-2019. Acesso em: 31 jan. 2021.

[3]Cf. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. 1,4 milhão de entregadores e motoristas no Brasil estão na *Gig economy*. **Notícias Ipea**, Brasília, 7 out. 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/coluna-2/acompanhe-o-ipea/busca-noticias?start=310. Acesso em: 16 fev. 2022.

pelo seu ramo trabalhista (i. e., a Justiça do Trabalho). E aos juízes do Trabalho restarão, em larga medida, as **normas-princípios** do art. 6º da LGPD[4], à falta de normais legais mais minudentes ou flexíveis. Para examinar o respectivo *"modus"*, desenvolve-se o presente estudo. *Voilà.*

2 A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Dimensão constitucional: a Emenda Constitucional n. 115/2022

No panorama constitucional brasileiro, reza o art. 5º, X, da Constituição da República ser direito fundamental dos brasileiros e estrangeiros residentes no país (*rectius*: de todas as **pessoas** sujeitas à ordem jurídico-constitucional brasileira)[5] a **inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem**, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Esse preceito é o que melhor retrata, em todo o texto constitucional vigente, a ideia de *privacy* desdobrada até este ponto, inclusive a partir das contribuições densificadas ao longo dos Séculos XVIII, XIX e XX nas tradições jurídicas anglo-saxônica e romano-germânica.

Em março de 2019, por iniciativa de vinte e nove senadores da República de todo o espectro político nacional, apresentou-se ao Senado a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 17/2019, para acrescentar o inciso XII-A ao art. 5º, e o inciso XXX ao art. 22 da Constituição Federal. Sua finalidade era incluir textualmente, na carta constitucional - e no capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos - "a proteção de dados pessoais entre os direitos fundamentais do cidadão e fixar a competência privativa da União para legislar sobre a matéria". Lia-se, outrossim, na explicação da ementa, sobre a amplitude do direito a se constitucionalizar, que deveria abranger a proteção de dados em quaisquer meios, "inclusive nos meios digitais".

---

[4]Utilizamos neste estudo, para todos os efeitos, o conceito de **princípio** como "**mandado de otimização**" ("*Optmierungsgebot*"), convergindo para a semântica de Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, p. 71-99). Isso vale inclusive para a **proporcionalidade** (*infra*), que também reputamos ser um princípio (*v.*, *e. g.*, FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo**: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do "*due process of law*". São Paulo: LTr, 2016, seção 14.1), conquanto o próprio Alexy não o faça; ou, ao menos, não no mesmo sentido com que opõe normas-princípios e normas-regras, já que prefere utilizar a expressão "*Grundsatz*" (e não "*Prinzip*").

[5]Sobre a necessária interpretação extensiva que se deve aplicar à cabeça do art. 5º da Constituição - mesmo porque a interpretação literal levaria à absurda conclusão de que turistas estrangeiros, porque não residentes no Brasil, não teriam, p. ex., direito à vida ou à propriedade -, cf., por todos, SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 192-ss.

Na justificativa da PEC n. 17/2019 registrava-se, com todo o acerto, que o avanço do estado da técnica e a própria evolução jurídico-dogmática já permitia reconhecer à proteção dos dados pessoais certa "autonomia" em relação à própria tutela da privacidade, inclusive com *status* constitucional, como já haviam feito outros países (Portugal, Chile, Polônia, Estônia). *In verbis*:

> A proteção de dados pessoais é fruto da evolução histórica da própria sociedade internacional: diversos são os países que adotaram leis e regras sobre privacidade e proteção de dados. Isso porque o assunto, cada vez mais, na Era informacional, representa riscos às liberdades e garantias individuais do cidadão.
> O avanço da tecnologia, por um lado, oportuniza racionalização de negócios e da própria atividade econômica: pode gerar empregabilidade, prosperidade e maior qualidade de vida. Por outro lado, se mal utilizada ou se utilizada sem um filtro prévio moral e ético, pode causar prejuízos incomensuráveis aos cidadãos e à própria sociedade, dando margem, inclusive, à concentração de mercados.
> Por isso, países de todo o planeta já visualizaram a importância e imprescindibilidade de se regular juridicamente o tratamento de dados dos cidadãos. É o caso dos membros da União Europeia, que, hoje, já contam com a segunda e moderna versão regulatória sobre o assunto, chamado de Regulamento Geral de Proteção de Dados. O RGPD entrou em vigor em 25 de maio de 2018, gerando um impacto de nível global, sobretudo em face de milhares de empresas que ofertam serviços ao mercado europeu.
> Na América do Sul, países vizinhos como Chile e Argentina, entre outros, já contam com leis próprias de proteção de dados.
> De fato, **a privacidade tem sido o ponto de partida de discussões e regulações dessa natureza, mas já se vislumbra, dadas as suas peculiaridades, uma autonomia valorativa em torno da proteção de dados pessoais, de maneira, inclusive, a merecer tornar-se um direito constitucionalmente assegurado**.
> Foi o caso de Portugal: sua Constituição, adotada em 1976, assegura o direito e a garantia pessoal de utilização da informática, estabelecendo, também, normas específicas de acesso e tratamento de dados pessoais. Algo similar se vê na Estônia, Polônia e, mais recentemente, no Chile, que, em 5 de junho de 2018, editou a **Ley n. 27.096**, constitucionalizando a proteção de dados pessoais.
> Convictos de que **o Brasil necessita muito mais do que uma lei ordinária sobre o assunto, apesar da**

> **envergadura jurídica da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD), propomos a presente mudança à Constituição Federal**. [...] (BRASIL, 2019a) (g. n.).

E assim foi apresentada.

Após breve tramitação, sobreveio a aprovação do Parecer (SF) 45/2019, de relatoria da Senadora Simone Tebet (MDB-RS), na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, em 22 de maio de 2019. À altura, acolheu-se sugestão de redação do Senador Rodrigo Pacheco (PSD-MG), como Emenda de Redação 1-CCJ, apenas para inserir a proteção de dados pessoais no final do inciso XII do art. 5º (e já não em um inciso XII-A)[6]. Abriu-se ainda o texto à consulta pública virtual (com resultado favorável). Do parecer aprovado, referendando vários dos apontamentos feitos acima (notadamente quanto aos escândalos mundiais que animaram o labor legislativo) e aparentemente identificando o direito à proteção de dados como um direito de quarta dimensão (ou "geração"), extrai-se o seguinte excerto:

> [...] Os escândalos envolvendo o vazamento de dados pessoais pelo Facebook, Uber, Netshoes, Banco Inter e lojas C&A, e que atingiram milhares de brasileiros, impulsionaram a aprovação da Lei n. 13.709, de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) - substancialmente influenciada pelo Regulamento Europeu - e posteriormente alterada pela Medida Provisória n. 869/18, atualmente em tramitação no Congresso Nacional. No entanto, apesar de já termos um arcabouço legislativo infraconstitucional com a LGPD e outras normativas esparsas - tais como o Marco Civil da Internet, Código de Defesa do Consumidor, Lei do Cadastro Positivo, Lei de Acesso à Informação, Decreto de Comércio Eletrônico, dentre outros - que dispõem sobre o tratamento dos dados pessoais e representam um caminho sem volta, no sentido de conferir maior proteção ao tratamento de dados pessoais, é necessário prever tal garantia no texto constitucional.

[6]Proposta que, aliás, não prevaleceu, como se verá: no final, optou-se por um derradeiro inciso no art. 5º (LXXIX). Antes disso, realmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) vinha reconhecendo o direito fundamental de proteção dos dados pessoais **no inciso XXII**, implicitamente. *V.*, *e. g.*, STF, ADIs 6.389, 6.390, 6.393, 6.388 e 6.387, Rel. Min. Rosa Weber, TP, j. 7.5.2020. *In verbis*: "MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA N. 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *FUMUS BONI JURIS*. *PERICULUM IN MORA*. DEFERIMENTO. [...]".

> No Brasil, o Constituinte Originário consagrou expressamente o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.
> Todavia, devido à constante evolução dos assuntos ligados à proteção e tratamento dos dados pessoais e à natureza desse tipo de relação em um cenário onde as desigualdades não se situam apenas na relação Estado/particular, mas também entre os próprios particulares, nas relações privadas, se faz imperioso acrescentar, de forma inequívoca, a proteção dos dados pessoais no rol das garantias individuais, ao lado de direitos fundamentais consagrados. Os direitos de quarta dimensão - apesar de não haver consenso na doutrina sobre qual o conteúdo dessa espécie de direito - são aqueles relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo. [...] Desta análise, pode-se afirmar que questões efetivas e atuais como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a proteção dos direitos da personalidade, principalmente a proteção à privacidade e intimidade, o direito ao esquecimento como atributo relativo ao direito da personalidade, trazem à baila a necessidade da proteção dos dados pessoais com enfoque constitucional.
> Nesse sentido, a PEC n. 17, de 2019, recepciona, em âmbito constitucional, o espírito da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que estabeleceu princípios, garantias, deveres e direitos para o uso da internet no País, e que assegurou ao cidadão brasileiro que o acesso à internet é essencial para o exercício da cidadania [...]. Da mesma forma, ampara as disposições trazidas na Lei n. 13.709, de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), que regula o armazenamento e a transmissão de dados pessoais, e estabelece um padrão mínimo de proteção de dados, com o objetivo de proteger a liberdade, a privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. [...] (BRASIL, 2019b).

Por fim, após toda a tramitação bicameral necessária, o texto foi aprovado em sessão plenária do Senado, ainda no ano de 2021 (20 de outubro), com sessenta e quatro votos no primeiro turno e setenta e seis votos no segundo (mas sempre de forma unânime). Meses depois, foi promulgado pelo Presidente do Senado da República e do Congresso Nacional, Senador Rodrigo Pacheco, em 10 de fevereiro de 2022, como **Emenda Constitucional n. 115, de 10 de fevereiro de 2022**. O fato foi amplamente noticiado pela mídia nacional[7], ante a sua relevância e a sua

[7] *V.*, *e. g.*, GARCIA, Gustavo; RESENDE, Sara. Congresso promulga PEC que transforma proteção de dados pessoais em direito fundamental. **G1**, Rio de Janeiro, 10 fev. 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/02/10/congresso-promulga-pec-que-transforma-protecao-de-dados-pessoais-em-direito-fundamental.ghtml. Acesso em: 10 fev. 2022; SENADO FEDERAL.

novidade: a proteção de dados pessoais passava a ter "abrigo constitucional", nas palavras da relatora Simone Tebet.

Desse modo, o art. 5º passou a contar com o inciso LXXIX, sob a seguinte redação: "Art. 5º [...] LXXIX - **é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais**" (BRASIL, 1988) (g. n.).

Constitucionalizou-se, pois, o direito fundamental à proteção de dados pessoais, **inclusive** nos meios digitais. Engendrou-se, para tanto, uma **norma constitucional de eficácia contida ou restringível** (i. e., de efeitos imediatos, independentemente de qualquer regulamentação, conquanto possam ter a sua eficácia restringida ou modulada pela legislação infraconstitucional)[8]; e, com efeito, coube à lei ordinária definir, inclusive, o que se deve entender por "dados pessoais" para os efeitos constitucionais (LGPD, art. 5º, I): o direito fundamental em testilha está dirigido a **pessoas naturais** (identificadas ou identificáveis), não a pessoas jurídicas.

2.2 Dimensão legal: a Lei n. 13.709/2018 (LGPD)

Em 2018, veio a lume a Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018, que originalmente pretendia ser um "ajuste fino" no Marco Civil da Internet, reforçando as proteções à privacidade dos usuários da rede. Assim é que, pela sua emenda original, dispunha "sobre a proteção de dados pessoais e altera[va] a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet)". Mais tarde, transformar-se-ia em um diploma bem mais compreensivo e transcendente.

E, com efeito, a LGPD brasileira, como sancionada em 2018, já não era um "apêndice" do Marco Civil da Internet. Projetava-se bem

---

Congresso promulga Emenda Constitucional sobre proteção de dados. **TV Senado**, Brasília, 10 fev. 2022a. Disponível em: www12.senado.leg.br/tv/plenario-e-comissoes/sessao-solene-do-congresso-nacional/2022/02/congresso-promulga-emenda-constitucional-sobre-protecao-de-dados. Acesso em: 10 fev. 2022; CONGRESSO promulga emenda da proteção de dados na quinta-feira. **Acontece no RS**, Porto Alegre, 7 fev. 2022. Disponível em: www.acontecenors.com.br/noticia/41677/congresso-promulga-emenda-da-protecao-de-dados-na-quinta-feira. Acesso em: 10 fev. 2022; CÂMARA DOS DEPUTADOS. Congresso promulga emenda da proteção de dados pessoais nesta quinta-feira. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 10 fev. 2022. Disponível em: www.camara.leg.br/noticias/848902-congresso-promulga-emenda-da-protecao-de-dados-pessoais-na-quinta-feira/. Acesso em: 10 fev. 2022; SENADO FEDERAL. Congresso promulga emenda da proteção de dados na quinta-feira. **Senado Notícias**, Brasília, 7 fev. 2022b. Disponível em: www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/07/congresso-promulga-emenda-da-protecao-de-dados-na-quinta-feira. Acesso em: 10 fev. 2022; e assim sucessivamente. A matéria também ganhou destaque nos noticiários em televisão aberta, durante todo o dia 10 de fevereiro de 2022.

[8] *V.*, por todos, DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 92-ss.; TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 23-ss.

além dele, tanto **horizontalmente** - na medida em que não se limitou ao tratamento de dados no mundo digital, ao contrário, "dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, **inclusive** nos meios digitais"[9] e "aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, **independentemente do meio**"[10] (BRASIL, 2018) - como também, e sobretudo, **verticalmente** - porque não se ateve ao paradigma de proteção consumerista (como em boa medida fez a CCPA e, entre nós, a Lei n. 12.965/2014), mas aprofundou os mecanismos de tutela de direitos e liberdades fundamentais (notadamente quanto à inviolabilidade da intimidade e da vida privada) -, compondo um dos mais completos modelos jurídico-legais de proteção de dados atualmente em vigor[11]. Quanto à projeção vertical, a propósito, entenda-se bem: é indene de dúvidas que a proteção do consumidor também tem ancoragem constitucional (CRFB, arts. 5º, XXXII, e 170, V, ADCT, art. 48); mas se trata de uma tutela vinculada a um pano de fundo imerso em relações civis de trato patrimonial, ao passo que o debate em torno da proteção da *"privacy"* é mais extenso, mais profundo, mais antigo e essencialmente humanista, na melhor acepção de Fromm[12].

Temos entendido, com Tepedino[13] e outros, que, a partir do último quartel do Século XX, a legislação brasileira passou a se alinhar com os arquétipos da chamada "**era dos estatutos**". Com efeito, sob a influência de ondas renovatórias que impactaram o padrão jurídico ocidental nos últimos trinta anos, o direito nacional tem se inclinado para a densificação de **microssistemas jurídicos**, de base legislativa e dogmática, que já não obedecem às linhas divisórias inflexíveis dos grandes

[9]LGPD, art. 1º, *caput* (g. n.). No mesmo sentido, mais recentemente, a EC n. 115/2022.

[10]LGPD, art. 3º, *caput* (g. n.).

[11]Tanto que foi referida, ao lado do GDPR, da CCPA e da POPIA, no Worldwide Data Privacy Regulations Compared, da **NetApp**, em 2021.

[12]"A person who has not been completely alienated, who has remained sensitive and able to feel, who has not lost the sense of dignity, who is not yet 'for sale', who can still suffer over the suffering of others, **who has not acquired fully the having mode of existence** - briefly, a person who has remained a person and not become a thing - cannot help feeling lonely, powerless, isolated in present-day society. He cannot help doubting himself and his own convictions, if not his sanity. He cannot help suffering, even though he can experience moments of joy and clarity that are absent in the life of his 'normal' contemporaries" (FROMM, 1992) (g. n.).

[13]TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 8-ss. *V*. ainda, para o caso específico do Código de Defesa do Consumidor (CDC), KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Constitucionalização do Direito Civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 870, abr. 2008, p. 81-104; e para o campo jurídico-civil em geral - citando, como exemplos desse novo tempo de "independentização de institutos, categorias e conceitos", o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/1962), o CDC, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) -, *v*. ISERHARD, Antônio Maria. A idéia de sistema jurídico e o novo Código Civil: contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 23, 2003, p. 37-46 (especialmente p. 42).

ramos jurídicos - tributários, por sua vez, da lógica binária que o direito moderno herdou do direito romano (e da *"summa divisio"* de Ulpiano: *"ius publicum"/"ius privatum"*) -, mas se constroem e reconstroem sob uma lógica mais complexa, interativa e holística de transversalidade essencial. Essa era dos estatutos, própria de um criticismo jurídico "pós-moderno" (i. e., melhor adaptado às fragmentações da pós-modernidade e infenso às "grandes narrativas explicativas" da modernidade)[14], sinaliza a superação da falsa ideia de completude e de suficiência que vinha animando, desde a viragem entre os Séculos XVIII e XIX[15], a era dos grandes códigos, compilados por ramos dogmáticos tradicionais (Código Civil, Código Comercial, Código Penal, Código de Processo Civil, Código de Processo Penal, Código Tributário etc.). Passa-se a privilegiar, nos planos institucional (inclusive legislativo) e científico, leis específicas de corte **setorial, temático e transversal**, menos patrimonialistas e mais conectadas às demandas sociais e culturais nascentes, próprias de uma sociedade em constante mutação e dos imprevisíveis avanços do estado da técnica. Como dissemos alhures,

> [...] [n]a 'era dos estatutos', privilegia-se a **transversalidade legislativa**: setores inteiros foram retirados ou afastados do Código Civil [TEPEDINO] e do Código Penal, p. ex., para merecerem tratamento específico e autônomo em diplomas 'temáticos'. Vejam-se, no Brasil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Estatuto do Torcedor, o Estatuto da Igualdade Racial e até mesmo o Código de Defesa do Consumidor (para nós, já um 'estatuto'), todos produtos de uma 'onda de estatutorização' que se iniciou na década de noventa do século passado. (FELICIANO, 2016, p. 747).

Agora, convém incluir, nesse mesmo rol, **a própria Lei Geral de Proteção de Dados**, que é, a rigor, um **estatuto** de proteção de dados pessoais. Dotada de inegável transversalidade, abre-se com um quadro geral de princípios sob ancoragem constitucional (*e. g.*, arts. 2º e 6º), seguindo-se a ele capítulos logicamente encadeados com regras interpoladas de Direito Civil (*e. g.*, arts. 42, *caput* e § 1º, 43, 44, 45 etc.), regras de Direito Processual Civil (*e. g.*, art. 42, §§ 2º e 3º), regras de Direito Administrativo (*e. g.*, arts. 23 a 30, 50 a 54 e 55-A a 55-L) e, a nosso ver, até mesmo regras

[14]Sobre os impactos da pós-modernidade no Direito, cf., *e. g.*, FELICIANO, 2016, p. 291-ss.; *v*. ainda, sobre as características da pós-modernidade e de um pretenso direito pós-moderno, LYON, David. **Postmodernity**. Buckingham: Open University, 1999, p. 9-ss.; NIETO, Alejandro. Prólogo. *In*: MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción. **Postmodernidad y derecho público**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 17-18.

[15]Fase da qual o principal símbolo talvez seja o **Code Napoleón**, i. e., o código civil francês de 1804, que marcou o espírito do seu tempo.

materialmente constitucionais (*e. g.*, arts. 17 e 64)[16]. Ademais, se a LGPD não é ainda mais transversal e interdisciplinar - como são, p. ex., o GDPR, a CCPA e a POPIA (inclusive com regras jurídico-penais e jurídico-laborais)[17] -, é porque o legislador nacional se refreou sobremodo, ao tempo da tramitação, quanto às possibilidades abertas para o regramento nacional da proteção de dados pessoais. Assim, p. ex., evitou-se a matéria penal (diversamente do que se vê, p. ex., no ECA[18], no CDC[19], no Estatuto do Idoso[20] ou no Estatuto da Igualdade Racial[21]), provavelmente em razão do estrépito público negativo que se estabeleceu em torno da "Lei Azeredo", dita "AI-5 digital", e que antecedeu a discussão legislativa do Marco Civil da Internet e da própria LGPD[22]. Houve, ademais, uma falha injustificável quanto à matéria trabalhista, como diremos depois com vagar. Essa omissão - que talvez se explique pelo insulamento dogmático e pelo desprestígio quase atávico que acompanha o Direito do Trabalho brasileiro desde as suas origens - passa a exigir grande energia intelectual para as derivações hermenêuticas necessárias ao trato da proteção de dados pessoais nas relações de trabalho, notadamente a partir dos fundamentos do art. 3º e das normas-princípios do art. 5º.

Há, portanto, fissuras e claros que decerto poderiam ter sido evitados (e que, de resto, poderão ser superados futuramente, a partir da própria atividade legislativa). Nada obstante, a LGPD tem envergadura de **estatuto** (como têm, ademais, as suas congêneres pelo mundo afora: o GDPR na Europa, a CCPA na Califórnia e a POPIA na África do Sul, p. ex.). E essa é, em boa medida, a sua característica dogmática mais candente.

3 OS PRINCÍPIOS DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS: reconstrução crítica de sentidos

Nos termos do art. 6º da LGPD, as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar, no território brasileiro (e nas hipóteses

[16]"Art. 64. Os direitos e princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (BRASIL, 2018). Observe-se, a propósito, a perfeita similitude com o preceito do art. 5º, § 2º, da CRFB.

[17]No GDPR, p. ex., vejam-se o art. 10 ("processing of personal data relating to criminal convictions and offences") e o art. 88 ("processing in the context of employment").

[18]Lei n. 8.069/1990 (arts. 225-ss.).

[19]Lei n. 8.078/1990 (arts. 61-ss.).

[20]Lei n. 10.741/2003 (arts. 93-ss.).

[21]Lei n. 12.288/2010 (art. 24, VIII, e art. 61).

[22]Outra provável razão, ademais, estaria no fato de que a questão processual penal atinente à inviolabilidade do sigilo de dados - inclusive quanto ao fluxo digital de dados dinâmicos - acabou tratada na Lei do Marco Civil da Internet (arts. 7º, I e II, 22 etc.).

de extraterritorialidade derivadas do art. 3º da LGPD)[23], os seguintes princípios: **(a)** o princípio da finalidade; **(b)** o princípio da adequação; **(c)** o princípio da necessidade; **(d)** o princípio do livre acesso; **(e)** o princípio da qualidade dos dados; **(f)** o princípio da transparência; **(g)** o princípio da segurança; **(h)** o princípio da prevenção; **(i)** o princípio da não discriminação, e **(j)** o princípio da responsabilização e prestação de contas (*"accountability"*). A partir do art. 2º, ademais, podem-se identificar outras normas-princípios aplicáveis à matéria, específicos (como, p. ex., o princípio da autodeterminação informativa: art. 1º, II) ou mais gerais (como, p. ex., os princípios da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e da livre concorrência, ali referidos como "fundamentos").

Dados os limites de espaço para o presente estudo, não será possível desdobrar todas as normas-princípios acima elencadas, evidenciando as suas principais aplicações no âmbito das relações laborais. Selecionamos, entretanto, seis delas - o princípio da autodeterminação informativa, o princípio da boa-fé, o princípio da finalidade, o princípio da necessidade, o princípio da adequação e o princípio da transparência - para demonstrar como **podem** e **devem** ser aplicadas aos contratos individuais de trabalho, em situações concretas, a partir da abordagem crítico-construtiva que optamos por sustentar.

3.1 Ilustrando a abordagem crítico-construtiva (1): a autodeterminação informativa e a boa-fé

À primeira leitura, pareceria que todos os princípios infralegais de regência da proteção jurídica de dados estariam concentrados no art. 6º da LGPD. É, de fato, o que sinalizou o legislador. Mas uma segunda leitura mais atenta já revelará o equívoco: na verdade, há normas-princípios deitadas por diversos dispositivos da Lei Geral de Proteção de Dados, aquém e além do referido art. 6º.

Apenas para ilustrar, o art. 2º da LGPD estabelece, como **fundamentos** da disciplina legal de proteção de dados pessoais, **(i)** o respeito à privacidade, **(ii)** a autodeterminação informativa, **(iii)** a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, **(iv)** a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, **(v)** o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, **(vi)** a livre iniciativa, a livre

[23]Casos em que, a rigor, a operação de tratamento de dados pessoais será regida pela LGPD, ainda que não se realize no território nacional brasileiro: se **(a)** a atividade de tratamento tiver por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços no território nacional; se **(b)** a atividade de tratamento tiver por objetivo o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional, ou, ainda, se **(c)** os dados pessoais objeto do tratamento forem coletados no território nacional (i. e., se o titular desses dados pessoais estiver no território nacional no momento da coleta). Confiram-se, a respeito, os incisos II e III e o § 1º do art. 3º da LGPD.

concorrência e a defesa do consumidor, e, por fim, **(vii)** os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

O "fundamento" da autodeterminação informativa, em particular, tem inspiração na jurisprudência alemã (*"informationelles Selbstbestimmungsrecht"),* sendo certo que ainda no ano de 1971, precedendo a tramitação legislativa da *Bundesdatenschutzgesetz* - a qual, vimos, seria promulgada em 1977 -, o *Bundestag* já havia publicado um longo parecer que utilizava pioneiramente a expressão. Somente em 1983, porém, o conceito adquiriria os seus atuais contornos, tornando-se vital para a decisão do BvG em torno do microcenso alemão (*Microcenzus*) daquele ano. O governo alemão, com efeito, fez aprovar lei exigindo que os dados sobre profissão, moradia e local de trabalho dos cidadãos fossem disponibilizados ao Estado, sem quaisquer entraves ou barreiras, para que, a bem do planejamento político-econômico do país, fosse possível apurar com prontidão e frequência o estágio de crescimento populacional, a distribuição espacial da população e outros elementos de ordem demográfica e social; e, não bastasse, a lei ainda autorizava o Estado a comparar livremente as informações obtidas junto aos indivíduos com aquelas constantes dos registros públicos, colmatando as lacunas informativas acaso existentes nos órgãos públicos federais, estaduais e municipais para fins de execução administrativa.

Diante da insurgência geral, a questão finalmente chega ao BvG. E, ao final de um longo julgamento, o tribunal reconhece a inconstitucionalidade da lei, por engendrar um incontornável excesso na intervenção estatal. Com os recursos de processamento eletrônico de dados (na década de 1980), aos quais se associaria a coleta ininterrupta de dados minuciosos sobre pessoas determinadas, passíveis de serem ilimitadamente armazenados, combinados, compartilhados e consultados, a qualquer tempo e distância, o Estado poderia formar perfis completos de personalidade a respeito de qualquer cidadão, sem que os titulares de dados pudessem minimamente controlar a exatidão desses perfis ou os seus usos potenciais e efetivos[24]. Violava-se, portanto, o direito fundamental à autodeterminação individual, que pressupõe, mesmo sob a sombra das atuais tecnologias de processamento de dados, um núcleo essencial inviolável de liberdade de decisão sobre as próprias ações (e, inclusive, sobre realizá-las ou não, sem ser por isso admoestado)[25]. Na dicção do BvG,

[24]BVerfGE 27, 1 (6).

[25]COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. O direito à proteção de dados e a tutela da autodeterminação informativa. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/constituicao-direito-protecao-dados-tutela-autodeterminacao-informativa#_ftn3. Acesso em: 30 jun. 2020. *V*. também MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar**: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 25,

> [...] quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas [...] pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação. Uma ordem social e uma ordem jurídica que a sustente, nas quais cidadãos não sabem mais quem, o que, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles, não seriam mais compatíveis com o direito de autodeterminação na informação.[26]

Desse modo, na perspectiva da dogmática alemã, o direito à autodeterminação informativa, de que arranca o regime constitucional de proteção de dados, é uma manifestação do **direito geral da personalidade**, igualmente reconhecido pelos tribunais alemães desde 1952[27], a tutelar todas as dimensões da personalidade que acaso não tenham cobertura específica nos diversos dispositivos da GG. E, sob o pálio dessa construção pretoriana, passava-se a entender que não mais existem "dados insignificantes", diante das capacidades contemporâneas de processamento automatizado de dados, de modo que "o risco do processamento de dados residiria mais na finalidade do processamento e nas possibilidades de processamento do que no tipo dos dados tratados" (MENDES, 2020, p. 11)[28].

Por esses passos, portanto, consolidou-se o conceito hodierno que agora está incorporado ao art. 2º, II, da nossa LGPD: o "fundamento" da autodeterminação informativa - ou, mais apropriadamente, o princípio da autodeterminação informativa - é o baldrame normativo que confere ao indivíduo o direito fundamental de determinar e controlar, a seu talante, os usos possíveis de seus dados pessoais[29]. Podem, pois, dispor livremente sobre esses dados pessoais, seja ocultando-os, seja compartilhando-os parcialmente, seja ainda expondo-os publicamente. Esse

---

n. 4, out./dez. 2020; MENKE, Fabiano. As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 30 out. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/335735/as-origens-alemas-e-o-significado-da-autodeterminacao-informativa. Acesso em: 15 out. 2021. *Passim*.

[26]BVerfGE 27, 1 (6). Cf. também MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais: dignidade humana: livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física e igualdade. V. I. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2016, p. 56-ss.

[27]A partir do art. 1º, I (dignidade humana), e do art. 2º, I, da GG, que consagra o "livre desenvolvimento da personalidade" ("*freie Entfaltung der Persönlichkeit*").

[28]Com toda razão: nessa direção, justamente, estamos propondo uma abordagem hermenêutica que, no particular, priorize a funcionalidade dos princípios (como, *e. g.*, os princípios da finalidade, da adequação e da necessidade), não a fixidez das regras (como, p. ex., o conceito legal de dado pessoal sensível), inidônea para o trato de um substrato factual cada vez mais fluido, furtivo e dinâmico.

[29]CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, *passim*.

direito repercute, ademais, nas autonomias alheias, fincando limites consecutivos para as ações de terceiros; daí porque o Estado não pode utilizar os dados pessoais dos cidadãos, que em algum momento lhe foram confiados, para fins diversos daqueles aos quais se prestou a coleta (*v.*, *e. g.*, LGPD, art. 7º, III), assim como as próprias pessoas privadas têm contenções legais para o compartilhamento dos dados que estejam tratando (*v.*, *e. g.*, LGPD, art. 7º, § 5º). Em uma feliz síntese, afinal, pode-se dizer que a autodeterminação informativa é o direito de controlar a atividade privada e pública no tratamento de dados pessoais, instando à observância de boas práticas para a proteção dos dados pessoais e, por ela, a promoção da cidadania, da liberdade e da democracia[30].

Para mais, fiel à estrutura "estatutária" da LGPD, o art. 6º positivou nada menos do que **dez princípios**, os quais, ao lado da própria **boa-fé** (subjetiva/objetiva) - enraizada no *caput* e de natureza igualmente principiológica, atraindo para o tema da proteção de dados todo o arcabouço dogmático construído em torno dos arts. 187 e 422 do Código Civil (CC)[31] -, são todos vinculantes para as atividades de tratamento de dados pessoais.

Em relação ao princípio da boa-fé (LGPD, art. 6º, I, c/c CC, arts. 187 e 422), deve-se dele extrair, tanto no plano individual (relação empregador *vs.* empregado) quanto no plano coletivo (relações sindicais), o dever do controlador (art. 5º, VI), no trato dos dados pessoais sob sua responsabilidade (como, *e. g.*, os de seus prestadores de serviço - empregados e trabalhadores sem vínculo empregatício -, se se tratar de tomadores de serviço, ou de seus associados, se se tratar de entidades sindicais), de agir com **boa-fé, lealdade** e **transparência**, sem dolo ou logro (= dimensão subjetiva) e sem frustrar legítimas expectativas socialmente justificadas (= dimensão objetiva). Note-se, portanto, que não estamos lidando apenas com a boa-fé **subjetiva** (de que é antípoda a ideia de **má-fé**), embora essa dimensão também esteja alcançada (assim, *e. g.*, na hipótese do art. 482, "c", da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT: justa causa por negociação habitual desleal). Estamos envolvendo inclusive a chamada **boa-fé objetiva**, que independe da

[30]NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O direito à autodeterminação informativa sob a perspectiva das instituições**. 2012. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-graduação em Direito. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012a, *passim*. *V*. também NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. O direito fundamental à autodeterminação informativa. **LETACI/UFRJ**, Rio de Janeiro, 2012b. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c. Acesso em: 7 mar. 2021, *passim*. A autora refere, originalmente, tão somente o controle da "atividade administrativa", o que nos parece um equívoco, dada a abertura semântica que o próprio STF já reconheceu ao direito de autodeterminação informativa (*v*. STF, RE 673.707, Rel. Min. Luiz Fux, TP, j. 17.6.2015; STF, ADIs 6.389, 6.390, 6.393, 6.388 e 6.387, Rel. Min. Rosa Weber, TP, j. 7.5.2020).

[31]*V.*, por todos, FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012, subseção 6.2.3.

subjetividade dos sujeitos, bastando-se com a observância de padrões objetivos de conduta e com a preservação das expectativas correspondentes. Recorrendo à dogmática alemã, como fizemos alhures[32], pode-se reduzir o universo das condutas contrárias à boa-fé objetiva ("exercícios inadmissíveis") a grandes paradigmas discursivos, como o do "*venire contra factum proprium*", o da "*supressio*" (= "*Verwirkung*"), o da "*surrectio*" (= "*Erwirkung*"), o da "*tu quoque*", o das **inalegabilidades formais** e o do **desequilíbrio no exercício jurídico** (nele se compreendendo o **exercício inútil danoso**)[33].

Não há espaço, neste estudo, para o desenvolvimento de cada um desses paradigmas, como fizemos em outro ensejo e ocasião[34]. Podem-se articular, todavia, alguns exemplos ilustrativos. O controlador estará malferindo a norma-princípio da boa-fé objetiva, ao arrepio do art. 6º, I, da LGPD - ainda que não agrida formal e explicitamente nenhuma das regras de conduta descritivamente postas -, se, por exemplo, atender prontamente à comunicação do titular sobre a revogação de seu consentimento (LGPD, art. 8º, § 5º, c/c art. 15, III), terminando subitamente o tratamento de dados, sem dar ciência àquele titular de que o término súbito traduzir-se-á em imediato prejuízo, porque, p. ex., pende sobre ele, titular, investigação policial que poderia ser esclarecida, a seu favor, com a apresentação dos registros de vídeo de sua presença na empresa ao tempo do ato delituoso. No entanto, sabedor da preexistência do inquérito policial (ainda desconhecido do empregado), o empregador, de modo emulativo, atende à comunicação e, sem mais, deleta todos os registros. Nesse caso, o controlador - que é, em nosso exemplo, o empregador - age de modo desleal e opaco, valendo-se de uma informação privilegiada que lhe advém por sua condição jurídica, por sua condição fático-econômica ou mesmo por acaso, e "permite" que o empregado se prejudique (= exercício inútil danoso). Poderá, a nosso sentir, ser instado a indenizar (art. 187 do CC)[35].

Na realidade, apenas esse único aspecto do art. 6º já daria azo a uma monografia inteira. Mas impende ir além, explorando todos os seus incisos, e, por isso, deter-nos-emos neste ponto.

---

[32]FELICIANO, 2012, seção 6.2.3.

[33]*V*., por todos, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 719-860. Na apresentação metódica desses paradigmas, o grande civilista português refere-se aos "tratamentos típicos de exercícios inadmissíveis".

[34]FELICIANO, 2012, seção 6.2.3.

[35]Como obtempera Paulo Nader, "abuso de direito é espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo" (NADER, 2004, p. 553). Nesse caso, o empregador/controlador terá exercido, de modo inútil e danoso, o seu "direito" (na verdade, um direito-dever) de deletar imediatamente todos os registros em vídeo do empregado, tão logo ele comunique a revogação do consentimento para a captação de imagens.

3.2 Ilustrando a abordagem crítico-construtiva (2): a proporcionalidade no tratamento de dados (finalidade, adequação, necessidade)

A teor do art. 6º da LGPD (*caput* e incisos I a III), as atividades de tratamento de dados devem observar o princípio da **finalidade**, pelo qual a realização do tratamento deve servir a propósitos **legítimos, específicos, explícitos** e **informados** ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; o princípio da **adequação**, pelo qual o tratamento deve ser **compatível** com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento, e o princípio da **necessidade**, pelo qual o tratamento deve se limitar ao **mínimo necessário** para a realização de suas finalidades, com a abrangência dos dados **pertinentes, proporcionais** e **não excessivos** em relação às finalidades do tratamento de dados.

Trata-se, a toda evidência, da positivação do **princípio da proporcionalidade** - e de três de seus elementos analítico-conceituais (finalidade, adequação, necessidade) - para a regência e os efeitos afetos à matéria disciplinada pela LGPD. Passemos, pois, a problematizar o princípio e a sua aplicabilidade específica.

À partida, cabe registrar que, em nosso entendimento, a proporcionalidade configura ontologicamente o que acima se disse: trata-se mesmo de uma **norma-princípio**, com **ancoragem constitucional** (adscrita aos preceitos do art. 1º, *caput* - Estado de Direito -, e art. 5º, LII - devido processo substantivo[36] - da CRFB, entre outros) e caráter desenganadamente **instrumental**. Nada obstante, esse aspecto ontológico está longe de ser pacífico.

Com efeito, a depender do autor e de suas filiações teoréticas, dir-se-á de um "princípio da proporcionalidade", de uma "regra da proporcionalidade", de uma "máxima da proporcionalidade" ou até mesmo de um "enunciado da proporcionalidade" (ou, no idioma alemão, "*Prinzip*", "*Regel*", "*Grundsatz*" ou "*Satz*"). De nossa parte, como anotamos em outras obras[37], filiamo-nos à dicotomia entre **normas-regras** e **normas-princípios**, tal como proposta por Robert Alexy[38], já que nenhum outro modelo sistematiza e explica melhor a nomenclatura geral das espécies normativas

[36]Sobre o nexo de pertinência entre o "*substantive due process*" e o princípio (ou máxima) da proporcionalidade, cf., de nossa lavra, FELICIANO, 2016, subseção 12.2 (V). Como lá pontuamos, "o devido processo legal substantivo é a garantia pela qual ninguém será privado de seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade, ou dos demais direitos fundamentais que dimanam destes, sem a **devida proporcionalidade** (afora os justos limites que a contêm, que dizem com a **indenidade dos conteúdos essenciais**, e o aspecto mutável dela indissociável, que diz com a **capacidade de aprendizagem** das normas jusfundamentais) [...]".

[37]*V.*, *e. g.*, FELICIANO, 2016, § 24º; FELICIANO, 2012, subseção 6.1.

[38]ALEXY, 1996, p. 71-99.

na teoria geral do Direito; e, para mais, o modelo alexyano simplifica o debate, já que as limita a um único par conceitual. No particular - quanto à "natureza" da proporcionalidade -, entendemos por bem abandoná-lo, precisamente porque, a nosso sentir, a sua opção dogmática comprometeu a clareza sistemática. Alexy, com efeito, não se refere à proporcionalidade como um princípio, no mesmo sentido com que opõe normas-princípios e normas-regras; prefere utilizar a expressão "*Grundsatz*" (e não "*Prinzip*"). No vocabulário comum, bem poderiam ser ambos - "*Prinzip*" e "*Grundsatz*" - traduzidos como "princípio", mas, no vocabulário jurídico, se Alexy optou por esta última, deve-se reconhecer, com Virgílio Afonso da Silva, que "Alexy evita denominá-la [a proporcionalidade] de princípio ('*Prinzip*'), justamente para evitar confusões em relação ao seu conceito de princípio como espécie de norma contraposta à regra". Daí Virgílio ter traduzido a expressão alemã por "máxima da proporcionalidade"[39].

Estamos, porém, com aqueles que - inclusive na Alemanha[40] - reconhecem na proporcionalidade um **princípio**, quiçá não (apenas) como mandado de otimização (*"Optmierunggebot"*), mas (também) como **norma de calibração** do (sub)sistema. Nesse passo, serve bem a doutrina de Gomes Canotilho[41], para quem há duas ordens distintas de princípios: os **princípios jurídicos** (em sentido estrito) e os **princípios hermenêuticos**. Se os princípios em geral têm três funções básicas (as que reportamos acima: função normativo-deontológica, função hermenêutica, função integrativa, função derrogatória etc.), os ditos princípios hermenêuticos detêm função predominantemente interpretativa, com aplicações sobretudo retórico-argumentativas; e já por isso ostentam, como antecipávamos, caráter **instrumental**: não têm função normativo-deontológica própria e autônoma, prestando-se basicamente à interpretação/aplicação das fontes formais e ao controle de constitucionalidade, e integrando o sistema jurídico na condição de "regra [*rectius:* norma] de calibração"[42]. É

[39]SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Nota do tradutor. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 10. O próprio tradutor, porém, optou pela expressão "regra" - i. e., "regra da proporcionalidade" - em um de seus escritos anteriores (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, abr. 2002, p. 23-ss.).

[40]*V.*, *e. g.*, POLLAK, Christiana. **Verhältnismässigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europaischen Gerichtshofs und des Osterreichischen Verfassungsgerichtshofs**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, *passim*.

[41]CANOTILHO, 1999, p. 1087.

[42]Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991, p. 175-179. Para o autor, as regras de calibração conferem coesão ao sistema jurídico e lhe dão os atributos da flexibilidade, da rigidez, da estabilidade e/ou da transformação, conforme seus conteúdos. Tais regras são construídas pela jurisprudência, pela doutrina e pelos costumes, ou mais inadequadamente pelo próprio legislador; e, como se dá com o princípio da proporcionalidade, "não chegam a formar um conjunto coerente, estão dispersas no sistema e são produzidas de diferentes modos".

essa também, *v. g.*, a natureza do princípio da máxima efetividade, reportado por Canotilho[43] e outros autores. Na mesma vereda, o princípio da proporcionalidade é um princípio instrumental, intrassistemático, pleno de características gerais próprias das normas-princípios (*e. g.*, o elevado grau de abstração e o baixo grau de determinabilidade, demandando intervenções mediadoras do legislador ou do juiz); mas, por outro lado, dotado de baixa densidade normativa[44].

Fixado o nosso ponto de partida, interessa discutir, ainda que brevemente, o **conceito**, os **elementos** e a **ubiquação** da proporcionalidade. Pode-se situar uma de suas origens contemporâneas no direito norte-americano, justamente como expressão manifesta do "*substantive due process*" (e sobretudo como **razoabilidade**)[45]; mas o conceito e os elementos foram particularmente desenvolvidos pelos alemães, sob as expressões "*Verhältnismässigkeitsprinzip*" / "*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*" (da locução "*Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*"). Em 1971, o BVerfG reconheceu, pela primeira vez, a inconstitucionalidade de uma lei com base no princípio da proporcionalidade (o que evidencia, a propósito, uma das funções próprias das normas-princípios, como vimos acima: a **derrogatória**).

O princípio da proporcionalidade traduz a ideia de que, na esfera de conformação do legislador ("*gesetzgeberische Gestalungsfreiheit*") - e, por extensão, no âmbito das intervenções "restritivas" dos demais poderes públicos[46], como também no âmbito de ação das atividades

[43]No escólio de Canotilho, o princípio da máxima efetividade "é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)" (CANOTILHO, 1999, p. 227).

[44]Em publicações anteriores, chegamos a defender que a proporcionalidade, como princípio hermenêutico, não seria sequer uma **norma jurídica** (FELICIANO, 2016, § 24º). Revisamos esse entendimento; mas seguimos a compreender que, se tem natureza de norma jurídica, não tem a mesma densidade normativa de princípios como o da igualdade ou da legalidade, capazes de impor diretamente, ao Poder Público e aos cidadãos em geral, deveres de ação ou omissão, sem necessidade de se associarem a outras normas. Mas, por outro lado, decerto atua com funções tipicamente normativas, a ponto de autorizar inclusive decretos de inconstitucionalidade de outras normas.

[45]Sobre a anterioridade da jurisprudência norte-americana no debate da proporcionalidade e de concordância prática (com outras designações), citando inclusive C. J. Antieau, cf. CANOTILHO, 1999, p. 1150, e nota n. 20 (identificando a concordância prática como um antigo "*canon of constitutional construction*" das cortes estadunidenses, muito anterior à obra de Konrad Hesse). Veja-se ainda toda a jurisprudência da **U. S. Supreme Court** na fase do "*non-economic due process*". No sentido de que a jurisprudência norte-americana cunhou basicamente a ideia da **razoabilidade**, inconfundível com a de proporcionalidade, *v.* SILVA, 2002, *passim*. Entendemos, de nossa parte, que, a rigor, o juízo de razoabilidade é **inerente** a todo juízo de proporcionalidade (FELICIANO, 2016, § 24º).

[46]Inclusive da Administração Pública ("*in casu*", ao ensejo do exercício das funções regulamentares da Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD) e do Poder Judiciário (na espécie, ao decidir litígios relacionados à proteção de dados pessoais).

privadas que afetem direitos humanos fundamentais[47] -, o **excesso** pode configurar a ilegitimidade constitucional de uma dada providência ou de sua abstenção[48], por derivação do princípio do Estado de Direito[49], que proíbe restrições de direitos fundamentais inadequadas à consecução dos fins a que se prestam; e, já por isso, há quem o identifique com o conceito de "*Übermaßverbot*" ("proibição de excesso"), conquanto a sua compleição dogmática mais exata permita alcançar também o conceito de "*Untermaßverbot*" ("proibição de insuficiência"). Essa é, a toda evidência, a ideia ínsita aos três primeiros incisos do art. 6º e, em particular, do inciso III (c/c inciso I) - "limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades" -, tendo como destinatários da norma, porém, já não os poderes públicos, mas os **agentes de tratamento**.

Consequentemente, toda providência do controlador (especialmente) ou do operador de dados, ao restringir direitos fundamentais ("*in casu*", nomeadamente o direito à privacidade), sempre admitirá apreciação material à luz das finalidades a que se destina - que têm de ser **legítimas, específicas, explícitas e informadas** - e em face dos demais interesses juridicamente relevantes em jogo, esteja ela consubstanciada em ato legislativo, em ato administrativo ou em ato jurisdicional. Cuida-se então de saber se a atividade restritiva guarda, para com os seus **fins legítimos**, uma relação de **adequação** ("*Geeignetheit*") e de **necessidade** ("*Erforderlichkeit*"). E justamente aí se apresentam, a um tempo e nessa precisa ordem, os princípios da **finalidade** (art. 6º, I), da **adequação** (art. 6º, II) e da **necessidade** (art. 6º, III), todos positivados pela LGPD. Noutras palavras, haverá violação desproporcional aos direitos fundamentais do titular de dados, por desconformidade com o princípio da proporcionalidade, sempre que se constatar, em um ato de tratamento de dados que de algum modo

[47]Vindo a lume, aqui, a questão da **eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais** ("*Drittwirkung*") - quanto à (i)legitimidade de atividades privadas que restringem ou agridem direitos fundamentais de outrem -, examinada emblematicamente pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, p. ex., no *case* Lüth (BVerfGE 7, 198-230, 1958), em que, lançando mão de um juízo de ponderação inerente ao princípio da proporcionalidade, considerou que as atividades de Erich Lüth ao expor publicamente o cineasta Veit Harlan como expoente cultural do período nazista e apoiador do respectivo regime não violava o direito de Harlan à privacidade/honra/imagem. *V*. SCHWABE, Jürgen. **Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Tradução de Beatriz Hennig *et al*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 381-395.

[48]Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e dignidade humana**. São Paulo: LTr, 2007, p. 50-ss.

[49]O argumento que deriva o princípio da proporcionalidade do princípio do Estado de Direito foi assentado pelo BVerfG em março de 1971. Subsequentemente, veja-se BVerfGE 90, 145 (173); BVerfGE 92, 277 (317). Cf., a respeito, MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 38-54.

os restrinja, relação de **contraditoriedade, incongruência, irrazoabilidade** ou **inadequação** entre meios e fins[50].

Dissecando-o com maior cautela, Alexy[51] esclarece haver três elementos ínsitos a um juízo de proporcionalidade: a **adequação** (ou **idoneidade**), a **necessidade** (ou **exigibilidade**) e a **proporcionalidade em sentido estrito**. Esses três elementos é que inclusive definem, nos casos concretos, se houve ou não uma legítima "otimização" do interesse protegido, quando se diz - de acordo com a teoria dos princípios - que as normas-princípios são mandados de otimização ("*Optmierungsgeboten*"). Nessa ordem de ideias, os elementos - ou (sub)princípios - da adequação (art. 6º, II) e da necessidade (art. 6º, III) prestam-se a assegurar a maior realização possível do direito restringido (neste caso, a privacidade), "de acordo com as possibilidades fáticas" e sempre na relação **meio-fim** (art. 6º, I).

Já a proporcionalidade em sentido estrito "expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes", i. e., corresponde à **lei de ponderação** alexyana, pela qual "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro" (ALEXY, 2004, p. 38-ss.). Trata-se de um juízo puramente **jurídico-axiológico**, por envolver direitos, interesses e valores concretamente colidentes (à diferença dos dois anteriores - adequação e necessidade -, que são eminentemente **fáticos**). Em um caso concreto, não havendo norma-regra clara a respeito, caberá ao intérprete, num primeiro momento, avaliar qual o grau de restrição imposta à privacidade do titular de dados (e, pela lógica alexyana, atribuir um "peso" a esse grau); num segundo momento, avaliará qual a importância relativa da satisfação do interesse colidente (*e. g.*, o direito de propriedade, o direito de informação, a liberdade de expressão etc.), atribuindo-lhe igualmente um "peso"; e, por fim, num terceiro momento, avaliará, cotejando os pesos, se a importância da satisfação desse último interesse justificaria ou não a constrição daquele primeiro direito. Se a justificar, o juízo de proporcionalidade terá sido **positivo** (i. e., as restrições impostas pela atividade de tratamento de dados terão sido legítimas); se não a justificar, o juízo de proporcionalidade terá sido **negativo** (e a atividade de tratamento terá sido ilegítima, impondo-se a sua imediata interrupção, se ainda em curso, e/ou a respectiva reparação, *ut* arts. 42 e 43 da LGPD).

---

[50]*V*. SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen. *In*: STARCK, Christian. **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**. V. 2. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 390-391 (tratando da proporcionalidade **em geral**, sem qualquer aplicação específica à proteção de dados).

[51]ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Berbal Pulido. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Centro de Estudios), 2004, p. 38-ss.

Alexy não nega que o juízo de proporcionalidade albergue um procedimento de resultados múltiplos (porque "a ponderação não é um procedimento que, em cada caso, conduza exatamente a um mesmo resultado"). Mas recusa a usual pecha de irracionalidade ou de solipsismo - recorrente inclusive na doutrina nacional[52] -, sob a premissa de que o princípio ("máxima") seja corretamente manejado. E para isso sugere, inclusive, um rigoroso modelo aritmético indicativo de tais juízos[53].

Deve-se ter em conta, enfim, que esses três elementos analítico--conceituais do princípio da proporcionalidade - adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito (que na LGPD radicará no "**finalidade**" do art. 6º, I) - guardam entre si uma relação de **subsidiariedade consecutiva**: principia-se, sempre, pela análise da adequação (art. 6º, II); subsequentemente, a análise da necessidade será exigível se e somente se o caso não puder ser resolvido com a análise da adequação, e, por fim, a análise da proporcionalidade em sentido estrito só será imprescindível se a questão não puder ser solucionada com as análises da adequação e da necessidade[54].

Nesse diapasão, violará o princípio da proporcionalidade - na espécie, por agressão ao (sub)princípio da adequação (LGPD, art. 6º, II) - se o empregador/controlador coletar dados relativos aos endereços de residência dos novos empregados com a finalidade de lhes garantir o direito ao vale-transporte (Lei n. 7.418/1995), mas ulteriormente, quando abertas vagas para promoção, valer-se desses mesmos dados - "compartilhados" pelo departamento pessoal a pedido da gerência imediata - para excluir da concorrência trabalhadores de bairros economicamente menos favorecidos (por considerar, p. ex., que um trabalhador domiciliado na periferia da cidade não estaria recomendado para um posto de maior visibilidade, com atos de representação da empresa, ante um presumido *deficit* de educação ou de "elegância"). Esse uso, incompatível com a finalidade de coleta dos dados (que poderá ter sido inclusive legítima, na suposição de que os vales-transportes foram efetivamente assegurados a partir dela), tanto violará o princípio da adequação (art. 6º, II) como, de resto, também o princípio da não discriminação (art. 6º, IX). Se, por outro lado, a "finalidade" de pagar vale-transporte foi um mero pretexto para a coleta originária dos dados de residência, então desde logo se malferiu o próprio princípio da finalidade: afinal, a finalidade alegada, se seria em tese legítima, era apenas uma **falsa** finalidade.

[52]*V.*, por todos, STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, *passim*.
[53]ALEXY, 1996, p. 143-154 (fórmulas e gráficos aparecem às p. 141, 143, 147-148 etc.).
[54]Cf. SILVA, 2002, p. 34.

3.3 Ilustrando a abordagem principiológica (3): a transparência (remuneratória, cognitiva, informativa, comunicativa)

A teor do art. 6º, VI, da LGPD, todos os titulares de dados - e, para o nosso especial interesse, os empregados titulares de dados - têm a garantia legal de que obterão dos agentes de tratamento de dados não "quaisquer" informações (o que diz mais com o princípio do livre acesso), mas fundamentalmente "informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial" (BRASIL, 2018). Eis, pois, o **princípio da transparência**, que igualmente vincula todas as pessoas e organizações que promovem tratamento de dados pessoais no território brasileiro.

A "fácil acessibilidade" se liga, obviamente, ao princípio do art. 6º, IV (livre acesso), demonstrando a interconectividade dos princípios da LGPD. Já a **clareza** e a **precisão da informação sobre os dados pessoais do titular** é o que constitui, ao cabo e ao fim, o *Leitmovit* dessa norma-princípio. Não se está a tratar, entenda-se bem, da clareza e da precisão **dos dados pessoais em si**, porque isso diz com o princípio da qualidade (LGPD, art. 6º, V); e não se está a tratar, igualmente, da clareza e da precisão dos **propósitos** do tratamento de dados, porque isso diz com o princípio da finalidade (LGPD, art. 6º, I)[55]. No princípio da transparência, o que está em causa é a clareza e a precisão da **informação que se pode obter**, pela via do livre acesso, a respeito dos dados pessoais. É, pois, por assim dizer, uma "metagarantia".

Sobre o princípio da transparência, há que reconhecer que suas raízes estão deitadas no próprio eito constitucional. Como princípio geral especialmente voltado às atividades dos poderes públicos - pela lógica de que "se a corrupção é a doença, transparência é parte essencial do seu tratamento"[56] -, encontramo-lo na Constituição de 5.10.1988, no *caput* do art. 37 (como uma das dimensões do princípio da publicidade administrativa)[57], e ainda no art. 212-A, X, "d" (quanto à destinação de recursos para o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica - Fundeb - por parte de Estados, Municípios e Distrito Federal),

[55]A transparência diz, sim, com a clareza e a precisão da **comunicação** desses propósitos (que, a despeito de qualquer coisa, podem até ser - eles, os propósitos - legítimos, explícitos, específicos e "informados"; se, porém, forem informados deficientemente, sem clareza e precisão, restará violado o princípio da transparência).

[56]"If corruption is a disease, transparency is essential part of its treatment". A frase é de Kofi Annan, Secretário-geral da Organização das Nações Unidas (1997-2006), em mensagem gravada para o 20º aniversário da Transparência Internacional, no ano de 2013.

[57]Nesse sentido - da íntima conexão constitucional entre a publicidade e a transparência -, cf., por todos, MARTINA JR., Wallace Paiva. **Transparência administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2004, *passim*.

no art. 216-A (quanto às informações do Sistema Nacional de Cultura) e no art. 40, § 22, VII (quanto aos regimes próprios de previdência social já existentes ao tempo da Emenda Constitucional (EC) n. 103/2019, aqui referido textualmente como **princípio**). Na legislação infraconstitucional, impende referir, sobre todas, a Lei n. 12.527/2011, dita "Lei do Acesso à Informação" ou "Lei da Transparência", pela qual se assegura, mediante regras, políticas e instrumentos diversos, "o direito fundamental de acesso à informação" (art. 3º), atribuindo-se a todos os órgãos e entidades dos poderes públicos o dever de "gestão transparente de informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação" (art. 6º, I) (BRASIL, 2011). Aqui, porém, cuida-se essencialmente do **direito difuso de informação** e da **liberdade geral de acesso à informação**, que mais têm a ver com a publicidade do que com a privacidade.

No(s) plano(s) da privacidade, todavia, a transparência também é um valor de máxima relevância, na medida em que os titulares de dados pessoais precisam de informações fidedignas - "claras, precisas e facilmente acessíveis" - relativas à realização do tratamento de seus dados e aos respectivos agentes de tratamento. É, com efeito, uma *"conditio sine qua non"* para que a pessoa natural possa gerir e defender a sua esfera privada, inclusive retificando ou eliminando registros (= princípio da qualidade dos dados) e responsabilizando os agentes em caso de tratamentos viciados que carreiem danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Nessa esteira, no âmbito da própria LGPD, o princípio da transparência ganha concreção ao longo de diversas normas-regras. O art. 10, § 2º, estabelece, para o controlador de dados, o dever de "adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse" (i. e., para o apoio e a promoção de suas atividades e para a proteção, em proveito do titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem[58]); a transparência aqui funciona, portanto, como um contrapeso normativo para as hipóteses

[58]Nesse sentido, a propósito, o Grupo de Trabalho da União Europeia sobre a proteção de dados pessoais registrou, no ano de 2014 (e a propósito da Diretiva 95/46/CE), o seu convencimento de que, como regra geral, "a utilização de dados biométricos por exigências gerais de segurança de bens ou de pessoas [p. ex., videovigilância em agências bancárias] é considerada um interesse legítimo [do controlador] sobre o qual prevalecem os interesses ou os direitos e liberdades fundamentais da pessoa em causa. Por outro lado, dados biométricos como a impressão digital e/ou o reconhecimento da íris podem ser utilizados para garantir a segurança de um local de alto risco, como um laboratório que esteja a investigar vírus perigosos, desde que o responsável pelo tratamento tenha apresentado provas concretas da existência de um risco considerável" (GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS, 2014, p. 68-69); e nesse caso, claro, independentemente do consentimento prévio do titular. Cf., ainda, CARLOTO, Selma; ALMIRÃO, Mariana. **Lei Geral de Proteção de Dados comentada**: com enfoque nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2021, p. 63.

de legítimo interesse do controlador no tratamento de dados pessoais (que, em nossa opinião, dispensam o consentimento prévio do titular de dados, mas não lhe retiram o direito de oposição a se exercer *"ex post"*). Na mesma linha, o art. 20, § 1º, já estudado acima, dispõe que "o controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial" (= transparência informacional algorítmica; voltaremos a isso). O art. 41, § 1º, enfim, estatui, também com espeque no princípio da transparência, que "[a] identidade e as informações de contato do encarregado [o DPO] deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador" (o que diz, a um tempo, com o direito difuso de informação, afeto a toda a sociedade civil, e com o direito subjetivo público de informação de cada um dos titulares de dados) (BRASIL, 2018).

Por tudo isso, e em arremate, espera-se que os empregadores, sob a égide da LGPD, comuniquem aos seus empregados todos os tratamentos dos respectivos dados pessoais, e as finalidades correspondentes, sempre de modo **claro** e **preciso**, sem dubiedades, "seja por um aviso de privacidade ou por uma política de privacidade, mas é indispensável haver essa informação aos titulares dos dados pessoais" (CARLOTO; ALMIRÃO, 2021, p. 44).

Já se percebem também esforços de concreção do princípio da transparência no tratamento de dados pessoais em favor de trabalhadores que não sejam necessariamente empregados (CLT, arts. 2º e 3º), como, p. ex., trabalhadores por aplicativos[59]. Cite-se, como exemplo, o Projeto de Lei n. 3.748/2020, da Deputada Tábata do Amaral (PSB-SP), que "institui e dispõe sobre o regime de trabalho sob demanda". Nos termos do seu art. 6º,

[59]Abstraindo-se, aqui, o complexo debate da subordinação algorítmica (que reconhecemos) e da possibilidade de formação de vínculo empregatício diretamente entre o trabalhador *on demand* e a empresa de aplicativo (que igualmente admitimos, embora não entendamos que sempre se verifique, em caráter "necessário"; ao revés, compreendemos que se devam avaliar as circunstâncias de cada caso concreto: características do aplicativo e do "modelo de negócios", não eventualidade da prestação, níveis de pessoalidade etc.). Em razão dessa franca possibilidade, aliás, foi de imensa infelicidade o parágrafo único do art. 1º do Projeto de Lei (PL) 3.748/2020, pelo qual "[a]os trabalhadores em regime de trabalho sob demanda não se aplicam as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943" (BRASIL, 2020): aplicar-se-ão, por óbvio, se estiverem concretamente presentes os requisitos dos arts. 2º e 3º da CLT (sob pena de agressão ao princípio constitucional da isonomia). A esse respeito, para a nossa opinião, recomendamos a leitura de outro estudo: FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. (Re)descobrindo o Direito do Trabalho: *gig economy*, uberização do trabalho e outras reflexões. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula Silva Campos (Coord.). **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTr, 2019, *passim*. *V*. ainda, de modo mais geral (e para uma competente recensão bibliográfica do tema), FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. ***On demand***: trabalho sob demanda em plataformas digitais. Belo Horizonte: Arraes, 2020, *passim*.

> [...] [a]s regras para fixação do valor a ser pago para o trabalhador por serviço devem ser claras e estar disponíveis para os trabalhadores, órgãos de fiscalização, sindicatos e entidades associativas de trabalhadores. (BRASIL, 2020).

Da mesma maneira, pelo texto do projeto (art. 6º, § 1º),

> [a] plataforma deve disponibilizar aos trabalhadores e órgãos de fiscalização extrato discriminando, para cada serviço realizado, o tempo efetivo de prestação do serviço, o valor cobrado do cliente, promoções e descontos aplicados, o valor pago ao trabalhador, gorjetas pagas pelo cliente e outros dados relevantes para o cálculo da remuneração. (BRASIL, 2020).

Eis a "alma" do princípio da transparência: para além da própria informação, os predicamentos da clareza e da precisão.

No plano externo, ademais, há importantes lições registradas ao longo dos *consideranda* da GDPR, que merecem menção neste momento analítico. No item n. 39 das considerações de abertura, p. ex., pontifica-se que, pelo princípio da transparência ("*principle of transparency*"), as informações relacionadas com o tratamento de dados pessoais devem ser de fácil acesso e compreensão, formuladas em uma linguagem clara e simples, além de abranger, entre outras coisas, a identidade do responsável por aquele tratamento e as respectivas finalidades[60]. Adiante, no item

[60]*In verbis*: "(39) Any processing of personal data should be lawful and fair. It should be transparent to natural persons that personal data concerning them are collected, used, consulted or otherwise processed and to what extent the personal data are or will be processed. The principle of transparency requires that any information and communication relating to the processing of those personal data be easily accessible and easy to understand, and that clear and plain language be used. That principle concerns, in particular, information to the data subjects on the identity of the controller and the purposes of the processing and further information to ensure fair and transparent processing in respect of the natural persons concerned and their right to obtain confirmation and communication of personal data concerning them which are being processed. Natural persons should be made aware of risks, rules, safeguards and rights in relation to the processing of personal data and how to exercise their rights in relation to such processing. In particular, the specific purposes for which personal data are processed should be explicit and legitimate and determined at the time of the collection of the personal data. The personal data should be adequate, relevant and limited to what is necessary for the purposes for which they are processed. This requires, in particular, ensuring that the period for which the personal data are stored is limited to a strict minimum. Personal data should be processed only if the purpose of the processing could not reasonably be fulfilled by other means. In order to ensure that the personal data are not kept longer than necessary, time limits should be established by the controller for erasure or for a periodic review. Every reasonable step should be taken to ensure that personal data which are inaccurate are rectified or deleted. Personal data should be processed in a manner that ensures appropriate security and confidentiality of the personal data, including for preventing unauthorized access to or use of personal data and the equipment used for the processing" (EUROPEAN UNION, 2016).

n. 58, registra-se que, também por força do princípio da transparência (agora também na perspectiva do direito difuso à informação), "qualquer informação destinada ao público ou ao titular dos dados seja concisa, de fácil acesso e compreensão, bem como formulada numa linguagem clara e simples, e que se recorra adicionalmente, quando for apropriado, a recursos visuais"[61], sendo certo que, para o público em geral, tais informações poderão inclusive ser fornecidas por meio eletrônico (*e. g.*, por um sítio na internet)[62]. No item n. 78, lê-se que a proteção de dados "*by design*" e "*by default*" deve incluir a minimização do tratamento de dados pessoais, a pseudonimização desses dados o quão cedo possível[63], a possibilidade de monitoramento por parte do titular de dados, a possibilidade de criação e incremento de soluções de segurança por parte do controlador de dados e, no que interessa a esta subseção, "a transparência no que toca às funções e ao tratamento de dados pessoais"[64]. E, por fim, no item n.

[61]*In verbis*: "(58) The principle of transparency requires that any information addressed to the public or to the data subject be concise, easily accessible and easy to understand, and that clear and plain language and, additionally, where appropriate, visualization be used. Such information could be provided in electronic form, for example, when addressed to the public, through a website. This is of particular relevance in situations where the proliferation of actors and the technological complexity of practice make it difficult for the data subject to know and understand whether, by whom and for what purpose personal data relating to him or her are being collected, such as in the case of online advertising. Given that children merit specific protection, any information and communication, where processing is addressed to a child, should be in such a clear and plain language that the child can easily understand" (EUROPEAN UNION, 2016).

[62]P. ex., no caso de publicidade digital, em que a multiplicidade de operadores e a complexidade tecnológica das práticas dificultam sobremodo o conhecimento, por parte do titular de dados, do fato mesmo da coleta de seus dados pessoais, como também da identidade do coletor e da finalidade de tal coleta.

[63]A "pseudonimização", diversamente da anonimização, admite um processo de reversão identificatória, por meio de informações adicionais que o controlador mantém em ambiente separado e seguro. Está prevista, entre nós, no art. 13, § 4º, da LGPD (em relação aos estudos em saúde pública por órgãos de pesquisa devidamente habilitados): "Para os efeitos deste artigo, a pseudonimização é o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro" (BRASIL, 2018).

[64]*In verbis*: "(78) The protection of the rights and freedoms of natural persons with regard to the processing of personal data require that appropriate technical and organizational measures be taken to ensure that the requirements of this Regulation are met. In order to be able to demonstrate compliance with this Regulation, the controller should adopt internal policies and implement measures which meet in particular the principles of data protection by design and data protection by default. Such measures could consist, *inter alia*, of minimizing the processing of personal data, pseudonymizing personal data as soon as possible, transparency with regard to the functions and processing of personal data, enabling the data subject to monitor the data processing, enabling the controller to create and improve security features. When developing, designing, selecting and using applications, services and products that are based on the processing of personal data or process personal data to fulfil their task, producers of the products, services and applications should be encouraged to take into account the right to data protection when developing and designing such products, services and applications and, with due regard to the state of the art, to make sure that controllers and processors are able to fulfil their data protection obligations. The principles of data protection by design and by default should also be taken into consideration in the context of public tenders" (EUROPEAN UNION, 2016).

100, consigna-se que, a fim de reforçar a transparência e o cumprimento do GDPR, os Estados membros devem encorajar a criação/implementação de procedimentos de certificação e de selos de qualidade para a proteção de dados pessoais, de modo a permitir que os titulares de dados possam avaliar com rapidez o nível de tutela informacional disponível para aquele determinado produto ou serviço[65] (como, *e. g.*, a ISO 27701).

Já no texto regulamentar propriamente dito, o art. 5º, 1, do GDPR dispõe que os dados pessoais devem ser tratados com juridicidade (*"lawfulness"*)[66], boa-fé (*"fairness"*), e de um modo transparente em relação ao titular de dados ("in a transparent manner in relation to the data subject"). Adiante, o art. 12 dispõe que o controlador deve tomar as medidas adequadas para fornecer as informações a que se referem os arts. 13 e 14 e proceder às comunicações dos arts. 15 a 22 e 34, em todo caso "de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples, em especial quando as informações são dirigidas especificamente a crianças"; e, para mais, dita que tais informações deverão ser prestadas por escrito ou por outros meios quaisquer, inclusive eletrônicos, sendo certo que, inclusive, "a informação pode ser prestada oralmente, desde que a identidade do titular seja comprovada por outros meios"[67].

Nessa mesma ordem de ideias, mas com aplicações bem mais diversas e extensas - a revelar, também aqui, a tendência de ampliação horizontal do manto principiológico do direito à proteção de dados (algo natural, insista-se, se se entende que a norma-princípio é um *"Optmierunggebot"*) -, veem-se já, no panorama regulatório mundial, claros desdobramentos do princípio da transparência informacional no âmbito das relações de trabalho *"in genere"* (e, logo, não apenas em relações de trabalho subordinado). Em 2018, com efeito, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) divulgou o relatório "Digital labour platforms and the future of work: towards decent work in the online world"[68],

[65]*In verbis*: "(100) In order to enhance transparency and compliance with this Regulation, the establishment of certification mechanisms and data protection seals and marks should be encouraged, allowing data subjects to quickly assess the level of data protection of relevant products and services" (EUROPEAN UNION, 2016).

[66]Ou - o que teria igual significado - "legalidade" em sentido material.

[67]*In verbis*: "1. The controller shall take appropriate measures to provide any information referred to in Articles 13 and 14 and any communication under Articles 15 to 22 and 34 relating to processing to the data subject in a concise, transparent, intelligible and easily accessible form, using clear and plain language, in particular for any information addressed specifically to a child. The information shall be provided in writing, or by other means, including, where appropriate, by electronic means. When requested by the data subject, the information may be provided orally, provided that the identity of the data subject is proven by other means" (EUROPEAN UNION, 2016).

[68]BERG, Janine *et al*. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho**: promover o trabalho digno no mundo digital. Genebra: *Bureau* Internacional do Trabalho, 2018, p. 105-ss. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/

no qual sugeria, relativamente aos trabalhadores sujeitos às novas modalidades contratuais da *gig economy* - e, em particular, os trabalhadores em *crowdsourcing* (por microtarefas virtuais)[69] -, a garantia dos seguintes direitos mínimos (entre outros):

(a) o direito de não serem incorretamente classificados como trabalhadores por conta própria (autônomos), se são, na prática, trabalhadores por conta de outrem;

(b) o direito de receber, em moeda real, o valor total pelo qual os clientes são faturados, sendo certo que, a reboque desse direito, todas as taxas e os métodos de cálculo devem ser indicados de forma transparente, aos trabalhadores e aos clientes, no momento do pagamento (= **transparência remuneratória**)[70];

(c) o direito a que as condições da plataforma, nomeadamente no que respeita ao pagamento, à avaliação do trabalho e à resolução de litígios, sejam apresentadas ao trabalhador em um formato legível por seres humanos (e não em "linguagem de máquina"), com clareza e concisão (= **transparência cognitiva**)[71];

(d) o direito de serem informados dos motivos das avaliações negativas emitidas pelos consumidores (= **transparência informativa**) - inclusive para eventual exercício do direito fundamental à resposta ou ao contraditório[72] -, bem como o direito de que as respectivas avaliações e classificações não se baseiem em estatísticas de pagamento (i. e., se a recusa de pagamento pelo consumidor for permitida, os índices individuais de pagamento ou de não pagamento não devem se prestar à avaliação do trabalho ou do trabalhador)[73], e

---

publication/wcms_752654.pdf. Acesso em: 13 fev. 2021. Para a pesquisa, foram realizados, em 2015 e 2017, dois inquéritos que abrangeram 3.500 pessoas residentes em 75 países e que trabalhavam em cinco grandes plataformas de microtarefas com escala global; tais inquéritos foram depois complementados com entrevistas de fundo e outros inquéritos qualitativos realizados por investigadores do IG Metall (Alemanha). Houve republicações do relatório em 2019 e 2020.

[69]Com conclusões obviamente extensíveis, sem maiores dificuldades, aos trabalhadores *on demand* (por aplicativos digitais de serviços e afins).

[70]Aqui, com acréscimos nossos em relação ao texto original do relatório da OIT.

[71]Quanto a isso, aliás, a OIT observou que, "*mutatis mutandis*", a Creative Commons desenvolveu versões "legíveis por humanos" das suas licenças de propriedade intelectual. Da mesma maneira, as empresas de aplicativos deveriam facultar aos trabalhadores versões legíveis por humanos das condições de serviço da plataforma.

[72]Sobre a aplicabilidade, às relações entre empregador e empregado (ou, neste caso, entre trabalhador e plataforma), da cláusula do devido processo ("*due process of law*") - de que o contraditório é uma das garantias (no campo judicial e, a depender do caso, também fora dele) -, *v.*, por todos, VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **Devido processo legal na relação de emprego**: contraditório e motivação: poder disciplinar e cessação do contrato de trabalho. 2018. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018, *passim*. Compusemos, com muita honra, a banca examinadora.

[73]Como bem pondera o relatório, "[n]ão se pode partir do princípio de que os clientes só recusam o pagamento quando o trabalho não é utilizável; os clientes utilizam processos imperfeitos de

(e) o direito de visualizarem e exportarem, a qualquer momento, um histórico completo das tarefas executadas e dos seus dados "reputacionais", sempre em um formato concomitantemente legível por humanos e máquinas (= **transparência comunicativa**).

Compreendemos que, no caso brasileiro, diversas dessas dimensões e concreções do princípio da transparência no tratamento de dados - a rigor, praticamente todas elas - arrancam **diretamente** das normas-princípios do art. 5º, LXXIX, da CRFB, e do art. 6º, VI, da LGPD (ainda que não estejam expressas no texto legal); e, já por isso, são imediatamente "judiciáveis" (i. e., sindicáveis em juízo), podendo ser desde logo levadas às barras dos tribunais, independentemente de regulamentações prévias da ANPD[74] (*v*. art. 55-J, XIII). Nesse sentido, um trabalhador *on demand* já poderia exigir da plataforma a que está vinculado, neste exato momento, em juízo ou fora dele, informações claras e precisas sobre como as avaliações pessoais dos clientes a respeito de seus serviços estão sendo tratadas e de que modo estão impactando ou poderão vir a impactar em sua relação contratual com a plataforma (= transparência informativa). Em as reclamando em juízo, haveria de fazê-lo na Justiça do Trabalho, à vista do que dispõe o art. 114, I, da CRFB (que desde a EC n. 45/2004 atribui àquele ramo especializado a competência material para processar e julgar os litígios decorrentes das **relações de trabalho**, e já não apenas das relações de emprego)[75].

---

controlo da qualidade e, às vezes, recusam o pagamento como uma estratégia de redução de custos" (BERG *et al.*, 2018, p. 108). Nesse caso, há mesmo uma extensão parcial aos trabalhadores da *gig economy*, justa e devidamente, do chamado "princípio da alteridade", pelo qual os riscos da atividade econômica devem ser assumidos pelo empresário, não pelo trabalhador (*v*. CLT, art. 2º, *caput*).

[74]Que, a virem, serão obviamente bem-vindas, por partirem do agente público que deve fazer, por excelência, a mediação concretizadora das normas-princípios do art. 6º da LGPD: a própria ANPD (arts. 55-A a 55-L), não o Poder Judiciário. Sobre mediações concretizadoras de princípios, *v*., por todos, CANOTILHO, 1999, p. 1086.

[75]Trata-se, evidentemente, do nosso entendimento pessoal. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - que detém a competência constitucional para dirimir os conflitos negativos e positivos de competência entre a Justiça do Trabalho e os outros ramos do Poder Judiciário (CRFB, art. 105, I, "d") -, encontram-se já precedentes não qualificados que parecem sinalizar no sentido oposto, da competência material das justiças estaduais, ao argumento subjacente de que entre a empresa de plataforma e o trabalhador não haveria sequer "relação de trabalho" (antes mesmo, portanto, de se discutir se haveria ou não relação de emprego). *V*., *e. g.*, STJ, CC 164.544, 2ª Seção, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 28.8.2019. A entendimentos desse gênero, a propósito, temos nos referido, em cursos e palestras, como a via do "negacionismo absoluto" (de modo evidentemente provocativo): o trabalhador de aplicativo, a rigor, não seria sequer "trabalhador", mas - na irônica expressão de Byung-Chul Han - "empresário de si mesmo" (*v*. HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução de Enio Giachini. São Paulo: Vozes, 2015, *passim*; ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020, *passim*). Existem ainda, em paralelo, outras três "vias" que temos apontado: a via do "negacionismo relativo" (na qual se reconhece a competência material da Justiça do Trabalho, mas não a possibilidade mesma da relação de emprego: *v*., *e. g.*, TST, RR 10575-88.2019.5.03.0003, 4ª T., Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos, j. 9.9.2020); a via da equiparação "*tout court*" (*v*., *e. g*., na Espanha,

Em litígios dessa natureza, a grande dificuldade será, as mais das vezes, identificar a tênue linha divisória entre a satisfação do direito à informação, pela via do princípio da transparência, e a salvaguarda dos segredos comerciais ou industriais da empresa (LGPD, art. 6º, VI, *in fine*). Dá-se, por assim dizer, uma **superposição de esferas excêntricas da privacidade**[76]: por um lado, as esferas da privacidade ("*stricto sensu*"), da intimidade e até do segredo (mais raramente), que têm como centro subjetivo o trabalhador; por outro, a esfera da intimidade - a intermediária -, que tem como centro subjetivo o empregador[77]. Resolver "*de meritis*" tais lides exigirá do magistrado, ainda aqui, o manejo do princípio da proporcionalidade, já não na perspectiva que vínhamos abordar - da proporcionalidade **no tratamento de dados** "*a se*" (finalidade, adequação, necessidade) -, mas na perspectiva mais geral, do princípio constitucional e instrumental da proporcionalidade (quase como um **sobreprincípio**), que se entrelaça com as demais normas-princípios e permite definir, nos casos concretos, quais interesses devem prevalecer. Em síntese, "*hard cases*"[78]. Difíceis, sim; mas solúveis.

STS, Sala IV, j. 23.9.2020, envolvendo a Glovo, a Deliverro e a Uber Eates; na Itália, a Sentenza n. 3570/2020, Palermo, pubbl. il 24.11.2020, em relação à Foodinho S.R.L.; ou, no Brasil, *e. g*., TRT 3, RORSum 0010761-96.2019.5.03.0008, Rel. Des. Maria Cecília Alves Pinto, em relação à iFood); e, de resto, as vias das chamadas "soluções intermediárias" (como, p. ex., a da Califórnia, com a Proposition 22 e a consequente AB-5, e da Inglaterra, equiparando motoristas de aplicativos a *workers*, os quais, na dogmática britânica, compõem uma classe intermediária entre os *employees* e os *self-employed persons*; *v*. UK Supreme Court, Uber BV and others *v*. Aslam and Farrar, Lord G. Legatt, 19.2.2021).

[76]Dizemos "excêntrico", aqui, como antônimo de "concêntrico". Sobre os círculos concêntricos da proteção da privacidade, *v*., por todos, HENKEL, Heinrich. Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indeskrition. *In*: DEUTSCHEN JURISTENTAGES, 42., 1957, Düsseldorf. **Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages**, Tübingen, B. II, T. D, Erste Abteilung, 1958, p. 80-ss.

[77]Inclusive porque a inviolabilidade constitucional da intimidade e da vida privada também pode favorecer a pessoa jurídica e o ente despersonalizado, a depender do aspecto da privacidade que esteja em conflito. Veja-se ainda, sobre as esferas concêntricas da privacidade ("*lato sensu*") e seus conteúdos, uma vez mais, a subseção 2.2.

[78]Em termos singelos, "*hard cases*" são casos litigiosos concretos para os quais a solução não aparece claramente delineada nas legislações (especialmente para países de *civil law*) e/ou nos precedentes (especialmente para países de *common law*), o que sugeriria, para os adeptos da teoria positivista da adjudicação (refutada por Dworkin), que os juízes poderiam decidir com base em sua discricionariedade jurídica. *V*., por todos, DWORKIN, Ronald. Hard cases. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, Apr. 1975. Ainda a propósito, na crítica a qualquer possibilidade de "discricionariedade judicial" para o julgamento de "*hard cases*", *v*. GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do direito público**: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, *passim*; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, *passim*. De nossa parte, entendemos, com Cappelletti e outros, que "um bom Juiz será, propriamente, aquele que se demonstre consciente, a um só tempo, dos limites e das intrínsecas fraquezas, mas, ainda, da única força da criação judiciária do Direito, força esta que consiste, sobremodo, [...] na conexão com os casos e problemas concretos e com as partes que os personificam; e, pois, no caráter participativo da função jurisdicional [...]. O bom juiz, assim consciente dos limites, mas também das potencialidades da

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tutela da privacidade na sociedade de informação já não se limita à proteção do indivíduo, nas suas esferas concêntricas da vida privada, da intimidade e do segredo, contra intromissões indevidas do Estado e de terceiros. Para além disso, protege-o nos mais diversos cenários, dinâmicos e desconhecidos, que se expandem e complexificam conforme o avanço do estado da técnica, revelando novas e maiores vulnerabilidades. No Século XXI, os dados pessoais se transformam em *commodities* e, porque traduzem atributos personalíssimos da pessoa natural, precisam ser especialmente protegidos, resguardando-se os direitos e liberdades individuais em contextos tão novos quanto desafiadores: o sigilo de comunicações telemáticas, as potencialidades e os riscos da biometria, a integridade do patrimônio e da identidade genética, os vieses discriminatórios de base inumana etc. As novas vulnerabilidades, ademais, ganham expressão e profundidade quando se somatizam as subalternidades, como se dá nas relações de emprego: os empregados se hipersubordinam, confiando aos empregadores os seus dados pessoais e a eles se sujeitando já não apenas na relação empregado/empregador, mas na relação titular/controlador.

No mundo digital, com efeito, os fetichismos capitalistas se abstratizam como nunca, tornando-se praticamente "metafetiches". Se ao longo dos últimos três séculos os processos produtivos se autonomizaram e "normalizaram" as relações sociais pela sua própria régua, de modo que as relações passaram a ser percebidas a partir das coisas e não das próprias pessoas, os ambientes digitais do Século XXI permitem que se crie valor de troca autônomo para novas "coisas" que, a rigor, sequer existem no mundo tridimensional. São, por assim dizer, "coisas" virtuais que representam coisas reais (estas já fetichizadas nas relações de mercado ordinárias): comandos binomiais - algoritmos - que, a rigor, representam mercadorias (*e. g.*, os códigos de barras), representam dinheiros (*e. g.,* as criptomoedas) e, mais recentemente, representam até mesmo pessoas (*e. g.*, os avatares do metaverso) e/ou os seus atributos personalíssimos (e eis que voltam à pauta os dados pessoais). E, bem

sua função, será sensível às circunstâncias que lhe permitam conciliar um prudente *restraint* em certos casos, com um corajoso ativismo noutros casos" (CAPPELLETTI, 2008, p. 19-20). Noutras palavras, compreendemos que os juízes têm, sim, **alguma** discricionariedade judicial, especialmente quando estão diante de textos normativos abertos (dos quais arrancam conceitos jurídicos indeterminados, normas-princípios etc.), limitada pelo dever constitucional de motivar e pela proibição geral dos julgamentos por equidade; mas, ainda assim, há margens de discrição, em que o magistrado efetivamente "cria" para além do que já criou o legislador; e entendemos, mais, que isso é absolutamente natural nos Estados democráticos (*v.* FELICIANO, 2016, p. 575-ss., sobre o paradigma do "juiz construtivo"). *V.* ainda, a propósito, HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, *passim*.

se sabe, "mercadoria", "moeda" e "pessoa" já eram, por si sós, expressões do fetichismo capitalista, as quais agora se "refetichizam".

Essas novas vulnerabilidades, ademais, ganham expressão e profundidade quando se somatizam as subalternidades, como revelaram, em nosso tempo, as relações de consumo ou, muito particularmente - e mais uma vez -, as relações de trabalho. Isso porque, tal como se deu nos albores da legislação trabalhista, a norma jurídica que deveria libertar os indivíduos e as coletividades simplesmente não é capaz de fazê-lo sem, antes, legitimar a opressão factualmente preestabelecida. O Direito do Trabalho apenas logrou estabelecer limites para o poder hierárquico patronal porque, antes, reconheceu-o e o autorizou (e tal reconhecimento se plasmou, no discurso dogmático, como um conceito definidor das próprias relações de trabalho típicas: "subordinação jurídica"). Agora, é o "direito digital" - se é que já podemos tratá-lo assim, com essa autonomia categorial - o prestidigitador da vez: no marco normativo da proteção de dados, ele legitima o poder de fato amealhado por quem detém, à frente das empresas e organizações, o domínio das estruturas e dos procedimentos necessários para o tratamento dos dados pessoais (que, repise-se, nasce, como atividade organizada de valor agregado, com a própria empresa capitalista, muito antes de se "digitalizar"). Eis a figura do controlador de dados ("*data controller*"), reconhecida e institucionalizada. A partir disso, busca-se estabelecer limites, condições e responsabilidades; mas, nada obstante, legalizou-se a subalternidade. O direito fundamental à titularidade dos dados pessoais é, por assim dizer, um direito "tutelado", eis que necessariamente mediado por quem, detendo estrutura e procedimento, é capaz de captá-los e tratá-los para as mais diversas finalidades ("*sein*"); e, mais do que isso, **pode** fazê-lo ("*sollen*").

Daqui porque, no cerne dessa nova realidade **híbrida** - a um tempo, tridimensional e digital -, a LGPD deve ser interpretada/aplicada a partir de um marco valorativo humanista, assentado em seus fundamentos (art. 2º) e sobretudo em seus princípios (art. 6º), os quais, já por isso, **(i)** desafiam desdobramentos semânticos mais atentos e sensíveis, que reconheçam o papel instrumental (e não finalístico) das tecnologias, e **(ii)** têm proeminência em relação aos restantes dispositivos da LGPD e da legislação correlata, na plenitude de suas funções normativo-deontológica, hermenêutica, integrativa, normogenética (em relação ao legislador e à própria Autoridade Nacional de Proteção de Dados) e, no que couber, derrogatória.

Impende reconhecer, ademais, que a LGPD tem natureza de **estatuto**, à maneira de outros diplomas legislativos brasileiros contemporâneos (o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Cidade etc.), o que a distingue pela sua **sólida ancoragem constitucional** (notadamente a partir da EC n. 115/2022), pela sua **transcendência normativa subordinante** (de

modo que as demais leis e regulamentos sobre proteção de dados devem ser "lidas" a partir dela - como, antes ainda, a partir do próprio art. 5º, X e LXXIX, da Constituição -, e não o contrário), pela **especial natureza tuitiva** (tutela de direitos e liberdades individuais que, nada obstante, realiza-se como proteção difusa e intergeracional), e pela **atual e potencial transversalidade** (dialogando com outras fontes formais do campo jurídico-tuitivo e, em particular, com a CLT e a legislação trabalhista).

No Direito do Trabalho, enfim, os princípios do art. 6º da LGPD ganham especial densidade, incrementada pela interação com o princípio da proteção, de modo que, em razão das preditas subalternidades somatizadas, a proteção de dados pessoais do empregado se torna mais abrangente (= inflexão horizontal) e mais consistente (= inflexão vertical) do que tende a ser, em geral, a proteção de dados reservada às demais pessoas naturais.

Eis o que se espera, com algum otimismo, para os anos vindouros de consolidação normativa, pelos caminhos regulatórios administrativos, como também - e sobretudo - pelas veredas judiciárias. Os castelos jurídicos só têm razão de ser, do ponto de vista ético, se puderem dar aposentos à dignidade do ser. E ainda que isso soe ingênuo em muitos sentidos e visões, não pode haver direção diversa.

REFERÊNCIAS

20 BIGGEST GDPR fines so far [2019, 2020, 2021 & 2022]. **Data Privacy Manager**, Zagreb, 1º fev. 2022. Disponível em: https://dataprivacymanager.net/5-biggest-gdpr-fines-so-far-2020/. Acesso em: 15 fev. 2022.

ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Berbal Pulido. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Centro de Estudios), 2004.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

BERG, Janine *et al*. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho**: promover o trabalho digno no mundo digital. Genebra: *Bureau* Internacional do Trabalho, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf. Acesso em: 13 fev. 2021.

BERTOLLI, Emilia. 56 estatísticas de violação de dados para 2019. **Varonis** (Inside Out Security), New York, 5 abr. 2019. Disponível em: https://www.varonis.com/pt-br/blog/56-estatisticas-de-violacao-de-dados-para-2019. Acesso em: 31 jan. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 3748/2020**. Institui e dispõe sobre o regime de trabalho sob demanda. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2257468.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 18 nov. 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **DOU**, Brasília, 15 ago. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer (SF) n. 45, de 2019**. Brasília: Senado Federal, 22 maio 2019b. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7956540&disposition= inline#Emenda1. Acesso em: 10 fev. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição n. 17, de 2019** (Proteção de dados pessoais). Brasília: Senado Federal, 12 mar. 2019a. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135594.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Congresso promulga emenda da proteção de dados pessoais nesta quinta-feira. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 10 fev. 2022. Disponível em: www.camara.leg.br/noticias/848902-congresso-promulga-emenda-da-protecao-de-dados-pessoais-na-quinta-feira/. Acesso em: 10 fev. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. V. I. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CARLOTO, Selma; ALMIRÃO, Mariana. **Lei Geral de Proteção de Dados comentada**: com enfoque nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2021.

COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. O direito à proteção de dados e a tutela da autodeterminação informativa. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 jun. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/constituicao-direito-protecao-dados-tutela-autodeterminacao-informativa#_ftn3. Acesso em: 30 jun. 2020.

CONGRESSO promulga emenda da proteção de dados na quinta-feira. **Acontece no RS**, Porto Alegre, 7 fev. 2022. Disponível em: www.acontecenors.com.br/noticia/41677/congresso-promulga-emenda-da-protecao-de-dados-na-quinta-feira. Acesso em: 10 fev. 2022.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. Hard cases. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 88, n. 6, p. 1057-1109, Apr. 1975.

EUROPEAN UNION. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016: on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation). **Eur-Lex**, Luxembourg, 2016. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1465452422595&uri=CELEX:32016R0679.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho**: teoria geral do direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova e dignidade humana**. São Paulo: LTr, 2007.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo**: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do "*due process of law*". São Paulo: LTr, 2016.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. (Re)descobrindo o Direito do Trabalho: *gig economy*, uberização do trabalho e outras reflexões. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula Silva Campos (Coord.). **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTr, 2019.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1991.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. ***On demand***: trabalho sob demanda em plataformas digitais. Belo Horizonte: Arraes, 2020.

FROMM, Erich. **The art of being**. London: Bloomsbury Publishing, 1992.

GARCIA, Gustavo; RESENDE, Sara. Congresso promulga PEC que transforma proteção de dados pessoais em direito fundamental. **G1**, Rio de Janeiro, 10 fev. 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/02/10/congresso-promulga-pec-que-transforma-protecao-de-dados-pessoais-em-direito-fundamental.ghtml. Acesso em: 10 fev. 2022.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do direito público**: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. **Parecer 06/2014 (WP 217) sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento de dados na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE**. Bruxelas: Direção-geral da Justiça da Comissão Europeia, 9 abr. 2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95. Acesso em: 13 fev. 2022.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução de Enio Giachini. São Paulo: Vozes, 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HENKEL, Heinrich. Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indeskrition. *In*: DEUTSCHEN JURISTENTAGES, 42., 1957, Düsseldorf. **Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages**, Tübingen, B. II, T. D, Erste Abteilung, 1958.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. 1,4 milhão de entregadores e motoristas no Brasil estão na *Gig economy*. **Notícias Ipea**, Brasília, 7 out. 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/coluna-2/acompanhe-o-ipea/busca-noticias?start=310. Acesso em: 16 fev. 2022.

ISERHARD, Antônio Maria. A idéia de sistema jurídico e o novo Código Civil: contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 23, p. 37-46, 2003.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Constitucionalização do Direito Civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 870, abr. 2008.

LYON, David. **Postmodernity**. Buckingham: Open University, 1999.

MARTINA JR., Wallace Paiva. **Transparência administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais: dignidade humana: livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física e igualdade. V. I. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. **Pensar**: Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v. 25, n. 4, out./dez. 2020.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Habeas data* e autodeterminação informativa: dois lados da mesma moeda. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Belo Horizonte, a. 12, n. 39, jul./dez. 2018. Disponível em: https://doi.org/10.30899/dfj.v12i39.655. Acesso em: 10 jan. 2020.

MENKE, Fabiano. As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 30 out.

2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/335735/as-origens-alemas-e-o-significado-da-autodeterminacao-informativa. Acesso em: 15 out. 2021.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O direito à autodeterminação informativa sob a perspectiva das instituições**. 2012. Dissertação (Mestrado)-Programa de Pós-graduação em Direito. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012a.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. O direito fundamental à autodeterminação informativa. **LETACI/UFRJ**, Rio de Janeiro, 2012b. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c. Acesso em: 7 mar. 2021.

NETAPP. **Worldwide data privacy regulations compared**. San Jose: NetApp, 2022. [*eBook*]. Disponível em: https://content.cloud.netapp.com/s/fe7d1028. Acesso em: 2 fev. 2022.

NIETO, Alejandro. Prólogo. *In*: MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción. **Postmodernidad y derecho público**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

POLLAK, Christiana. **Verhältnismässigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europaischen Gerichtshofs und des Osterreichischen Verfassungsgerichtshofs**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991.

SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen. *In*: STARCK, Christian. **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**. V. 2. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976.

SCHWABE, Jürgen. **Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Tradução de Beatriz Hennig *et al*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SENADO FEDERAL. Congresso promulga Emenda Constitucional sobre proteção de dados. **TV Senado**, Brasília, 10 fev. 2022a. Disponível em: www12.senado.leg.br/tv/plenario-e-comissoes/sessao-solene-do-congresso-nacional/2022/02/congresso-promulga-emenda-constitucional-sobre-protecao-de-dados. Acesso em: 10 fev. 2022.

SENADO FEDERAL. Congresso promulga emenda da proteção de dados na quinta-feira. **Senado Notícias**, Brasília, 7 fev. 2022b. Disponível em: www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/07/congresso-promulga-emenda-da-protecao-de-dados-na-quinta-feira. Acesso em: 10 fev. 2022.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Nota do tradutor. *In*: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Luís Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 798, abr. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **Devido processo legal na relação de emprego**: contraditório e motivação: poder disciplinar e cessação do contrato de trabalho. 2018. Tese (Doutorado em Direito)-Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018.

O BANCO DE HORAS PACTUADO POR MEIO DE ACORDO INDIVIDUAL DE TRABALHO: uma violação frontal ao texto constitucional brasileiro e a tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil

THE BANK OF HOURS AGREED UPON THROUGH AN INDIVIDUAL LABOR AGREEMENT: a frontal violation of the brazilian constitutional text and international treaties and conventions ratified by Brazil

QUERIDO, Danilo Eduardo*

Resumo: O objetivo geral do presente estudo é investigar se o banco de horas pactuado por acordo individual viola a Constituição brasileira, o princípio constitucional da vedação do retrocesso, ou tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. De início, a investigação traçou uma breve análise acerca da figura do banco de horas no ordenamento jurídico pátrio. Na sequência, cuidou de verificar se a negociação coletiva constitui um mecanismo constitucional obrigatório para a implementação do banco de horas no Brasil. Mais à frente, examinou o princípio constitucional da vedação do retrocesso e os documentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Concluiu-se, em arremate, que o banco de horas pactuado por acordo individual é manifestamente inconstitucional, porque ofende frontalmente o art. 7º, XIII, da Lei Maior e viola o princípio constitucional da proibição do retrocesso. Na mesma esteira, o instituto se mostrou incompatível com os direitos humanos listados em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

*Advogado. Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Pós-graduando em Advocacia Cível pela Fundação da Escola Superior do Ministério Público. Presidente da Comissão de Direito do Trabalho da Associação dos Advogados de Ribeirão Preto (AARP). Membro da Comissão Especial da Advocacia Trabalhista da OAB/SP. Contato: adv.querido@outlook.com.

Palavras-chave: Banco de horas. Acordo individual. Reforma trabalhista. Controle de constitucionalidade e convencionalidade. Princípio da vedação do retrocesso social.

Abstract: The general objective of this study is to investigate whether the bank of hours agreed upon by individual agreement violates the Brazilian Constitution, the constitutional principle of the prohibition of retrogression, or international treaties and conventions ratified by Brazil. At first, the research traced a brief analysis of the bank of hours in the Brazilian legal system. Next, it checked whether collective bargaining is a constitutionally required mechanism for implementing a bank of hours in Brazil. Further on, it examined the constitutional principle of the prohibition of retrogression and the international documents ratified by the Brazilian State. The conclusion was that the bank of hours agreed upon by individual agreement is manifestly unconstitutional, because it offends art. 7º, XIII, of the Constitution and violates the constitutional principle of the prohibition of retrogression. In the same vein, the institute proved incompatible with human rights listed in international treaties and conventions ratified by the Brazilian State.

Keywords: Hour bank. Individual agreement. Labor reform. Control of constitutionality and conventionality. Principle of the prohibition of social regression.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo se debruça sobre o instituto do banco de horas pactuado por acordo individual, inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n. 13.467/2017, que incluiu o § 5º no art. 59 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e tem a finalidade de analisar se essa figura jurídica confronta com a Constituição da República de 1988 (CF/1988), com o princípio da proibição do retrocesso, ou com tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil.

Preambularmente, útil esclarecer que, para a melhor compreensão e delimitação do objeto desta investigação, faz-se certa distinção doutrinária para o fim de considerar o "banco de horas" como espécie do gênero jurídico "compensação de horários". O banco de horas, nesse aspecto, permite a compensação do tempo trabalhado por prazo sempre superior a um mês.

O instituto do banco de horas pactuado por acordo individual, que configura objeto deste estudo, flexibiliza, de forma generalista, a negociação da força de trabalho da classe operária, em clara mercantilização

do próprio instituto laboral. Essa possibilidade de negociação banalizada ganha especial espanto por ser intentada de forma individual, ou seja, sem a participação do sindicato, ente coletivo eleito pelo Constituinte originário brasileiro para conduzir as principais transações entre empregador e empregados.

Essa pactuação entre empregador e empregados sobre o limite da jornada se mostra como verdadeira tentativa de "civilizar" o ramo do direito laboral, tratando, assim, duas partes com forças completamente díspares de forma igual, equivalência que é antítese à própria ciência do direito do trabalho.

Nesse cenário, sendo a negociação coletiva um direito social constitucionalmente consagrado pelo art. 7º, XIII, da Carta Maior brasileira, a trivialização do limite de jornada imposta pelo banco de horas pactuado por acordo individual faz surgir verdadeira indagação acerca da possível inconstitucionalidade dessa figura jurídica, inclusive por sua incompatibilidade com o princípio da vedação do retrocesso, e sua violação a tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. Eis a delimitação desta investigação.

2 BREVE ANÁLISE DO INSTITUTO DO BANCO DE HORAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O instituto do banco de horas constitui uma figura notadamente recente no ordenamento jurídico brasileiro. Denota-se que a redação original da CLT, datada de 1º de maio de 1943, embrionariamente previa apenas o mecanismo da compensação semanal de horas trabalhadas, o que, ainda, só era possível mediante acordo escrito entre empregador e empregado ou mediante contrato coletivo de trabalho.

Com o advento da Constituição Cidadã de 1988, a limitação da jornada de trabalho ganhou *status* de direito social fundamental. A redação do art. 7º, XIII, da Pedra Fundamental consignou ser facultada, entretanto, a compensação de horários e a redução da jornada mediante a realização de acordo ou convenção coletiva de trabalho. Note-se, portanto, que a Constituição apenas validou expressamente o que já estava previsto no plano da CLT, não tratando de qualquer compensação de horas laboradas além da semana correspondente à prestação do serviço.

Uma década após, em 1998, o instituto do banco de horas efetivamente passou a compor o ordenamento jurídico brasileiro, porquanto previsto no art. 6º da Lei n. 9.601/1998, que modificou a redação do então art. 59 da CLT. O dispositivo estipulava que o excesso de horas laboradas em um dia poderia ser compensado pela correspondente diminuição em

outro dia, de maneira a não exceder, no período máximo de cento e vinte dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, respeitando-se, do mesmo modo, o limite máximo de dez horas diárias.

Note-se, a Lei n. 9.601/1998 não utilizou expressamente o termo "banco de horas", entretanto, na prática, implementou o instituto no ordenamento jurídico brasileiro. É que, a partir da mencionada norma jurídica, possibilitou-se uma espécie de "armazenamento fictício de horas laboradas" - de onde advém, portanto, o termo "banco" -, as quais poderiam ser compensadas (satisfeitas) dentro do lapso temporal de cento e vinte dias, no momento que o empregador entender pertinente. A Lei n. 9.601/1998, observando o mandamento constitucional, também consignava ser condição *sine qua non* para a instalação do banco de horas a existência de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Nesse aspecto, a compreensão do surgimento da figura do banco de horas no Brasil demanda, de certa forma, uma breve visitação ao cenário histórico-político do país na década de noventa. Naquela época, uma crescente política neoliberal fora intentada pelo Governo Fernando Collor com o intuito de superar a grave recessão econômica então vigente. Para tanto, o país optou por privilegiar a abertura econômica e a privatização, com o suposto objetivo de incentivar a competitividade (CANO; SILVA, 2010). O setor automotivo, por sua vez, não estava preparado para investir em tecnologia e, com isso, competir com o mercado internacional, razão pela qual muitas empresas daquela seara encerraram suas atividades e, por conseguinte, demitiram centenas de trabalhadores.

A crise financeira avançava no cenário nacional, o que, dentre outros fatos, deu azo à rodada denominada "acordo das montadoras", no qual grandes empresas do setor automotivo ofertaram investir em produção e tecnologia em troca de isenção de impostos e, especialmente, de flexibilização de direitos trabalhistas por parte do então governo (VIANINI, 2017). E assim foi feito.

Nesse contexto, portanto, a figura jurídica do banco de horas germinou no Brasil como verdadeiro "acórdão" firmado entre o capital e o governo, sem uma substancial escuta da classe trabalhadora. Trata-se, nesse prisma, de mecanismo destinado a preservar, em última análise, os interesses do empregador, o qual pode economizar os recursos que seriam destinados ao pagamento de eventuais horas extras e, ainda, nas hipóteses de baixa produtividade, possibilitar a concessão de folgas aos empregados, computando o respectivo tempo inoperante para ser exigido ulteriormente.

Pouco tempo após, em 24 de agosto de 2001, o recém criado instituto do banco de horas foi alterado pelo então Governo Fernando Henrique Cardoso (FHC), por meio da Medida Provisória n. 2.164-41/2001,

que alargou o prazo de compensação das horas laboradas para o máximo de um ano. A Medida Provisória, contudo, ao menos seguiu a toada das normas jurídicas anteriores, mantendo a obrigatoriedade de acordo ou convenção coletiva de trabalho para a implementação do mencionado banco. Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro passou a comportar, no que toca ao gênero "compensação de horários", duas espécies: o "regime compensatório clássico", no qual as horas trabalhadas eram compensadas dentro da mesma semana, nos termos da previsão original da CLT, e o "banco de horas" propriamente dito, no qual as horas trabalhadas poderiam ser compensadas dentro do lapso de até um ano.

Nas duas décadas seguintes, o uso reiterado do regime compensatório clássico pacificou o entendimento jurisprudencial trabalhista, segundo o qual esse mecanismo poderia se dar por meio de pactuação bilateral escrita, desde que não houvesse norma coletiva em sentido contrário, o que foi concretizado por meio da Súmula n. 85 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), datada de 3 de junho de 2016. Destaca-se, de todo modo, que a dispensa da negociação coletiva para a implementação do regime compensatório clássico, que, então, deixou de ser aquele no qual as horas trabalhadas eram compensadas na mesma semana, para serem, assim, compensadas dentro do mesmo mês, sofreu severas críticas de parte da doutrina brasileira, a qual sustentava a inconstitucionalidade do ato por ofensa ao art. 7º, XIII, da Constituição da República. Mas as críticas não foram capazes de afetar o entendimento jurisprudencial, que consolidou a matéria. Vale esclarecer, de todo modo, que o presente estudo se debruça especialmente sobre a figura do banco de horas propriamente dito (e não sobre o regime compensatório clássico), no qual a compensação é sempre pelo prazo superior ao período de um mês.

Destarte, a espécie jurídica do instituto banco de horas, objeto da presente pesquisa, permaneceu sem qualquer alteração legislativa pelo período de dezesseis anos. Em 11 de novembro de 2017, contudo, adveio a Lei n. 13.467/2017, denominada "reforma trabalhista", que modificou mais de uma centena de dispositivos da CLT, dentre os quais o seu art. 59, que trata da matéria. A famigerada "reforma" passou a autorizar a instituição do banco de horas mediante simples acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses (art. 59, § 5º, da CLT). Trata-se do primeiro momento no qual o legislador brasileiro, em incontroversa colisão frontal com o mandamento esculpido no art. 7º, XIII, da Constituição da República, retirou a obrigatoriedade de acordo e convenção coletiva de trabalho para a implementação do regime de banco de horas, afastando, assim, a atuação e representação da classe trabalhadora pelo órgão do sindicato.

A Lei n. 13.467/2017 também estabeleceu que o atual regime compensatório clássico, pelo qual as horas laboradas são compensadas

dentro do mesmo mês da prestação do serviço, pode se dar até mesmo por meio de acordo individual tácito (art. 59, § 6º, da CLT). Até então a compensação mensal exigia que o acordo individual fosse escrito, garantindo, assim, maior segurança jurídica ao trabalhador. Essa redação se mantém até os dias atuais.

O regresso ao cenário histórico-político nacional, uma vez mais, auxilia na compreensão da motivação da alteração legislativa em apreço. Sem maiores digressões, é forçoso concluir que a Lei n. 13.467/2017 não respeitou o patamar civilizatório mínimo fixado na Constituição, ao contrário, fez surgir um parâmetro jurídico sepultado há décadas no campo do direito laboral nacional, privilegiando o poder econômico em detrimento do valor social do trabalho (DELGADO; DELGADO, 2017).

O modelo de banco de horas instado por acordo individual inserido pela Lei n. 13.467/2017 também ignorou a participação democrática, deixando de lado o debate social, especialmente com os representantes dos trabalhadores, o que fere o compromisso internacional assumido pelo Brasil na Convenção 144 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Essa inobservância, por si só, impôs vício insanável de inconstitucionalidade à "reforma" (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2017). Tem-se, portanto, que o instituto do banco de horas foi instalado - e atualizado - no ordenamento jurídico brasileiro por meio de um percurso legislativo indecoroso, apartado dos interesses da classe trabalhadora.

3 A NEGOCIAÇÃO COLETIVA COMO MECANISMO CONSTITUCIONAL OBRIGATÓRIO PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO BANCO DE HORAS NO BRASIL

A fim de compreender melhor o objeto da presente pesquisa, faz-se necessário distinguir o mecanismo do "regime compensatório clássico" e o "banco de horas", espécies do gênero regime de compensação de horários. O regime clássico é:

> [...] aquele que ocorre dentro do mês trabalhado, agregando-se horas suplementares em um ou mais dias, em determinada(s) semana(s), e se realizando a compensação, pela redução de jornada, em outro(s) dia(s) ou semana(s). (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 127).

Esse regime foi acampado pela jurisprudência laboral brasileira, sendo sedimentado pela Súmula n. 85 do TST. O segundo, o regime

de banco de horas propriamente dito, ponto sobre o qual se debruça o presente estudo, pode ser conceituado como "instituto jurídico de compensação de horários, porém estruturado em prazo muito superior ao mês" (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 129). Passa-se, portanto, à investigação.

Cabe verificar, assim, se o Constituinte originário de 1988 impôs a negociação coletiva como um mecanismo obrigatório para a implementação do regime de banco de horas. Ao tratar do tema, a redação do art. 7º, XIII, da Constituição da República foi enfática ao dispor que a compensação de horários e a redução da jornada só podem ocorrer mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Em outras palavras, o Constituinte originário assegurou, como requisito *sine qua non*, a negociação coletiva para a implementação do banco de horas.

O texto do art. 7º, XIII, da Constituição da República exprime, ao mesmo tempo, dois claros desígnios, com aplicabilidade imediata: um direito para o trabalhador e uma garantia para o sindicato. Na hipótese de eventual negociação que disponha sobre a compensação de jornada por meio de instalação de banco de horas, é direito do trabalhador ser representado (e não assistido) por sua entidade sindical. Doutra banda, no mesmo caso, há evidente garantia - e até mesmo incumbência - destinada ao sindicato, assegurando a sua legitimidade e necessária atuação na negociação, que deve ser, indiscutivelmente, coletiva.

Note-se que a interpretação sistemático-teleológica da própria Constituição da República demonstra que o Constituinte originário se preocupou em conferir ao sindicato legitimidade para a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da respectiva categoria, consignando, ainda, ser obrigatória a sua participação nas negociações coletivas de trabalho (art. 8º da CF/1988). O zelo constitucional se justifica, na medida em que o tema remete ao tronco embrionário do direito do trabalho, a limitação da jornada de trabalho, que ganhou *status* de direito fundamental social.

No mesmo sentido, a teoria piramidal ensina que uma norma de hierarquia inferior não pode afrontar outra de hierarquia superior. No caso em estudo, o art. 59, § 5º, da CLT, que tem *status* de lei ordinária nacional, obviamente não tem o condão de afastar o art. 7º, XIII, da CF/1988, que ocupa o cume do ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, ainda no plano da própria CLT, é importante observar que a mesma legislação que passou a prever a implementação do banco de horas por meio de acordo individual entre empregador e empregado, também inseriu o art. 611-A na CLT, o qual cuida de supostas hipóteses em que os instrumentos coletivos (a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho) têm prevalência sobre a própria lei. O inciso

II do mencionado dispositivo lista o banco de horas em seu rol. Dessa forma, qualquer espécie de regra hermenêutica utilizada pelo intérprete leva à mesma conclusão, qual seja, que a regra constitucional só pode ser excepcionada pela via da negociação coletiva, a qual, por sua vez, terá prevalência sobre a lei comum e, por conseguinte, sobre eventual acordo individual. O contrário, todavia, não é possível. O acordo individual jamais terá o condão de se sobrepor à lei, sobre o instrumento coletivo e, em última análise, sobre a própria Lei Maior, salvo se, em atenção ao princípio da norma mais favorável, for mais vantajoso ao trabalhador.

A malfadada Lei n. 13.467/2017 também inseriu o art. 611-B na CLT, dispondo ser objeto ilícito de qualquer instrumento coletivo (convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho) norma que suprima ou reduza direitos listados naquele rol, dentre os quais consta o direito à remuneração diferenciada para o serviço extraordinário (hora extra). Logo, se assim é com os instrumentos coletivos, com ainda mais razão deve ser com os acordos individuais, tornando incompatível o direito ao adicional de horas extras, que é um direito constitucional, com a figura do banco de horas. É que, no regime de banco de horas, o trabalho executado pelo período de uma hora em sobrejornada assegurará ao obreiro o direito de descanso pelo tempo correspondente a apenas uma hora de folga, ou seja, sem o devido adicional obrigatório, o que viola não apenas o art. 611-B, XX, da CLT, mas também a raiz do direito fundamental estampado no art. 7º, XVI, da Lei Maior.

É seguro, dessa forma, afirmar que o banco de horas, além de não trazer qualquer benefício ao polo trabalhador, atua como verdadeiro obstáculo ao gozo do direito fundamental à limitação da jornada de trabalho, prejudicando a correta remuneração do serviço extraordinário, no porcentual e na forma previstos constitucionalmente (SEVERO; SOUTO MAIOR, 2017). Cabe ir além. Ainda que se estivesse diante de um contrato de natureza comum, pelas regras do direito comum, seria impossível sustentar a validade de um acordo entre as partes derrogar, ignorar, contrariar dispositivo constitucional, especialmente para o efeito de suprimir direito social fundamental (SEVERO; SOUTO MAIOR, 2017).

É evidente, portanto, que:

> A flexibilização trabalhista autorizada pela Constituição, em especial no art. 7º, XIII, tem de ser realizada mediante os instrumentos coletivos negociados. (DELGADO, 2017, p. 1056).

Dessa forma, a negociação bilateral trabalhista levada a efeito com o objetivo de implementar o banco de horas, ainda que prevista na CLT, não deverá ser reconhecida como norma jurídica trabalhista válida,

porque colide frontalmente com a Constituição da República e a própria razão de ser histórica do direito do trabalho (SEVERO; SOUTO MAIOR, 2017).

4 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO E TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL COMO OBSTÁCULOS INTRANSPONÍVEIS À RESTRIÇÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

No âmbito do Estado Social brasileiro, o princípio constitucional da vedação do retrocesso e os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil constituem obstáculos impeditivos à implementação do banco de horas por meio de acordo individual? A indagação se faz indispensável, sobretudo em razão da indiscutível matriz civilizatória imposta pela Constituição Cidadã de 1988, assim como pelos direitos humanos conquistados desde então, que foram incorporados do plano internacional para o ordenamento jurídico doméstico.

Em linhas gerais, o princípio da vedação do retrocesso, também denominado efeito "*cliquet*", estabelece limites às atividades do legislador reformador, criando um obstáculo formal e material à eventual modificação normativa levada a efeito com o propósito de precarizar (suprimir, diminuir ou embaraçar) direitos humanos e direitos fundamentais conquistados por determinada sociedade (CANOTILHO, 2003). Vale dizer, o princípio da vedação do retrocesso, por meio da ferramenta da segurança jurídica, busca a manutenção de determinado patamar civilizatório mínimo já incorporado ao sistema jurídico de determinada sociedade. O efeito "*cliquet*", em que pese não estar nominado expressamente na Constituição da República de 1988, lá está presente, pois incorporado na norma constante do art. 5º, § 2º, o qual estabelece expressamente que os direitos e garantias expressos na Lei Maior não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil seja parte. O princípio progressista também encontra guarida na cabeça do art. 7º da Lei Maior, que estabelece serem direitos dos trabalhadores, além daqueles expressamente elencados por ela, outros que visem à melhoria de sua condição social (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 129).

No caso em exame, no que se refere à possibilidade de compensação de jornada por meio do instituto do banco de horas, a Constituição da República estabeleceu um patamar civilizatório mínimo, qual seja, que o negócio jurídico seja realizado, obrigatoriamente, mediante instrumento coletivo. Trata-se de dispositivo constitucional com carga de direito

humano social, o qual, em razão de seu caráter progressivo permanente, só pode ser alargado. A precarização, portanto, é vedada. Nessa perspectiva, o banco de horas criado pelo art. 59, § 5º, da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017, deve ser considerado incompatível com a Constituição da República, porque tal produção legislativa não observou o princípio da vedação do retrocesso.

O atual regramento celetista do banco de horas também se apresenta incompatível com tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos subscritos pelo Brasil, que possuem hierarquia de supralegalidade. Destarte, tendo em vista o *status* de lei ordinária conferido à CLT, bem como o fato de que todos os tratados e convenções internacionais incorporados pelo ordenamento jurídico brasileiro são, no mínimo, de hierarquia supralegal (podendo, se o caso, chegar até mesmo à hierarquia constitucional, na forma do art. 5º, LXXIX, § 3º, da CF/1988), a aplicação destes últimos prevalece sobre o documento celetista em eventual conflito aparente de normas.

Em prosseguimento, vale destacar que ao banalizar o exercício do trabalho em sobrejornada, a atual figura do banco de horas transforma esse trabalho excedente em jornada comum, em manifesta desobediência ao texto constitucional. Logo, face ao princípio da proteção, o banco de horas imposto por meio de acordo individual fere a Convenção 1 da OIT, a qual fixa a jornada de oito horas como o máximo da exploração possível (SEVERO; SOUTO MAIOR, 2017).

A compensação de tempo de trabalho banalizada pelo instituto do banco de horas também viola, na mesma direção, o art. XXIV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que assegura o repouso, o lazer e, especialmente, a limitação razoável das horas de trabalho, a qual contou com a participação do Brasil como Estado membro. No mesmo prisma, a sistemática do banco de horas também conflita com o art. 7º, "d" do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, o qual também assegura o descanso, o lazer e, principalmente, a limitação razoável das horas de trabalho. O documento foi ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 591, de 1992 (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 129).

O banco de horas instituído por acordo individual é manifestamente incompatível com a Convenção 98 da OIT, a qual cuida da sindicalização e especialmente da negociação coletiva, e que foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 33.196/1953. Esse documento internacional, sempre que se refere à negociação entre empregador e empregado, tem o cuidado de utilizar o termo "organizações de trabalhadores", ou seja, tratou da temática exclusivamente no sentido coletivo, o que demonstra a importância da representação do trabalhador pelo ente sindical. De igual maneira, a figura do banco de horas instaurada por meio de acordo

individual é diametralmente oposta à Convenção 154 da OIT, a qual assegura o fomento à negociação coletiva, e que foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 1.256/1994. Essa Convenção prevê exclusivamente a negociação coletiva para regular a transação nas relações de trabalho e emprego.

Com efeito, a análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro leva à conclusão que o banco de horas previsto no art. 59, § 5º, da CLT é manifestamente contrário ao princípio da proibição do retrocesso, por ofender a matriz civilizatória imposta pela Constituição Cidadã de 1988. Ainda, o mecanismo do controle de convencionalidade das normas também leva à inegável conclusão de que o banco de horas instituído por acordo individual é incompatível com os direitos humanos listados em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se debruçou sobre a figura do banco de horas pactuado por acordo individual, implementado no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n. 13.467/2017, adotando como objetivo geral a verificação de sua eventual afronta à Constituição brasileira, ao princípio constitucional da vedação do retrocesso, ou aos tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil.

De largada, desenhou-se, de forma breve, a trajetória do instituto do banco de horas no ordenamento jurídico brasileiro, caminhando desde sua origem até a sua última atualização legislativa (art. 59, § 5º, da CLT, inserido pela Lei n. 13.467/2017), sendo exposto, ainda, o cenário histórico-político do país no momento de cada mudança legislativa significativa na figura em apreço, o que fora feito com o objetivo de compreender o fundamento de cada grande alteração.

Em seguida, o estudo se ocupou em verificar se a negociação coletiva constitui um mecanismo constitucional obrigatório para a implementação do banco de horas no Brasil. A conclusão foi positiva. Isso porque a Constituição da República, em seu art. 7º, XVIII, foi categórica ao criar uma matriz civilizatória, com carga de direito humano social, que impõe a negociação coletiva para a efetivação desse tipo de compensação de jornada. Em razão do caráter progressivo permanente dos direitos humanos, e com amparo no princípio da proibição do retrocesso, o obstáculo constitucional jamais poderá ser precarizado, sobretudo por meio de previsão celetista, a qual detém hierarquia de mera lei ordinária.

Não obstante, o estudo seguiu examinando as principais normas de direito internacional - tratados e convenções internacionais - que regulam diretamente a matéria e que foram ratificadas pelo Brasil, passando, assim, a compor o ordenamento jurídico pátrio, com hierarquia supralegal. A análise dos documentos levou à inegável conclusão de que o banco de horas previsto no art. 59, § 5º, da CLT é manifestamente contrário às Convenções da OIT de n. 1, que trata da limitação máxima da jornada de trabalho, de n. 98, que cuida do direito à sindicalização e especialmente da negociação coletiva, e de n. 154, que assegura o fomento à negociação coletiva.

Na mesma esteira, verificou-se que o banco de horas instituído por acordo individual é incompatível com o art. XXIV da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a qual assegura o repouso, o lazer e, especialmente, a limitação razoável das horas de trabalho, e com o art. 7º, "d", do Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, o qual também assegura o descanso, o lazer e, principalmente, a limitação razoável das horas de trabalho.

Em arremate, portanto, a presente investigação constatou que o banco de horas instituído por acordo individual, implementado no ordenamento jurídico pátrio pela Lei n. 13.467/2017, é manifestamente inconstitucional por ofender frontalmente o art. 7º, XIII, da Constituição da República, assim como por violar o princípio da vedação do retrocesso, consagrado pela Lei Maior brasileira, e que obsta a precarização do patamar civilizatório mínimo já incorporado ao sistema jurídico brasileiro. No mesmo sentido, lançada mão do mecanismo do controle de convencionalidade das normas, o estudo constatou que o referido banco de horas é incompatível com os direitos humanos listados em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Estado brasileiro, motivo pelo qual não deve ser considerado legalmente válido ou vigente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **DOU**, Brasília, 13 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 85. **DEJT**, Brasília, 1º jun. 2016. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-85. Acesso em: 15 jun. 2022.

CANO, Wilson; SILVA, Ana Lucia Gonçalves. Política industrial do Governo Lula. **Texto para Discussão**, Campinas: IE/Unicamp, n. 181, jul. 2010. Disponível em: http://www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=1811&tp=a. Acesso em: 15 jun. 2022.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e a teoria da constituição**. 7. ed. rev. Coimbra: Almedina, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Procuradoria-Geral do Trabalho. **Nota Técnica n. 8, de 26 de junho de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho**. Brasília: MPT, 2017. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/notas-tecnicas/nota-tecnica-ndeg8/@@display-file/arquivo_pdf. Acesso em: 15 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. **Centro de Informação das Nações Unidas**, Lisboa, 2022a. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por. Acesso em: 16 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, 1966. **Organização dos Estados Americanos**, Washington, DC, 2022b. Disponível em: https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf. Acesso em: 16 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenções. C098 - Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva. **OIT Brasília**, Brasília, 2022a. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235188/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenções. C154 - Fomento à Negociação Coletiva. **OIT Brasília**, Brasília, 2022b. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236162/lang--pt/index.htm. Acesso em: 16 jun. 2022.

SEVERO, Valdete Souto; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Manual da reforma trabalhista**: pontos e contrapontos. São Paulo: Sensus, 2017.

VIANINI, Fernando Marcus Nascimento. Políticas industriais para o setor automotivo: uma comparação sobre o Brasil e a China entre as décadas de 1950 e 1990. **CSOnline Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, Juiz de Fora, n. 25, p. 112-131, dez. 2017. Disponível em: http://ojs2.ufjf.emnuvens.com.br/csonline/article/view/17518/8882. Acesso em: 16 jun. 2022.

Doutrina Internacional

OS DESAFIOS DO TELETRABALHO AO REGIME DA RESPONSABILIDADE POR ACIDENTES DE TRABALHO: breve reflexão

THE CHALLENGES OF TELEWORKING TO THE LIABILITY REGIME FOR WORK ACCIDENTS: brief reflection

BARBOSA, Mafalda Miranda[*]

1 INTRODUÇÃO

Se é verdade que já em Roma eram conhecidas hipóteses de responsabilidade pelo risco, não menos certo é que é depois da Revolução Industrial que se regista um incremento do número de casos de responsabilidade independente de culpa. E isto, curiosamente, numa época marcada ainda pelo individualismo e, portanto, pela centralidade da culpa como expediente de restrição da obrigação de indemnização, em nome de uma liberdade então entendida em termos meramente negativos. A acentuação dos perigos que a nova ordem económica envolvia fez surgir esquemas normativos como aqueles que estavam incluídos na Lei Prussiana dos Caminhos-de-ferro, de 3 de novembro de 1838 (*Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen*), que previa, no § 25, a responsabilidade da empresa concessionária por acidentes, mesmo sem culpa[1], e no sistema de compensação de trabalhadores fabris pelos acidentes

[*]Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (University of Coimbra Institute for Legal Research), Professora Associada com Agregação. Orcid: 0000-0003-0578-4249.

[1]Cf. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. V. II. Direito das Obrigações. T. III. Coimbra: Almedina, 2010, p. 591-s. Segundo o ensinamento de Deutsch, a *Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen* teria tido a sua origem sistemática no pensamento de Savigny, pese embora o autor não a tenha mencionado no seu sistema de direito romano, onde não faz sequer referência especial à *preußische Eisenbahngesetz*, datada de 1838, que sempre foi encarada segundo uma ideia de excepcionalidade. Cf. DEUTSCH, Erwin. **Allgemeines Haftungsrecht**. 2. völlig neugestaltete Aufl. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1996, p. 448.

industrais, conhecido pelo sistema de Bismarck[2], marcado pelo seu carácter assistencialista.

Como sugere Menezes Leitão (1988), "o princípio *casum sentit dominus* representava uma injustiça substancial no domínio dos danos pessoais", sentindo-se a necessidade de encontrar "formas alternativas de reparação do dano como os sistemas de segurança social ou os seguros privados". Em causa estava não só um aumento do número de acidentes, como resultado de uma crescente utilização da máquina[3], nem sempre totalmente dominada pelo homem, como também a consciência de que a habituação ao perigo por parte do trabalhador acaba por o tornar mais temerário e, portanto, mais permeável àquele[4]. E o resultado foi a consagração, em múltiplos ordenamentos jurídicos, de hipóteses de responsabilidade da entidade patronal, independentemente de culpa[5].

---

[2]Cf. ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. Joanesburgo: Juta & Co., 1992, p. 1095-s. Tratar-se-ia neste segundo caso de um esquema securitário. Veja-se, também, a referência de Menezes Cordeiro à lei alemã de responsabilidade de 1871 e ao diploma sobre acidentes de trabalho.

[3]Cf. MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2022, p. 825-s., considerando, a propósito dos acidentes de trabalho, que a responsabilidade objetiva surge associada a uma ideia de perigosidade, aparecendo quando, com a introdução da máquina, se entendeu que era necessário tutelar o trabalhador.

[4]LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Acidentes de trabalho e responsabilidade civil (a natureza jurídica da reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre responsabilidade obrigacional e delitual). **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, a. 48, p. 773-843, 1988, p. 795-s.

[5]Cf. Leitão, 1988, p. 797-s., considerando que o sistema de responsabilidade por culpa como meio para atribuir uma reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho foi abandonado em todos os países industrializados. E justifica tal abandono com o facto de o sistema envolver um juízo moral sobre o acidente que é muito difícil de estabelecer, ao mesmo tempo que contraria as conceções de solidariedade social vigentes no ordenamento jurídico e esquece a situação de necessidade da vítima que torna imprestável a aplicação do regime do art. 570º CC. Além do mais, continua o jurista, é "platónica" a ideia de que ambos os contraentes - trabalhador e entidade patronal - podem assegurar a contratação de um seguro. Cf., ainda, nas p. 800-ss., onde o autor explica que a primeira tentativa de corrigir essas dificuldades passou pela submissão dos acidentes de trabalho à disciplina da responsabilidade contratual. No fundo, incumbiria à entidade patronal uma obrigação de garantir a segurança do trabalhador e a indemnização só não seria devida se conseguisse provar que não havia culpa. Sobre a questão de saber se a obrigação de segurança e saúde do trabalhador tem natureza contratual ou legal, cf. ROUXINOL, Milena. **A obrigação de segurança e saúde do empregador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 123-s. Note-se, ainda, a referência de Menezes Leitão ao ordenamento jurídico francês, mostrando as tentativas de submeter a responsabilidade por acidentes de trabalho à disciplina da responsabilidade pelo risco, sem que houvesse prévia intervenção do legislador nesse sentido (assim, cf. p. 803-s. e nota 68). Em confronto, as posições de Saleilles e Josserand. Enquanto o primeiro parte de uma interpretação objetivista da *faute*, Josserand sustenta a sua posição com base no art. 1384º CC. Confluem ambos na ideia de que cada um deve assumir os riscos que resultam da atividade de onde retiram proveito. Para maiores desenvolvimentos, cf. SALEILLES, Raymond. **Les accidents du travail et la responsabilité civile**: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle. Paris: Arthur Rousseau, 1897, e JOSSERAND, Louis. Vers l'objectivation de la responsabilité du fait des choses. **Recueil Dalloz**, Paris, 1938, p. 65-s.

Entre nós, a Lei n. 1942, de 27 de julho de 1936, revogando o art. 2389º do Código de Seabra[6], vem dar resposta a essas preocupações, prevendo uma forma de responsabilidade pelo risco no quadro dos acidentes de trabalho. De então para cá muitos têm sido os diplomas que, sucessivamente, têm procurado disciplinar a matéria[7].

Atualmente, vigora a Lei n. 98/2009, de 4 de setembro, que consagra um sistema de responsabilidade independente de culpa de natureza privada: a entidade patronal é obrigada a responder pelos danos resultantes de acidentes de trabalho, ao mesmo tempo que assume a obrigação de contratar um seguro de cobertura de risco, o que não significa que, paralelamente, não seja possível recorrer à responsabilidade assente na culpa para fundar uma pretensão indemnizatória[8].

Não são poucas as questões dogmáticas que a adequada interpretação do regime normativo suscita. Contudo, não pretendemos

[6]O art. 2398º C. Seabra atribuía um direito à indemnização pelos danos dos acidentes de trabalho quando estes fossem devidos a culpa ou negligência da entidade patronal.

[7]Veja-se em Rouxinol, 2008, p. 54-s., a referência a uma lei anterior, datada de 1913 (24 de julho), Lei n. 83, que conferia aos operários "o direito a beneficiarem, a expensas do empregador, de assistência clínica, medicamentos e indemnização, sempre que fossem vítimas de um acidente de trabalho, sucedido por ocasião do serviço profissional e em virtude desse serviço, independentemente de culpa". Cf. Lei n. 2127, de 3 de agosto de 1965; Lei n. 100/97, de 13 de setembro, regulamentada pelo DL n. 143/99, de 30 de abril.

[8]Milena Rouxinol considera mesmo que a possibilidade de recorrer à responsabilidade civil caso o modelo de compensação sem culpa não repare a totalidade do dano é uma imposição constitucional, nos termos dos arts. 59º/1 f), 64º/1 e 59º/1 c) - cf. Rouxinol, 2008, p. 180. Segundo a autora, recorre-se à responsabilidade civil sempre que o empregador dê causa ao acidente, por inobservância da obrigação de segurança e saúde. E adianta que "o que não se poderá defender é que as entidades seguradoras garantam sempre em primeira linha [...] a reparação dos danos abrangidos pelo esquema de ressarcimento automático, mesmo quando o empregador lhes tenha dado causa, através de um ato ilícito e culposo". O que não podemos aceitar, mesmo numa fase preliminar do nosso percurso dialógico, em que ainda não apresentámos o regime legal especial a que fizemos referência, é a posição sustentada por SILVA, João Nuno Calvão da. Responsabilidade civil do empregador por actos próprios em caso de acidente de trabalho. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, a. 68, I, 2008 (também publicado em **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita**, Coimbra, 2009, p. 907-s.), quando refere, tendo em conta a tríplice opção (responsabilização contratual, delitual e pelo regime especial consagrado na Lei de Acidentes de Trabalho - LAT - do empregador), que o trabalhador lesado pode ser ressarcido pelos danos não patrimoniais mesmo que não haja atuação culposa do empregador, apesar de a LAT não o prever, o mesmo defendendo em relação aos danos patrimoniais não contemplados pelo regime legal (por exemplo, a destruição da roupa do trabalhador). O autor sustenta esta posição com apelo à teoria do cúmulo e à ideia de que o trabalhador tem a possibilidade de invocar indistintamente a modalidade de responsabilidade que lhe for mais conveniente. Ora, sendo esta uma posição de princípio que merece o nosso beneplácito, importa não esquecer que ela fica dependente de um requisito mínimo, qual seja, o da verificação em concreto de uma situação à qual sejam aplicáveis os dois regimes. Não havendo culpa da parte da entidade patronal, é óbvio que apenas se poderá mobilizar o regime da Lei dos Acidentes de Trabalho. E é no quadro desta, acedendo à sua intencionalidade última, que se poderá dizer se há ou não alguma via para ressarcir tais danos. De outro modo, o que o autor propõe não passa de uma interpretação *contra legem*, sem qualquer sustentáculo normativo.

debruçar-nos, de modo sistemático, sobre elas. Embora as rememoremos de modo instrumental, o nosso propósito é outro. Na verdade, independentemente dos problemas que classicamente emergem a este nível, sobre os quais doutrina e jurisprudência se têm debruçado, há agora um outro desafio com que o jurista tem de lidar: os acidentes sofridos pelo trabalhador que exerce a sua atividade em teletrabalho ou, mais amplamente, a distância. É exatamente este desafio que pretendemos enfrentar nas próximas páginas.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL POR ACIDENTES DE TRABALHO

2.1 Noção de acidente de trabalho

A Lei n. 98/2009 disciplina a responsabilidade da entidade patronal pelos danos decorrentes de um acidente de trabalho, e define-o, no seu art. 8º, como aquele que se verifica no local e tempo de trabalho e produz direta ou indiretamente uma lesão corporal, perturbação funcional ou doença de que resulte a redução na capacidade de trabalho ou de ganho ou a morte[9].

2.1.1 O local de trabalho

O local de trabalho é entendido, nos termos da al. a) do n. 2 do mesmo preceito, como todo o lugar em que o trabalhador se encontra ou

[9]A este propósito, cf. LEMOS, Mariana Gonçalves de. **Descaracterização dos acidentes de trabalho**. 2011. 104 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais)-Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2011, p. 21-s., questionando o que é um acidente e, nesse ensejo, se a causa dele pode ser moral e se tem de provir do exterior (ou pode resultar do próprio interior do trabalhador). Ademais, questiona se a subitaneidade do facto é ou não uma característica essencial do acidente. A autora considera que este requisito é de difícil verificação em algumas situações, como naquelas em que se dá a ação contínua de um instrumento de trabalho ou o agravamento de uma predisposição patológica (cf. p. 23). Sobre o ponto, cf., também, GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Responsabilidade civil por acidentes de trabalho e doenças profissionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1939, p. 31-s., exigindo o carácter súbito para a qualificação do acidente; Martinez, 2022, p. 837, considerando que o acidente de trabalho pressupõe que seja súbito o seu aparecimento, assentando, por isso, numa ideia de imprevisibilidade. De notar que o autor vinca, ainda, que o acidente normalmente causa uma lesão corporal, física ou psíquica, mas que pode estar, por vezes, na origem de uma doença. A este propósito, cita o Ac. RL 12.4.1993, que veio considerar acidente de trabalho o acidente vascular cerebral sofrido por um trabalhador em razão de uma discussão tida como um colega de profissão. Veja-se, ainda, na mesma obra, p. 838-s., sustentando que o acidente de trabalho é caracterizado em função dos danos, mas que qualificar o acidente em função do dano causado implica uma inversão conceptual, pelo que se deverá corrigir por via interpretativa a parte final do art. 8º/1 LAT. Do autor, cf., igualmente, MARTINEZ, Pedro Romano. Acidentes de trabalho em teletrabalho. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, a. 5, 2023, p. 2-s.

ao qual se deva dirigir em virtude do seu trabalho e que esteja, direta ou indiretamente, sujeito ao controlo do empregador[10].

Trata-se de um conceito amplo, que permite a assimilação pelo âmbito de relevância da Lei n. 98/2009 de todas as hipóteses de acidente de trabalho ocorridos não só nos espaços da empresa, como os locais de laboração, entrada, bar, balneários, entre outros, como também em locais exteriores à empresa, onde sejam prestados serviços aos trabalhadores. Não é a área geográfica propriedade da empresa que demarca a noção de acidente de trabalho, mas a ligação funcional ao desempenho da atividade do trabalhador, por um lado, e o controlo que a entidade

[10]Sobre o conceito de local de trabalho, cf. Martinez, 2022, p. 839-s. Segundo o autor, o local de trabalho abrange não só espaços da empresa, nomeadamente o átrio ou a cantina, mas também locais onde são prestados serviços ao trabalhador, ainda que fora da empresa, como sejam os serviços médicos numa clínica privada contratada pelo empregador. Assim, continua Pedro Romano Martinez, é qualquer sítio onde o trabalhador tenha de ir relacionado com a realização da sua atividade, desde que sujeito, direta ou indiretamente, ao controlo do empregador. A propósito dos acidentes ocorridos fora do local de trabalho quando se verifiquem na execução de serviços ordenados pelo empregador ou por este consentidos, explica Pedro Romano Martinez que é imperioso saber, nestas situações, se o acidente implica um ato da vida profissional ou da vida privada do lesado. E dá exemplos: o trabalhador efetua um desvio para visitar um amigo ou para almoçar num restaurante. Sofre, numa destas situações, um acidente. Poder-se-á considerar que estamos diante de um acidente de trabalho? Mais complexas são as situações - e continuamos aqui a acompanhar o autor - da vida privada que ocorrem durante a execução de uma missão fora da empresa, como por exemplo o caso do trabalhador que ingere um alimento deteriorado no restaurante onde tinha de almoçar ao serviço da empresa. A este propósito, o autor, lançando mão de uma teoria interpretativa ainda eivada pelo normativismo, fala de uma interpretação restritiva do art. 9º/2, b). De notar, a este ensejo, que o autor exige que entre o acidente e o trabalho haja uma relação de causalidade adequada. Assim, diz que sendo o infortúnio causado por uma brincadeira de mau gosto de um colega, sem qualquer relação com a atividade, não há acidente de trabalho. Não se percebe, porém, a exigência do requisito em face do alargamento do âmbito da responsabilidade da entidade empregadora. Na verdade, nas situações ponderadas pelo autor - como a da intoxicação alimentar provocada pelo almoço de trabalho - não se vislumbra qualquer causalidade, nos termos do que era/é o ensinamento da doutrina da causalidade adequada. Mesmo chamando à colação uma perspetiva que faça apelo a uma ideia de imputação objetiva - cf. BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Cascais: Princípia, 2013 -, teremos de concluir que falham os critérios gerais aptos a responsabilizar a entidade patronal como putativo lesante. Não nos parece, portanto, que se possa falar de causalidade entre o trabalho e o acidente como um dos requisitos para a imposição de uma obrigação ressarcitória ao empregador. Do mesmo modo, na situação contemplada na p. 841 ("A" é espancado à porta de casa por um trabalhador de que participou), Pedro Romano Martinez considera que há conexão com o local de trabalho, ainda que indireta. Dificilmente nesta situação se poderia denotar uma relação de causalidade adequada entre o acidente e o trabalho. Em comentário à decisão do STJ de 8.2.1995, o autor sustenta que "é exagero considerar acidente de trabalho a situação em que o trabalhador, depois de terminar a atividade, foi assaltado por dois desconhecidos num parque de estacionamento onde tinha o carro", mas considera a decisão justificável na medida em que os assaltantes exigiram a entrega da chave das traseiras do restaurante de que o sinistrado era responsável. Ora, verdadeiramente, o trabalho não é causa adequada do acidente. Duvidoso é ainda que se possa imputar a lesão a uma esfera de risco/responsabilidade encabeçada pela entidade patronal, segundo critérios fixados em termos gerais, para os diversos casos de responsabilidade civil. Veja-se, ainda, Martinez, 2023, p. 11.

patronal exerce sobre ele, por outro lado, que nos oferecem os contornos da categoria. Consoante explica Pedro Romano Martinez,

> O controlo direto verificar-se-á, em particular, na típica relação laboral em que, durante o horário de trabalho, o trabalhador está sujeito ao poder direção do empregador. O controlo indireto poderá existir em relações laborais em que a prestação é realizada fora da empresa (p. ex., trabalho no domicílio ou teletrabalho) e com respeito a trabalhadores com alguma independência na execução da atividade laboral, nomeadamente aqueles que desempenham as tarefas fora do espaço geográfico de implantação da empresa (*v. g.*, vendedores externos). (MARTINEZ, 2023, p. 11).

Esse entendimento amplo leva o autor a criticar a necessidade de introdução de alterações à lei na sequência da modificação do regime do teletrabalho. De facto, se, na sequência das alterações introduzidas pela Lei n. 83/2021, de 6 de dezembro, passa a ser considerado local de trabalho, no caso de teletrabalho ou de trabalho a distância, aquele que conste do acordo de teletrabalho, de acordo com Pedro Romano Martinez tal explicitação era despicienda, atenta a amplitude do conceito de local de trabalho. Temos, porém, dúvidas quanto à possibilidade de se falar de um controlo indireto da entidade empregadora relativamente a locais de trabalho que, na realidade, são controlados pelo próprio trabalhador. Importa, não obstante, considerar que não só a concretização prático-normativa da noção de acidente de trabalho nos leva a responsabilizar a entidade patronal em hipóteses nas quais o controlo a que se alude parece pouco consentâneo com os dados da realidade, como a extensão do conceito de acidente de trabalho - a que somos conduzidos pelo art. 9º, LAT, e a que nos referiremos *infra* - afastará a possibilidade de falar de um efetivo controlo em muitas situações de responsabilidade por acidentes de trabalho.

2.1.2 Tempo de trabalho

Tempo de trabalho, por seu turno, é o período normal de laboração (art. 198º Código do Trabalho), bem como o que precede o seu início, em atos de preparação, e o que se lhe segue, e ainda as interrupções normais ou forçosas de trabalho[11]. Incluem-se, portanto, no tempo

[11]Dando exemplos de cada uma destas situações, cf. Silva, 2008: momento em que o trabalhador veste o uniforme (ato de preparação), arruma as ferramentas (atos subsequentes ao período normal de laboração), e situações como as de pausa para um café ou corte de energia (interrupções normais ou forçosas de trabalho). A este propósito, cf., igualmente, Lemos, 2011, p. 33,

de trabalho os intervalos de descanso e os períodos em que, por algum motivo fortuito, não é possível continuar a laboração, *v. g.*, por avaria das máquinas[12]. Mas não se integram nestas interrupções os períodos de suspensão de trabalho, como as que resultam de uma greve[13].

2.1.3 Extensão do conceito de acidente de trabalho

O conceito de acidente de trabalho, já de si bastante amplo[14], é alargado nos termos do art. 9º, passando a abranger, entre outras situações, os chamados acidentes de trajeto ou de percurso (acidentes *in itinere*).

Nos termos do art. 9º/1, LAT, considera-se também acidente de trabalho aquele que ocorre: a) no trajeto de ida para o local de trabalho ou de regresso deste; b) na execução de serviços espontaneamente prestados e de que possa resultar proveito económico para o empregador; c) no local de trabalho e fora deste, quando esteja em causa o exercício do direito de reunião ou alguma atividade de representação dos trabalhadores; d) no caso de frequência de cursos de formação profissional no local de trabalho ou fora deste, desde que, na última hipótese, haja autorização expressa do empregador para tal; e) no local de pagamento da retribuição, enquanto o trabalhador aí permanecer para tal efeito; f) no local onde o trabalhador deva receber qualquer forma de assistência ou tratamento em virtude de anterior acidente, enquanto aí permanecer para esse efeito; g) quando o trabalhador procura emprego durante o crédito de horas para tal concedido por lei aos trabalhadores com processo de cessação do contrato de trabalho em curso, ou h) aquando da execução de serviços determinados pelo empregador ou por ele consentidos, fora do local e do tempo de trabalho.

Particularmente importante tem sido a conceptualização dos acidentes *in itinere*[15]. Trata-se, nos termos do art. 9º/2, LAT, do acidente

dando conta da complementaridade entre o tempo e o local de trabalho. Assim, se numa interrupção de trabalho o trabalhador se ausentar da empresa para ir comprar cigarros, o desastre eventualmente ocorrido não se qualifica como acidente de trabalho, porque ele se encontra fora do controlo, direto ou indireto, do empregador. Dando o mesmo exemplo, cf. Martinez, 2022, p. 841.

[12]Martinez, 2023, p. 12.

[13]*Idem*. Esclarece, porém, o autor que, se, durante o período de suspensão do contrato, o trabalhador tem de se dirigir à empresa, o sinistro pode ser qualificado como acidente de trabalho.

[14]Veja-se, a este propósito, Lemos, 2011, p. 21-s. Atente-se, especialmente, no Acórdão do STJ de 21.5.2003, citado pela autora, nos termos do qual se considera que o gerente administrador está sempre ao serviço da empresa, não tendo um local de trabalho confinado, pelo que será acidente de trabalho o que sofre quando guia um automóvel de regresso a casa, depois de ter transportado um dos melhores clientes da empresa.

[15]GOMES, Júlio. **O acidente de trabalho**: o acidente *itinere* e a sua descaracterização. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 161-s.

que se verifique nos trajetos normalmente utilizados pelo trabalhador, durante o período de tempo habitualmente gasto pelo trabalhador, entre qualquer dos seus locais de trabalho, no caso de ter mais do que um emprego; entre a sua residência, que pode ser habitual ou ocasional, e as instalações que constituem o seu local de trabalho; entre a residência habitual ou ocasional e o local de pagamento da retribuição; entre as instalações que constituem o local de trabalho e o local de pagamento da retribuição; entre a residência habitual ou ocasional e o local onde o trabalhador recebe assistência ou tratamento por virtude de acidente anterior; entre as instalações que constituem o local de trabalho e o local onde o trabalhador recebe assistência ou tratamento por virtude de acidente anterior; entre o local de trabalho e o local da refeição, e entre o local onde, por determinação do empregador, presta qualquer serviço relacionado com o seu trabalho e as instalações que constituem o seu local de trabalho habitual; entre o local onde, por determinação do empregador, presta qualquer serviço relacionado com o seu trabalho e as instalações que constituem a sua residência habitual ou ocasional.

Decorre do exposto que há **dois requisitos genéricos** para que se possa qualificar um acidente de trajeto ou de percurso: ele tem de verificar-se no **percurso normal** do trabalhador e num **tempo habitualmente gasto** por ele, importando densificar a noção de normalidade a que somos conduzidos. Na verdade, como, de modo dubitativo, explicita Romano Martinez,

> Poder-se-á questionar do fundamento para responsabilizar o empregador por um acidente ocorrido num trajeto desrazoável que o trabalhador habitualmente percorre. (MARTINEZ, 2023, p. 13).

Em regra, não se admitem desvios no trajeto dito normal. Aceita-se, porém, nos termos do art. 9º/3, LAT, que o acidente pode ocorrer:

> [...] quando o trajeto normal tenha sofrido [...] desvios determinados pela satisfação de necessidades atendíveis do trabalhador, bem como por motivo de força maior ou por caso fortuito. (PORTUGAL, 2009a).

De acordo com Pedro Romano Martinez, "o trajeto normal será aquele que, objetivamente, for considerado ideal, mesmo que não seja o mais curto, nem o realizado a diário", pelo que se considera normal:

> [...] o percurso em que haja desvios determinados pela satisfação de necessidades atendíveis do trabalhador,

> bem como por motivo de força maior ou caso fortuito. (MARTINEZ, 2023, p. 14).

Continuando a acompanhar os ensinamentos do autor,

> Os desvios determinados por motivo de força maior (*v. g.*, enxurrada que levou a um corte de estrada) ou caso fortuito (p. ex., avaria mecânica que implicou uma ida à oficina) não carecem de maiores explicações. Mas os desvios ditados pela satisfação de necessidades atendíveis do trabalhador têm de ser concretizados; se o trabalhador se afasta diariamente do caminho ideal para ir levar os filhos à escola compreende-se que se enquadre no percurso normal para efeito de tutela legal; diversamente, quando se desvia do trajeto ideal para almoçar num restaurante da sua predileção, não se pode considerar que a situação esteja abrangida no conceito de percurso normal. (MARTINEZ, 2023, p. 14).

Do mesmo modo, não se aceitam interrupções no trajeto, exceto quando elas sejam determinadas por necessidades atendíveis do trabalhador, por motivo de força maior ou caso fortuito.

A estes dois requisitos genéricos associa-se um outro: a ocorrência do acidente num dos trajetos tipificados na lei. A este propósito, questiona-se se o elenco de trajetos previstos no n. 2 do art. 9º, LAT, é taxativo ou exemplificativo. De acordo com a posição defendida por Romano Martinez,

> Numa interpretação extensiva do art. 9º, n. 2, da LAT incluir-se-iam nos acidentes *in itinere* outros percursos, designadamente o realizado pelo trabalhador para tomar café em qualquer pausa que lhe seja concedida ou, tendo duas ocupações, quando se desloca de uma empresa para outra. Esta interpretação extensiva tem de ser apreciada com a devida prudência, pois está-se perante uma exceção introduzida num regime, já de si, excecional; de facto, a responsabilidade objetiva corresponde a um regime excecional (art. 483º, n. 2, do CC) e os acidentes de percurso, também por via de exceção, alargam o campo de aplicação desta responsabilidade. (MARTINEZ, 2023, p. 14).

O argumento do autor não procede. Na verdade, não só, de acordo com uma adequada compreensão da interpretação jurídica, que olha para a norma na perspetiva de um problema e não de um texto, a interpretação extensiva inexiste enquanto resultado interpretativo, devendo antes

falar-se de extensão teleológica, o que pressupõe um confronto analógico entre o problema solucionado pela norma e o problema concreto, como, por isso mesmo, não faria sentido afastar da realização do direito a analogia, ainda que em causa esteja uma norma excecional. Mas mesmo de acordo com uma perspetiva hermenêutica, que olhe para a norma como um texto e reconheça validade ao cânone metodológico do legislador, a interpretação extensiva, a existir, não ficaria nunca arredada do discurso do decidente. Parece-nos, porém, que, do ponto de vista substancial, tem inteira razão Pedro Romano Martinez. De facto, ao alargar-se o conceito de acidente de trabalho está-se a estender demasiado uma responsabilidade já de si objetiva, o que pode desvirtuar a repartição de risco que foi estabelecida pelo legislador.

2.2 Descaracterização do acidente de trabalho

Há, porém, situações de descaracterização do acidente de trabalho. Nos termos do art. 14º do citado diploma, o empregador não tem de reparar os danos decorrentes do acidente que for dolosamente provocado pelo sinistrado ou provier de seu ato ou omissão, que importe violação, sem causa justificativa, das condições de segurança estabelecidas pelo empregador ou previstas na lei; provier exclusivamente de negligência grosseira do sinistrado; resultar da privação permanente ou acidental do uso da razão, nos termos do Código Civil, salvo se tal privação derivar da própria prestação do trabalho, for independente da vontade do sinistrado ou se o empregador ou o seu representante, conhecendo o estado do sinistrado, consentir na prestação[16]. O empregador não tem, igualmente, de reparar o acidente que provier de motivo de força maior[17], nos termos do art. 15º, isto é, que provier de forças inevitáveis da natureza, independentes da intervenção humana, que não constituam um risco criado pelas condições de trabalho, e desde que o referido acidente não se produza ao ser executado um serviço expressamente ordenado pelo empregador em condições de perigo evidente.

2.3 Implicação e causalidade

As hipóteses de descaracterização do acidente de trabalho apontam-nos para uma ideia de delimitação da esfera de risco assumida

[16]Acerca do art. 14º, LAT, *vide* Martinez, 2022, p. 859, considerando que o preceito não introduz limites negativos à qualificação do acidente de trabalho, determinando antes casos em que não há o dever de indemnizar. A ideia central é a da autorresponsabilidade do trabalhador pela sua conduta.
[17]Distinguindo os casos de força maior dos eventos fortuitos e considerando que os segundos não excluem a responsabilidade da entidade empregadora, cf. Martinez, 2022, p. 864. Para maiores desenvolvimentos sobre a questão da força maior e do facto fortuito, em geral, cf. Barbosa, 2013, p. 947 e demais bibliografia aí citada.

pela entidade empregadora, em confronto com a esfera de risco encabeçada pelo trabalhador[18]. Outras indicações do legislador existem nesse sentido. Dispõe o art. 11º da Lei n. 98/2009 que a predisposição patológica do sinistrado num acidente não exclui o direito à reparação integral, salvo quando tiver sido ocultada.

O apelo ao confronto de esferas de risco como critério de imputação objetiva de uma lesão ao comportamento do lesante não é exclusivo do nicho problemático que temos em mãos. Tivemos oportunidade, a outro ensejo, de mostrar isso mesmo, ao traçar um quadro imputacional objetivo que procura dar resposta aos problemas outrora resolvidos em sede de causalidade[19]. Para tanto, e no tocante às predisposições constitucionais do lesado, sublinhámos que, se elas forem conhecidas do lesante, afirma-se, em regra, a imputação, exceto se não for razoável considerar que ele fica, por esse especial conhecimento, investido numa posição de garante. Se não forem conhecidas, então a ponderação há de ser outra. Partindo da contemplação da esfera de risco edificada pelo lesante, dir-se-á que, ao agir em contravenção com os deveres do tráfego que sobre ele impendem, assume a responsabilidade pelos danos que ali se inscrevam, pelo que haverá de suportar o risco de se cruzar com um lesado dotado de idiossincrasias que agravem a lesão perpetrada. Excluir-se-á, contudo, a imputação quando o lesado, em face de debilidades tão atípicas e tão profundas, devesse assumir especiais deveres para consigo mesmo. No meio-termo, encontramos todas as situações em que o risco acaba por ser partilhado entre o lesante e o lesado[20].

Constata-se, portanto, não ser possível dar uma resposta apriorística ao problema, rejeitando-se, concomitantemente, qualquer

[18]Neste sentido, cf. Lemos, 2011, p. 61-s., considerando que a responsabilidade do empregador deve ter limites, porque não é justo que assuma o risco de uma situação completamente alheia à atividade laboral da qual retira benefícios. A autora aproxima a questão da descaracterização do acidente de trabalho da figura da culpa do lesado, pese embora aponte diferenças - "não se trata tanto aqui da contribuição do lesado na conduta do lesante, mas na agravação do risco laboral que propiciou o acidente, na eclosão do evento lesivo ou na sua própria causa; ou mesmo da sua responsabilidade exclusiva na causalidade do acidente" (p. 63-64).

[19]Cf. Barbosa, 2013, p. 993-s.

[20]Sobre o ponto, cf. Barbosa, 2013, p. 993-s. Em causa está, em face das aporias a que os entendimentos tradicionais da causalidade nos conduzem, uma tentativa de resolver o problema da ligação entre o dano e o comportamento do agente em termos de imputação. Note-se, porém, que, como na referida obra tivemos oportunidade de salientar, esta imputação que se busca não diz respeito à questão do preenchimento da responsabilidade, mas outrossim à fundamentação da responsabilidade. Pressuposto do que fica dito é, portanto, a certeza clara da cisão, dentro do que outrora era conhecido por causalidade, entre dois segmentos imputacionais: a causalidade fundamentadora da responsabilidade, com que agora se lida, e a causalidade preenchedora da responsabilidade. No tocante ao problema da predisposição constitucional do lesado ao nível da regulamentação dos acidentes de trabalho, importa sublinhar que os dois segmentos parecem confluir no disposto no art. 11º da Lei n. 98/2009. Não obstante, o n. 1 do preceito parece lidar diretamente com questões imputacionais, e não apenas com a determinação do montante da indemnização.

visão globalizante dele. Ao mesmo tempo, percebe-se que, na valoração que seja feita, porque de um cotejo de esferas de risco estamos a falar, ficamos dependentes, também, dos próprios contornos da responsabilidade encabeçada pelo lesante. É aqui que as dificuldades aumentam ao nível da responsabilidade por acidentes de trabalho. Com efeito, inexiste uma esfera de risco assumida pela entidade empregadora com contornos definidos. Somos confrontados - em face da amplitude que a mesma apresenta - não com uma esfera desenhada a partir dos riscos inerentes à atividade laboral - seja ela qual for -, mas com uma esfera de extensão máxima, em nome da tutela do trabalhador.

A delimitação que é estabelecida aponta para um fundamento da responsabilidade que extravasa o risco e encaminha-nos para uma componente assistencialista[21]. A causalidade, ainda que com o sentido imputacional com que a procuramos revestir, deixa de ser pensada na ligação entre o acidente e os riscos próprios da laboração[22]. Há, contudo, uma ligação que não se perde. Para o percebermos, basta relembrarem-se as situações de descaracterização do acidente e de verificação de um caso de força maior. Dir-se-ia, portanto, que o critério de ligação entre o acidente e o trabalho é, em primeira linha, espácio-temporal, e, em segunda linha, porque é necessário densificar - face à amplitude com que somos confrontados pela disciplina legal - o conceito de local e tempo de

[21]Na verdade, qual a possível ligação ao risco profissional ou ao risco de autoridade naquelas situações em que o trabalhador "A" é lesado quando se dirige para o local de trabalho ou, para recuperar o exemplo anteriormente apontado, sofre uma intoxicação alimentar num almoço de trabalho?

[22]Cf., a este propósito, Leitão, 1988, p. 29-s., considerando que o dano tem de ser resultado direto ou indireto de um acidente de trabalho ou de um acidente a ele equiparado, ainda que em concorrência com outras causas, como a predisposição patológica, a doença ou a lesão anterior e a lesão ou doença que seja consequência do trabalho. Sublinha que esta causalidade é presumida quando a lesão ocorre em seguida ao acidente. Assim, conclui Menezes Leitão que o dano tem de estar incluído dentro de uma certa zona de riscos, que é delimitada através de uma relação com a prestação de trabalho, mas defende que não se exige um nexo de causalidade entre a prestação de trabalho e os danos. Ao contrário, o nexo de causalidade só tem de se verificar entre o acidente e os danos, porque a relação entre o acidente e a prestação de trabalho é uma relação diferente, de natureza etiológica. Mais à frente (p. 31-s.), o autor evidencia, a propósito da questão da descaracterização do acidente, que a reparação do dano só é atribuída quando a sua causa corresponda à verificação de um risco da situação laboral, estando excluídos da reparação os danos estranhos a essa situação. Mas não podemos ver neste esquema um modelo de imputação pelo risco à entidade patronal, à semelhança do que ocorre ao nível dos arts. 499º e ss. CC, porque são tutelados riscos mais vastos do que os que qualquer imputação pelo risco permitiria atribuir à entidade patronal. O autor dá como exemplo o acidente de trajeto, que não se explica, segundo o seu parecer, nem pelo proveito da entidade patronal, nem pelo risco profissional, nem pelo risco de autoridade. Na verdade, adianta a p. 32 que os riscos cobertos são os que o próprio trabalhador corre ao colocar no mercado a sua força de trabalho. Em sentido contrário, como já referimos, cf. Martinez, 2022, p. 826, considerando que tem de existir uma relação de causalidade adequada entre o trabalho e o evento lesivo; Mariana Gonçalves de Lemos (2011, p. 48-s.) dando conta do estado da questão na doutrina e explicando que há um nexo causal entre a ocorrência do acidente e a prestação de trabalho, que estabelecem entre si uma relação que não é indireta (ao contrário, a relação entre eles deve ser direta e causal - p. 50).

trabalho, material. Em todas as situações em que a estrita presença do trabalhador num local definido para executar a prestação laboral ou em que o cumprimento de um horário de trabalho não é bastante, exige-se uma conexão material ao quadro de competências que lhe foi atribuído[23].

Estamos, porém, longe do critério assente no risco plasmado, por exemplo, no art. 500º CC. Dir-se-ia que a conexão material se preenche sempre que o trabalhador se encontre naquele local, naquele momento e naquelas circunstâncias em virtude do seu trabalho. Em jogo, parece não estar qualquer ideia de causalidade, mas algo similar que, pressupondo um sentido imputacional mínimo, pode andar próximo do que em França se designa por nexo de implicação[24].

Isto não é, contudo, bastante para que haja responsabilidade da entidade empregadora. A lesão que venha a verificar-se tem de poder ser reconduzida ao acidente vivenciado. E é aqui que a predisposição constitucional do lesado, a que fizemos referência, entra em jogo[25]. A este

[23]Assim se resolvem, portanto, as situações como as anteriormente relatadas do desvio no trajeto profissional e do almoço de trabalho.

[24]Isto é, o trabalho tem de estar implicado no acidente. Esta implicação pode resultar em termos formais dos critérios consagrados na lei ou, em casos mais complexos, de uma conexão material com as funções da pessoa. Daí dizer-se que andamos longe do juízo imputacional a que somos conduzidos pelo art. 500º CC. A este propósito, cf. VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**: les conditions de la responsabilité. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006, p. 182. As autoras distinguem o nexo de causalidade do *lien de rattachement* e da *implication*. Segundo esclarecem, o nexo de causalidade coloca em relação dois elementos constitutivos da responsabilidade - o facto gerador e a responsabilidade. Aquele pode ser um facto pessoal do defensor, mas também pode ser um comportamento de um terceiro ou estar polarizado numa coisa. Nestas últimas hipóteses, a relação causal entre o facto gerador e o dano não é suficiente para designar o responsável, sendo imprescindível uma outra relação a unir a atividade lesiva a uma pessoa que lhe é estranha. Fala-se, então, de um *lien de rattachement*. Diferente seria, ainda, o conceito de *implication*: utilizado na lei de 5 de julho de 1985 sobre a indemnização das vítimas dos acidentes de circulação, cujo art. 1º considera aplicável "às vítimas de um acidente de circulação no qual está implicado um veículo terrestre a motor", manteria, conforme se lê a p. 183, um "certo parentesco com a causalidade", não deixando de se notar que a *Cour de Cassation* censura a orientação jurisprudencial que mobiliza os termos causais para apreciar a implicação de um veículo no acidente. O nexo de implicação foi por nós explicitado em BARBOSA, Mafalda Miranda. Os conceitos de causalidade, imputação e implicação a propósito da responsabilidade civil por acidentes de trabalho. *In*: FERNANDES, Francisco Liberal; REDINHA, Maria Regina Gomes (Coord.). **Para Jorge Leite**: escritos jurídico-laborais. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 53, e acabaria por ser acolhido em termos jurisprudenciais. Vejam-se, a título de exemplo, os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 16.9.2015, Proc. n. 112/09.5TBVP.L2.S1 (Relator Mário Belo Morgado); do Tribunal da Relação do Porto de 7.1.2019, Proc. n. 8982/16.4T8VNG.P1 (Relatora Paula Leal de Carvalho), e de 11.9.2017, Proc. n. 62/15.6Y7PRT.P1 (Relatora Paula Leal de Carvalho). E, em certa medida, permite superar a tradicional querela na doutrina que opunha os defensores da existência de um nexo de causalidade entre a prestação do trabalho e o acidente e os que afastavam tal exigência.

[25]A este propósito, cf. Martinez, 2022, p. 847, considerando que a predisposição patológica do trabalhador não exclui o direito à reparação, mas sustentando que a obrigação de indemnização se encontra excluída quando a doença ou lesão anterior for a causa única do dano, pois aí falha totalmente o nexo causal com o acidente. A este propósito, fala da situação em que há uma explosão na empresa que não causou qualquer arranhão ao trabalhador, mas provoca um ataque

nível, já estamos a lidar com a ligação entre a lesão verificada e o acidente. E a esse propósito rege, também, o art. 10º do citado diploma, nos termos do qual a lesão constatada no local e no tempo de trabalho ou nas circunstâncias previstas no art. 9º, relativo ao acidente de trajeto, presume-se consequência de um acidente de trabalho.

A presunção para a qual, assim, somos encaminhados mostra-nos que o problema da imputação da lesão ao acidente se dá por resolvido quando, temporalmente, há uma coincidência entre a verificação do segundo e o aparecimento da primeira[26]. De todo o modo, há a possibilidade de a lesão sobrevir em momento posterior à ocorrência do acidente. Neste caso, as dificuldades do lesado agigantam-se, uma vez que terá de provar que a lesão foi consequência daquele. Entendem os autores que deve ser, a este nível, chamada a depor a causalidade adequada. Não cremos, porém, que ela possa ajudar o jurista decidente na solução que se busca. Na verdade, a probabilidade em que ela se estriba não prova que o dano foi uma consequência do acidente. O mais que se consegue, de acordo com uma formulação positiva, é saber se é normal que aquele tipo de dano resulte daquele tipo de acidente; ou, de acordo com uma formulação negativa, determinar se para o surgimento daquele dano foi ou não indiferente aquele acidente. Ademais, dependendo do índice cognitivo de que se parta, ou somos condenados a uma visão puramente estatística da conexão que pretendemos estabelecer, ou nos aproximamos irremediavelmente da culpa[27]. Dir-se-á, então, que a prova imposta pelo legislador nos aponta para a necessidade de comprovar prático-normativamente que a lesão se insere, apesar da dilação temporal, na zona de risco implicada pelo acidente. Se noutras hipóteses ressarcitórias as dificuldades comunicadas pela causalidade adequada poderiam ser suplantadas por uma ideia de exigibilidade ou de pertinência à esfera de responsabilidade

cardíaco em virtude de uma doença cardíaca anterior. Sustenta o autor que deve haver, aqui, exclusão da obrigação de indemnizar. Repare-se que o autor funda a sua posição na falta de nexo de causalidade com o acidente. Não cremos, no entanto, que no exemplo vertido se possa excluir a implicação do acidente na ocorrência do enfarte. A dificuldade está, face à não edificação de uma esfera de responsabilidade assente na exigibilidade ou na constatação de certos riscos, em delimitar a relevância daquele para a ocorrência do dano/lesão. Ora, como veremos, apenas a ideia de coincidência temporal e espacial pode ser de molde a excluir a responsabilidade. A ideia da predisposição patológica como causa única da lesão estava contida na Lei n. 2127, de 1965, tendo, no entanto, desparecido da disciplina legal.

[26]Cf., porém, o Acórdão STJ 20.11.1996, citado por Martinez, 2022, p. 857: em causa a queda de um trabalhador seguida de coma e morte. Os familiares opuseram-se à autópsia. Considerou o Tribunal que isto faz inverter o ónus da prova.

[27]De facto, se partirmos daquilo que o agente deveria conhecer no momento da prática do facto, corrigido pelo que ele efetivamente conhecia, para formularmos o juízo de prognose póstuma em que se traduz o ajuizamento causal, então, tendo em conta que a culpa se afere em abstrato, e mesmo sabendo que o polo de referência de ambas é diverso, somos confrontados com uma aproximação à culpa que nos condena a uma irremediável confusão categorial, o que, no quadro da responsabilidade objetiva, não nos deixa condenar a um juízo que de todo estava ausente.

desenhada a montante, a amplitude comunicada pelo modelo de responsabilidade por acidentes de trabalho leva-nos a enfrentar dificuldades acrescidas. Apesar disso, e até por isso, o polo de referência imputacional com que haveremos de lidar há de ser o acidente implicado no exercício da atividade laboral. Assim, poder-se-á sustentar que a prova que se procura se obtém pela comprovação da inserção daquele dano entre os possíveis danos que o acidente poderia originar.

Uma outra via de interpretação da exigência legal é a da efetiva prova da causa real do dano/lesão[28]. Simplesmente, esta alternativa esbarra em dois obstáculos de não pequena monta. Em primeiro lugar, ela mostra-se contrária à intencionalidade normativa do diploma que tipifica a responsabilidade por acidentes de trabalho; em segundo lugar, poderia redundar na prova de factos negativos, quais sejam, a não ocorrência de qualquer outra causa para aquele dano, a não ser que nos encaminhássemos para uma posição probabilística estatística que nos condenaria à discussão acerca do grau de probabilidade exigível para se dar como certa a origem da lesão.

O problema é delicado pela dilação temporal entre a ocorrência do acidente e a verificação da lesão. Na doutrina alemã, fala-se dos chamados *Langzeit-und Spätschäden.* Trata-se não de uma "categoria dogmaticamente independente", mas de uma referência doutrinal aos danos tardios e aos danos que se repercutem no tempo: danos de duração prolongada cuja ocorrência inicial é tardia, danos que só muito posteriormente se concretizam. Ainda que possam ser imputados, passados muitos anos, ao evento inicial, alertam os autores para o facto de, com a dilação temporal, aumentar a responsabilidade própria dos lesados pela conformação da sua vida, pelo que mais facilmente se integraria o dano na *allgemeinen Lebensrisiko*[29]. A questão é reconhecida ao nível da responsabilidade pelo risco, tendo aí de se indagar se o dano se integra ou não na conexão de risco[30]. Simplesmente, no tocante às situações em apreço, a indefinição da esfera demarcada, pela amplitude que a obrigação de ressarcimento ganha, torna mais complexa uma tarefa já de si difícil.

---

[28]Na verdade, se em termos gerais os critérios imputacionais não apontam nesse sentido (cf. Barbosa, 2013, cap. X), menos se poderá defender essa solução num quadro imputacional caracterizado pela tentativa de proteção o mais ampla possível - dentro de um padrão que se quer justo - do trabalhador.

[29]Nesse sentido, LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. **Handbuch des Shuldrechts**: Schadensersatz. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 145.

[30]Cf. BRÜGGEMEIER, Gert. **Haftungsrechts**: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Berlin: Springer, 2006, p. 112. Afirma o autor que, também ao nível da responsabilidade pelo risco, se levanta o problema da imputação de lesões distantes (*Fernverletzungen*), tendo de se indagar se o dano se integra ou não na conexão de risco (*Risikozusammenhang*), levando o RG a falar de esferas de risco (*Risikosphären*). O principal problema, nas situações em apreço, coloca-se pela indefinição daquelas.

Concretizemos um pouco mais essa ideia. Vimos que, para que haja, no quadro do diploma que regula os acidentes de trabalho, uma pretensão indemnizatória procedente contra a entidade patronal é necessário que se verifique um acidente e que este possa ser relacionado, por uma das vias previstas normativamente, à atividade laboral considerada em sentido amplo. Sabemos, também, que o acidente só é revelante para estes efeitos se dele resultar uma lesão corporal, uma perturbação funcional, doença ou a morte, pelo que há que reconduzir esses resultados à esfera de riscos traçada pelo acidente. Ora, esta afigura-se, a um tempo, demasiado ampla e pouco densificada. Em primeiro lugar, todas as lesões que sobrevenham ao tempo do acidente são reconduzidas, presuntivamente, a essa esfera, nos termos do n. 1 do art. 10º; em segundo lugar, as lesões não têm de ter no acidente a sua causa exclusiva. Ademais, inexiste uma qualquer ideia de especificidade do risco potenciado pelo acidente, donde a conexão se torna mais dúbia. Quer isto dizer que, no cotejo comparativo entre uma esfera de risco delineada a partir do acidente e uma esfera de risco geral da vida (ou mesmo de uma esfera de risco encabeçada pelo lesado ou por um terceiro), o risco geral da vida se pode ter de contrair e que, assim, o dano temporalmente distante pode vir a ser reconduzido ao acidente mesmo quando partilhado por este último círculo de autorresponsabilidade.

Dir-se-ia, portanto, que a prova do dano que o art. 10º/2 reclama se deve traduzir na prova da possibilidade da produção da lesão pelo acidente ocorrido. Parece, de facto, ser esse o sentido do nexo de implicação[31] que já estava presente ao nível da presunção contida no n. 1 do mesmo preceito[32].

[31]Haverá, assim, um duplo nexo de implicação: o trabalho tem de estar **implicado** no acidente, e o acidente tem de estar **implicado** na lesão. É claro que este segundo nexo de implicação acaba por se aproximar - de algum modo - de um nexo de imputação. Contudo, a intencionalidade da disciplina legal relativa aos acidentes de trabalho impede-nos, aqui, de mobilizar os critérios que damos por certos em geral. Isso torna-se claro quando lidamos com a questão da predisposição constitucional/patológica do lesado.

[32]Parece também ser esse o sentido comunicado pelo art. 11º/5, LAT. Na verdade, diz-nos o preceito que a lesão ou doença que se manifeste durante o tratamento subsequente a um acidente de trabalho e que seja consequência de tal tratamento também confere direito a uma indemnização. Quer isto dizer que, por exemplo, a conduta lesiva de um médico não pode ser considerada para efeitos de aliviar a responsabilidade da entidade empregadora. O que tradicionalmente era pensado como interrupção do nexo de causalidade e que, oportunamente, resolvemos por via do cotejo de esferas de responsabilidade - do primeiro lesante e de um terceiro (cf. Barbosa, 2013, capítulo VIII) - deixa de ter aqui lugar. Quer isto dizer que só deixará de haver reparação quando haja uma mera coincidência na ocorrência da lesão e, portanto, não haja qualquer possibilidade de recondução dela ao acidente. Cf., *infra*, nota 38. Questão mais complexa é a de saber se a conduta de um terceiro - que nada tenha a ver com o tratamento da lesão subsequente ao acidente - é ou não relevante para afastar a responsabilidade da entidade patronal. Várias são as hipóteses pensáveis: 1º) o dano é divisível, sabendo-se qual a dimensão da lesão gerada pelo comportamento do segundo lesante. Neste caso, a entidade patronal só terá de indemnizar a

Excluir-se-á a responsabilidade quando haja, apenas, uma coincidência temporal e espacial na ocorrência da lesão. Pense-se a este propósito no caso apresentado, também na doutrina alemã, embora a

incapacidade laboral por si efetivamente gerada; 2º) o dano gerado pelo segundo lesante consome o dano causado pelo acidente de trabalho. Neste caso, exclui-se a responsabilidade da entidade patronal (*v. g.*, no caso de "A" matar o trabalhador, depois de este ter sofrido um acidente de trabalho do qual resultou a sua incapacidade para trabalhar); 3º) não se sabe qual é a efetiva causa do dano. Sobre esta hipótese, cf. o que *infra* se dirá. Note-se que, ao contrário do que se verifica na responsabilidade civil em geral, ainda que ponderada a atuação de um terceiro para efeito de excluir a responsabilidade da entidade patronal, não estamos aqui a cotejar esferas de risco, nem a fazer apelo a um sentido imputacional que nos leve a ponderar outros elementos. No regime geral da responsabilidade civil, a triangular assunção problemática a que nos referimos leva implícita uma prévia alocação imputacional, posto que ela envolve que, a jusante, se determine que o comportamento do segundo lesante não é simples meio ou instrumento de atuação do primeiro lesante. Donde, afinal, o que está em causa é a distinção entre uma autoria mediata e um verdadeiro concurso de esferas de risco e responsabilidade, a fazer rememorar a lição de Forst (FORST, Stephan Philipp. **Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch vermittelter haftungsbegründender Kausalität**. München: VVF, 2000), embora não a acolhamos plenamente. O segundo agente, que causa efetivamente o dano sofrido pelo lesado, não tem o domínio absoluto da sua vontade, ou porque houve indução à prática do ato, ou porque não lhe era exigível outro tipo de comportamento, atenta a conduta do primeiro agente (o nosso lesante, a quem queremos imputar a lesão). Neste caso, ou este último surge como um autor mediato e é responsável, ou a ulterior conduta lesiva se integra ainda na esfera de responsabilidade por ele erigida e a imputação também não pode ser negada. Maiores problemas se colocam, portanto, quando existe uma atuação livre por parte do terceiro que conduz ao dano. Há, aí, que ter em conta alguns aspetos. Desde logo, temos de saber se os deveres do tráfego que coloram a esfera de risco/responsabilidade encabeçada pelo lesante tinham ou não por finalidade imediata obviar o comportamento do terceiro, pois, nesse caso, torna-se líquida a resposta afirmativa à indagação imputacional. Não tendo tal finalidade, o juízo há de ser outro. O confronto entre o círculo de responsabilidade desenhado pelo lesante e o círculo titulado pelo terceiro - independentemente de, em concreto, se verificarem, quanto a ele, os restantes requisitos delituais - torna-se urgente e leva o jurista decidente a ponderar se há ou não consumpção de um pelo outro. Dito de outro modo, a gravidade do comportamento do terceiro pode ser de molde a consumir a responsabilidade do primeiro lesante. Mas, ao invés, a obliteração dos deveres de respeito - deveres de evitar o resultado - pelo primeiro lesante, levando à atualização da esfera de responsabilidade a jusante, pode implicar que a lesão perpetrada pelo terceiro seja imputável àquele. Como fatores relevantes de ponderação de uma e outra hipótese encontramos a intencionalidade da intervenção dita interruptiva e o nível de risco que foi assumido ou incrementado pelo lesante. Nenhuma destas ponderações faz sentido no quadro da responsabilidade por acidentes de trabalho. A entidade patronal será sempre responsável, exceto se não houver qualquer ligação do dano ao acidente, isto é, naquelas situações de mera coincidência a que nos referimos em texto. Outro problema que se pode equacionar é o de o próprio lesado ter contribuído para o agravamento da lesão, por exemplo, recusando-se a receber o tratamento médico que lhe era adequado. Nesse caso, rege o art. 30º, LAT. O sinistrado deve submeter-se ao tratamento e observar as prescrições clínicas e cirúrgicas do médico designado pela entidade responsável. Sendo a incapacidade ou o agravamento do dano consequência da injustificada recusa ou falta de observância das prescrições médicas, a indemnização pode ser reduzida ou excluída nos termos gerais. Aplica-se aqui a disciplina cogitada para a responsabilidade civil em geral. Diz o n. 3 do art. 30º que a recusa se considera justificada quando a intervenção ponha em causa a vida do paciente. Em geral, sobre a obrigação de minimizar o dano ou de não o agravar, cf. KOZIOL, Helmut. Die Schadenminderungspflicht. **Juristische Blätter**, Wien, 1972, p. 225-s.; DAGORNE-LABBE, Yannick. Existe-t-il une obligation pour les victimes de limiter leur préjudice? Cass. Civ. 2e., 19 juin 2003, 2 arrêts. **Les Petites Affiches**, Paris, n. 261, 2003, p. 13-s.; AUBERT, Jean-Luc. La victime peut-elle être obligée de minimiser son propre dommage? **Revue de jurisprudence de Droit des Affaires**, Levallois-Perret, 2004, p. 355-s.; PIMONT, S. Remarques complémentaires sur

outro ensejo, por Kramer[33]: um automobilista causou um acidente por não ter cedido passagem a um guarda dos caminhos-de-ferro, lesando-o na cabeça. Foi, então, diagnosticada uma doença cerebral justificativa da sua reforma antecipada[34]. Não nos situando no mesmo nicho problemático, a *ratio decidendi* que do exemplo podemos extrair torna-se prestimosa a este nível. Na verdade, por meio dela, podemos concluir que foi quebrada a conexão funcional com o acidente, o que não representa, porém, um argumento no sentido da relevância de uma causalidade alternativa. Simplesmente, porque a implicação denotada pela presunção do art. 10º/1 aponta para um critério temporal e espacial de delimitação dos danos indemnizáveis, a concretização do critério excludente ficará dependente da contraprova que a entidade patronal produzir, ou seja, da capacidade que tenha para provar qual a real causa do dano. A questão que se coloca é se a simples dilação temporal na ocorrência do dano é de molde a justificar uma mutação no nível de recondução da lesão ao acidente. Exigir-se-á já não a verificação de um nexo de imputação (ainda que entendido em moldes diferentes daqueles a que somos conduzidos pelo instituto da responsabilidade civil), mas de um nexo de causalidade, com todos os problemas que este - apartado do sentido da imputação - apresenta?

---

le devoir de minimiser son propre dommage. **Revue Lamy Droit Civil**, Paris, n. 9, 2004, p. 15-s.; Viney; Jourdain, 2006, p. 337-s.; ANDRE, Christophe. L'obligation de modérer le dommage en droit interne. Note à la décision de la Cour d'Appel de Douai, 15 mars 2001. **Recueil Dalloz**, Paris, 2002, p. 307-s.; BRIDGE, Michael G. Mitigation of damage in contract and the meaning of avoidable loss. **Law Quarterly Review**, London, 1989, p. 398-s.; GENCY-TANDONNET, Dominique. L'obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle. **Gazette du Palais**, Paris, 2004, p. 1485-s.; GREGER, Reinhard. Mitverschulden und Schadenminderungspflicht: Treu und Glauben im Haftungsrecht? **Neue Juristische Wochenschrift**, München, 1985, p. 1130-s.; METTETAL, Anne. L'obligation de modérer le préjudice en droit privé français. **Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif**, Marseille, 2005, p. 1889-s.; ACHTARI, Annick. **Le devoir du lésé de minimiser son dommage**: étude en droit des obligations. Zürich: Schulthess Verlag, 2008, p. 71-s. Importante pode ser a ponderação se a invocação de motivos religiosos pode ou não ser de molde a justificar a recusa de tratamento. Sobre o ponto, em geral, cf. LARENZ, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts**. B. I. Allgemeiner Teil. 14 Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 1987, p. 539-s.; RIPSTEIN, Arthur. **Equality, responsibility and the law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 128-s.; Brüggemeier, 2006, p. 601, considerando que o problema deve ser pensado à luz das regras que disciplinam o problema da predisposição constitucional do lesado, porquanto a ligação de uma pessoa a Deus não resulta de uma escolha pré-deliberada, mas configura um estado pré-existente; LOOMIS, Anne. You shall take the victim as you findest him: religious conviction as a pre-existing state not subject to the avoidable consequences doctrine. **George Mason Law Review**, Arlington, n. 14, 2007, p. 483-s.; POMEROY, Jeremy. Reason, religion and avoidable consequences: when faith and the duty to mitigate collide. **The New York University Law Review**, New York, 1992, p. 1111-s.; RITTERSPACH, Ben. Refusal of medical treatment on the basis of religion and an analysis of the duty to mitigate damages under free exercise jurisprudence. **Ohio Northern University Law Review**, Ada, n. 25, 1999, p. 381-s.

[33]KRAMER, Ernst A. Schutzgesetze und adäquate Kausalität. **JuristenZeitung**, Tübingen, j. 31, n. 11/12, 1976, p. 338-s., em especial p. 343-s.

[34]Sobre o ponto, cf. Barbosa, 2013, p. 967-s. Veja-se, também, TRIMARCHI, Pietro. **Causalità e danno**. Milano: Giuffrè Editore, 1967, com grande importância a propósito da questão da mera coincidência temporal e espacial da lesão.

A ser ponderada a causalidade nos moldes tradicionais, seríamos, igualmente, remetidos para o limbo da condicionalidade. A condicionalidade sem a qual vem-nos dizer que um facto é causa do dano quando mostre ser uma condição sem a qual ele não surgiria. No entanto, em termos gerais, temos boas razões para recusar tal impostação do problema. A condicionalidade sem a qual enreda-nos numa linguagem contrafáctica conducente a aporias várias, ao mesmo tempo que nos remete para soluções que se mostram profundamente distantes de um quadro de justiça onde a nota da exigibilidade deve estar presente. Ademais, com a condicionalidade *sine qua non* não conseguimos apurar qual a verdadeira causa do dano, mas tão-só eliminar comportamentos que sejam irrelevantes para a produção dele. E, porque a visão determinística do mundo foi já ultrapassada, ainda assim só o conseguiremos fazer em termos probabilísticos, numa aproximação indesejada à doutrina da causalidade adequada[35]. Acresce que, porque a realidade é complexa e, portanto, concorrem ou podem concorrer sempre diversas causas/condições para a produção do dano, podemos ser remetidos para situações aporéticas, como sejam aquelas em que somos confrontados com a causalidade alternativa incerta[36].

Em termos específicos, vemos que ela não é adaptável à disciplina normativa plasmada na Lei n. 98/2009. É certo que a amplitude a que a *conditio sine qua non* nos conduz, por oposição às situações em que se mostra particularmente restritiva, poderia transparecer de previsões como aquela contida no n. 5 do art. 11º [37], na medida em que se perde aí o padrão valorativo referencial para imputar a lesão ou à esfera de risco do acidente ou a uma eventual esfera de risco que, entretanto, se tenha

[35]Sobre o ponto, cf. G'SELL-MACREZ, Florence. **Recherches sur la notion de causalité**. 2005. 738 f. Thèse (Doctorat Droit Privé)-Université Paris I Pantheon-Sorbonne, Paris, 2005, p. 163.

[36]Esta mostra-nos não só a não predicação da doutrina da *conditio sine qua non* na ideia de justo, como também a própria contradição interna no seio do pensamento tradicional. No que respeita à relevância da causalidade virtual, não se dá relevância negativa à causalidade hipotética do ponto de vista da fundamentação da responsabilidade, porque se mantém intocável a relação de condicionalidade de facto entre o evento e o dano. Mas então isso significa que, se forem duas as causas hipotéticas, nenhuma conduz à exclusão da responsabilidade do agente da outra. Por outro lado, sendo duas as causas hipotéticas, porque a mera hipótese de dano não funda a responsabilidade, nenhum dos agentes será obrigado ao pagamento de uma indemnização, excluindo-se a relevância positiva. Só que, ao excluir-se a relevância positiva, está-se, do mesmo passo, a afirmar a relevância negativa das duas causas hipotéticas, donde os termos lógicos da equação falham necessariamente. Pelo que, ou se insiste na manutenção da pura logicidade e se compromete a justeza material das soluções, ou se abdica dele. E fazendo-o, legitimamos a prescindibilidade da condicionalidade sem a qual a este nível, tornando-a também irrelevante do ponto de vista da causalidade concorrente. Sobre o ponto, cf. Barbosa, 2013, p. 1206, e, embora chegando a conclusões diversas, CORDEIRO, António Menezes. **Direito das obrigações**. V. II. Lisboa: AAFDUL, 2001, p. 418.

[37]Diz-nos o preceito que confere também direito à reparação a lesão ou doença que se manifeste durante o tratamento subsequente a um acidente de trabalho e que seja consequência de tal tratamento.

edificado[38]. No entanto, ela parece falhar quando se dispõe, de acordo com o n. 1 do mesmo preceito, que a predisposição patológica do lesado num acidente exclui o direito à reparação quando ela tenha sido ocultada.

Há, portanto, um sentido imputacional que se recorta na recondução da lesão à esfera de risco potenciada pelo acidente. E a sua descoberta permite-nos ensaiar algumas conclusões importantes. Em primeiro lugar, a determinação consequencial a que se refere o n. 2 do art. 10º não pode ser entendida em termos causalistas estritos. Em segundo lugar, a intencionalidade específica da disciplina normativa em causa, sendo essencial para a densificação do sentido imputacional a que nos referimos, leva-nos a considerar que a prova da possibilidade de integração da lesão na esfera de risco irradiado pelo acidente é bastante, não se exigindo a prova da inexistência de outras possíveis causas ou, sequer, a certeza científica da relação etiológica. Repare-se que existe um forte pendor tutelador do trabalhador em toda a disciplina normativa e que, mais do que uma finalidade reparatória, os autores identificam, como complemento daquela, uma índole **alimentar** no ressarcimento que se arbitra[39]. Em terceiro lugar, apresentando a esfera de riscos delineada pelo acidente os contornos idiossincráticos a que aludimos, o sentido imputacional mencionado torna-se mais ténue, assumindo foros de nexo de implicação. A incerteza da causa não determinará a falência da responsabilidade[40].

[38]Pense-se na hipótese de a lesão subsequente ao tratamento ter resultado de um ato negligente por parte do médico. A este propósito, veja-se o caso decidido em Itália, "A" sofre de uma intoxicação por monóxido de carbono por que é responsável a sua entidade patronal. Na sequência do incidente, "A" entra em depressão e suicida-se. A *Corte di Cassazione* (*Cass*, 23 fevereiro de 2000) considerou responsável a entidade patronal. Sobre o ponto, cf. GALGANO, Francesco. **Trattato di diritto civile**. V. 3. Padova: CEDAM, 2010, p. 170-s.

[39]Cf. Leitão, 2006, p. 39. Considera o autor que a reparação é atribuída em abstrato, com base em tarifas legais que não cobrem senão uma parte do dano sofrido. Esta derrogação do princípio da reparação integral mostra, segundo o autor, que a função aqui em causa não é indemnizatória, mas sim a de "tutelar o trabalhador que, economicamente dependente de uma prestação de trabalho, vê essa prestação impossibilitada pela sua incapacidade física, ficando sem meios de subsistência". Identifica, por isso, no sistema um carácter alimentar, ou seja, "as suas características são como que as de uma obrigação de alimentos fundada numa situação de necessidade". *Vide*, igualmente, p. 41-42, onde Menezes Leitão sustenta que o dever é imposto por lei e se funda em razões de solidariedade social. Note-se, porém, que o dever a que se alude tem, segundo ensinamentos do autor, como objeto único a celebração de um contrato de seguro obrigatório.

[40]Problemas podem colocar-se em virtude da relação íntima que se estabelece entre a responsabilidade por acidentes de trabalho e a existência de um seguro obrigatório. Na verdade, ao nível dos contratos de seguro, a causalidade poderá ser determinada em termos de causa próxima, segundo o parecer de alguns autores. Sobre o ponto, cf. LINDENMAIER, Fritz. Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeverischerungsbedingungen. Festschrift für Wüstendörfer. **Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht**, Stuttgart, B. 113, 3/4, 1950, p. 206-s., aqui 243-s. e 255. No quadro da disciplina dos seguros, importa ter em conta de entre as condições aquelas que são adequadas e, dentro destas, se houver mais do que uma, eleger a causa próxima. Note-se que o autor desloca o seu discurso para o campo dos seguros de responsabilidade civil, sendo

2.4 Causalidade fundamentadora e causalidade preenchedora da responsabilidade

A amplitude da responsabilidade da entidade empregadora por acidentes de trabalho é compensada pela restrição da indemnização a alguns danos. Na verdade, e em consonância com o que é uma prática ao nível da tipificação de hipóteses de responsabilidade objetiva[41], não é qualquer dano que pode ser ressarcido, mas unicamente aqueles que se traduzam na morte ou na diminuição da capacidade de trabalho do lesado, o que pressupõe uma lesão na integridade física, na saúde ou na morte[42]. Ou seja, pese embora não seja operante a este nível a ilicitude, o impacto físico sobre a pessoa continua a ser fundamental para haver uma pretensão indemnizatória procedente. Quer isto dizer que a causalidade a que temos feito referência corresponde ao que, no quadro da responsabilidade subjetiva, é identificado por causalidade fundamentadora da responsabilidade. A ligação entre esta lesão primária e os danos subsequentes - relativa ao que se designa por causalidade preenchedora da responsabilidade - acaba por, neste quadro, revelar-se fulcral, não só para a determinação da indemnização devida, mas para a própria emergência da obrigação ressarcitória, atenta que seja a limitação a que aludimos.

Os danos patrimoniais verificados para além da diminuição da capacidade laboral bem como os danos não patrimoniais não podem ser indemnizados a este nível[43]. Justifica-se, por isso, que nas situações em que há culpa da parte da entidade patronal o lesado possa demandá-la, também, por essa via.

O art. 18º da Lei n. 98/2009 prevê que, nos casos em que o acidente tiver sido provocado pelo empregador, seu representante ou

interessante notar como, aí, não podemos ficar presos a uma ideia de adequação. O que temos é de saber em que medida se verificou o risco que ficou segurado. Não obstante, o que poderia parecer dilemático acaba por encontrar resposta nos arts. 79º e ss. da Lei n. 98/2009. Veja-se, ainda, o art. 88º do mesmo diploma. Os preceitos são suficientes para perceber que não existe confusão possível entre as duas realidades normativas, pese embora a proximidade com que surgem pensadas a este nível.

[41]Cf., a este propósito, embora por referência (quase exclusiva) às típicas situações de responsabilidade pelo risco (com exclusão das hipóteses assistencialistas), Barbosa, 2013, p. 424-s.

[42]Sobre o ponto, cf. Martinez, 2023, p. 14-s., falando dos limites da indemnização determinados pela tipificação dos danos e pelo estabelecimento de regras para o apuramento da indemnização.

[43]De notar, a este propósito, que a própria reparação é determinada em abstrato, com base em tarifas legais. Sobre o ponto, cf. Leitão, 2006, p. 39, falando da derrogação do princípio da reparação integral e sublinhando que isto vem depor no sentido da função não indemnizatória da hipótese ressarcitória em causa. Segundo o autor, e conforme já tínhamos explicitado, o que se pretende é "tutelar a situação do trabalhador que, economicamente dependente da prestação de trabalho, vê essa prestação impossibilitada pela sua incapacidade física, ficando sem meios de subsistência", pelo que a responsabilidade tem uma função alimentar, sendo as suas características idênticas às de uma obrigação de alimentos fundada numa situação de necessidade.

entidade por aquele contratada e por empresa utilizadora de mão de obra, ou resultar de falta de observação, por aqueles, das regras sobre segurança e saúde no trabalho, a responsabilidade abrange a totalidade dos prejuízos patrimoniais e não patrimoniais. No fundo, o legislador vem admitir expressamente a possibilidade de o lesado recorrer às regras gerais da responsabilidade civil, resolvendo, assim, um problema que era levantado pelo art. 18º da anterior Lei n. 100/97[44].

O que se questiona, então, é qual a modalidade de responsabilidade civil de que o lesado há de lançar mão para estribar a sua pretensão indemnizatória alargada. O problema não é simples, implicando a prévia qualificação da obrigação de segurança e saúde no trabalho como uma obrigação contratual ou não[45]. Pela índole do trabalho que apresentamos e pela circunscrição temática a que nos atemos, não iremos debater a questão, dando-a por resolvida, e assumindo, então, que o acidente gerado por culpa da entidade empregadora[46] pode desencadear, a um tempo, responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Naquela, a

[44]O art. 18º/1 da anterior lei previa o agravamento das tarifas legais da indemnização em caso de culpa da entidade empregadora; o n. 2 do preceito previa a possibilidade de se recorrer às regras gerais da responsabilidade civil para se obter a compensação pelos danos não patrimoniais. De acordo com o ensinamento de Menezes Leitão (1988, p. 834-s.; 2006, p. 46-s.), apesar do agravamento da tarifa legal, "a indemnização pode não ser suficiente para cobrir a totalidade do dano patrimonial sofrido, uma vez que tem como limite a retribuição do trabalhador", pelo que o que a lei chama de agravamento da responsabilidade é, no fundo, uma limitação da responsabilidade subjetiva da entidade patronal, explicada pelo autor como uma "contrapartida prestada à entidade patronal em face da sua oneração com o dever de assistência social". Ora, continuando a acompanhar os ensinamentos de Menezes Leitão, tal solução pode, em face do art. 13º CRP, gerar dúvidas de constitucionalidade. O problema desaparece com o novo dispositivo legal.

[45]A este propósito, cf. o art. 281º/1 Código do Trabalho. Veja-se, no plano doutrinal, Rouxinol, 2008, p. 46-s., considerando que a obrigação de segurança e saúde tem carácter universal, geral e genérico (por compreender toda e qualquer medida de controlo do risco profissional). Em causa estaria o direito à abstenção de condutas lesivas da saúde no domínio das relações jurídico-privadas, havendo um direito do trabalhador à saúde - cf. p. 91 - com o que se delimita o círculo de riscos a que este pode licitamente ser exposto. Cf., também, p. 121, onde a autora sustenta que os deveres impostos por lei têm natureza contratual, uma vez que o próprio contrato tem uma função social inegavelmente assumida. Cf., igualmente, João Nuno Calvão da Silva (2008), considerando que a obrigação de segurança e saúde é um dever secundário de prestação, que se destina a assegurar a perfeita execução da prestação. Cf., a este propósito, a questão abordada por Pedro Romano Martinez (2023, p. 2-s.), relativamente à densificação dos pressupostos de aplicação do regime da responsabilidade por acidentes de trabalho: é ou não necessário que o lesado seja parte num contrato de trabalho válido? Segundo o seu ensinamento, mesmo que o contrato seja inválido, basta que o trabalhador tenha desenvolvido a sua atividade.

[46]De notar que a formulação do preceito nos parece infeliz, na medida em que, estando em causa a culpa da entidade empregadora, não se percebe a referência ao facto de o acidente ter sido causado por aquela ou algum dos seus representantes. É que, não só, como apontaremos, a causalidade é agora perspetivada de outra forma, como ela não se pode confundir com a culpabilidade. Podendo identificar-se a violação do dever de segurança e saúde com a violação de deveres de cuidado relativamente ao trabalhador, a sua preterição permite-nos desvelar a culpa, na forma de negligência, pelo que melhor faria o legislador se apenas se tivesse referido ao dolo ou à negligência como fatores de agravação da responsabilidade do empregador.

preterição da obrigação de segurança e saúde, uma vez identificada com uma obrigação contratual[47], permite não só desvelar a culpa, como a própria ilicitude, uma vez que não haverá incumprimento se não houver culpa e que esta se presume, nos termos do art. 799º CC[48]. Na segunda, a culpa terá de ser provada e a ela há de acrescer a prova da lesão de direitos absolutos do trabalhador.

Cingir-nos-emos à responsabilidade extracontratual, para, a partir dela, pensarmos na questão da causalidade ou mais propriamente da imputação objetiva.

Ao nível da responsabilidade objetiva, a entidade patronal assume uma esfera de risco. Simplesmente, como parece ter ficado claro, essa esfera não pode ser delineada a partir de uma ideia de risco de autoridade ou de risco profissional[49]. Segundo nos ensina Menezes Leitão (1988, p. 806), "as leis dos acidentes de trabalho assumem um carácter mais vasto do que qualquer conceção de risco", como se prova pelo regime dos acidentes de trajeto. Por isso, torna-se imperioso, como vimos, a presença do acidente a partir do qual se operará a imputação nos termos anteriormente analisados.

Já ao nível da responsabilidade subjetiva, havendo violação de uma obrigação de segurança e saúde no trabalho, poder-se-á bipartir

[47]Cf. Rouxinol, 2008, p. 138-s., considerando que não é possível recorrer à figura dos deveres laterais ou deveres de conduta para explicar a natureza da obrigação de segurança e saúde, uma vez que não é possível exigir o seu cumprimento por via de ação. Mais à frente, considera que o dever de segurança é um dever quase principal. A prevenção de riscos é uma condição de licitude da exigência da prestação de trabalho (p. 165).

[48]Em causa está, portanto, a consagração do sistema da *faute* ao nível da responsabilidade contratual.

[49]Sobre o ponto, cf. Leitão, 1988, p. 805-s. Segundo o autor explicita, não é possível pensar na responsabilidade por acidentes de trabalho a partir de uma ideia de risco profissional, nos termos da qual a entidade patronal deve assumir os riscos do trabalho perigoso efetuado pelos operários, dado o facto de esses riscos representarem um encargo geral da indústria, um custo a onerar a produção que, como tal, deve ser repercutido nos consumidores do produto; nem a partir de uma ideia de risco de autoridade, segundo a qual a assunção do risco de um acidente pela entidade patronal seria uma consequência da autoridade que aquela exerce sobre o trabalhador. Em sentido contrário, Martinez, 2022, p. 836-s., falando da teoria do risco profissional (se a atividade tinha, em potência, um risco, bastava demonstrar, segundo o que o autor explica, que o acidente de trabalho ocorrido se encontra na órbita desse risco para que fosse devida a respetiva indemnização. Seria, todavia, necessário demonstrar que o acidente era causa normal do risco próprio daquela atividade), e do risco de integração empresarial/risco de autoridade (estariam abrangidas, segundo o autor, causas indiretas do dano). Segundo Pedro Romano Martinez, a legislação relativa a acidentes de trabalho consagraria a teoria do risco de autoridade, sendo certo que o alargamento do conceito de acidente de trabalho a partir de 1997 conduziu a uma tendência de socialização do risco - cf. p. 782, onde o autor exemplifica este alargamento com a possibilidade de se responsabilizar a entidade patronal por um acidente ocorrido na atividade de procura de outro emprego durante o crédito de horas para tal concedido. Para o autor, o fundamento da responsabilidade assenta, a este nível, no risco profissional, mas em certas situações é alargado e cobre casos de risco de autoridade. Ao mesmo tempo sustenta que o alargamento se fique a dever a uma específica socialização do risco.

um juízo responsabilizatório com essa base. Não só encontramos, aí, o ponto de apoio para a desvelação da culpa, bastando, então, saber se era ou não exigível a um homem médio, nas circunstâncias do agente, uma atuação diversa; como descobrimos o embrião da edificação de uma esfera de risco em que assentará a imputação objetiva. Uma vez edificada, a questão que nos orientará será a de saber em que medida a lesão experimentada se reconduz à esfera delineada e, para tanto, lançamos mão de diferentes índices indagatórios que a densificarão[50]. Uma vez concretizados tais critérios, urgirá cotejar esta esfera de responsabilidade com outras esferas de risco: o risco geral da vida, o risco do lesado e o risco de um terceiro. Donde se poderá concluir que, pese embora haja a este nível um alargamento dos danos suscetíveis de obter ressarcimento, há, concomitantemente, um afunilamento da responsabilidade ao nível da imputação, que agora é comandada pela violação dos deveres associados à segurança e saúde no trabalho.

3 ACIDENTES EM TELETRABALHO

O teletrabalho é considerado, nos termos do art. 165º/1, C. Trabalho,

> [...] a prestação de trabalho em regime de subordinação jurídica do trabalhador a um empregador, em local não determinado por este, através do recurso a tecnologias de informação e comunicação. (PORTUGAL, 2009b).

De acordo com Pedro Romano Martinez,

> Comparando com a versão inicial [isto é, anterior às alterações introduzidas pela Lei n. 83/2021, de 6 de dezembro], excluindo alterações irrelevantes, verifica-se que a frase 'habitualmente fora da empresa' foi substituída por 'em local não determinado por este (empregador)'. Sem prejuízo de se compreender mal o sentido desta alteração e de a mesma poder suscitar dúvidas relativamente ao tema em análise dos acidentes de trabalho, desta modificação do texto resulta que se pretende indicar que relativamente ao local de trabalho não há um controlo direto por parte do empregador. (MARTINEZ, 2023, p. 19).

[50]Sobre o ponto, com amplo desenvolvimento, Barbosa, 2013, capítulo VIII.

Fundamental para que se possa falar de teletrabalho é que a atividade seja prestada a distância com recurso a meios telemáticos. Contudo, o n. 2 do art. 165º, C. Trabalho, determina a aplicação das normas respeitantes ao teletrabalho a todas as situações de trabalho a distância, sem subordinação jurídica, mas em regime de dependência económica. Opera-se, assim, por via deste n. 2, um alargamento da relevância jurídica do regime do teletrabalho.

Nas palavras de Pedro Romano Martinez,

> Por um lado, o trabalho a distância é mais amplo do que o teletrabalho, podendo não haver recurso a tecnologia de informação e de comunicação, admitindo-se igualmente o trabalho manual realizado fora da empresa beneficiária; por outro lado, além do trabalho subordinado, aplica-se igualmente a prestadores de atividade em regime de dependência jurídica, nos termos previstos no art. 10º do CT. (MARTINEZ, 2023, p. 20).

Tendo-se incrementado as situações de teletrabalho na sequência da pandemia de Covid-19, o art. 169º, C. Trabalho, consagra um princípio de equiparação de direitos e deveres entre os trabalhadores da empresa e os trabalhadores em regime de teletrabalho. Entre tais direitos, encontra-se o direito à reparação de acidentes de trabalho e doenças profissionais.

Porém, porque a disciplina da responsabilidade da entidade patronal por acidentes de trabalho foi pensada, sobretudo, para o trabalho prestado presencialmente, exige-se uma reflexão crítica acerca dos termos de adaptação do regime que sumariamente explicitámos à nova e crescente realidade.

3.1 A responsabilização da entidade patronal

No quadro do teletrabalho, a entidade patronal pode ser, tal como no caso do trabalho presencial, responsabilizada por duas vias:

a) em termos subjetivos, pela violação de deveres em matéria de saúde e segurança no trabalho[51], e

b) em termos objetivos, nos termos da disciplina dos acidentes de trabalho.

De acordo com o art. 170º-A, n. 5, C. Trabalho, "o regime legal de reparação dos acidentes de trabalho e doenças profissionais aplica-se às situações de teletrabalho" (PORTUGAL, 2009b).

[51]Cf. art. 170º-A/2 e 3, C. Trabalho.

3.2 O local de trabalho em teletrabalho

No quadro do teletrabalho, de acordo com o art. 170º-A, n. 5, C. Trabalho, o local de trabalho é o **local escolhido pelo trabalhador para exercer habitualmente a sua atividade**.

Esta noção, porém, não se mostra perfeitamente consonante com outras noções a que somos conduzidos pelo direito positivo. Assim, se nos termos do art. 165º, C. Trabalho, o teletrabalho é aquele que é **prestado em local não escolhido pelo empregador**, o art. 166º, C. Trabalho, no seu n. 3, dispõe que **o acordo de que fica dependente a prestação de trabalho em teletrabalho deve definir o local em que o trabalhador realizará habitualmente o seu trabalho**, o qual será considerado para todos os efeitos o seu local de trabalho. Acresce que, se este local pode ser alterado pelo trabalhador, é necessário para tanto o acordo escrito da entidade patronal, nos termos do n. 8 daquele preceito. Também o art. 8º/2, c), LAT, define o local de trabalho em função do acordo de teletrabalho: no fundo é o local que aí surge definido como tal.

Da leitura conjugada dos preceitos resultam dúvidas, que traduzem a falta de coerência interna do próprio sistema legal. Na verdade, se, em face de determinados artigos, o que parece relevar é a escolha do trabalhador, noutras hipóteses normativas torna-se claro que o local do teletrabalho é o que surge definido no acordo que o institui. A este propósito, sustenta Pedro Romano Martinez que:

> Tem de prevalecer a solução de o local de trabalho resultar do acordo de teletrabalho. Não pode depender da habitualidade nem da escolha por parte do trabalhador, pois o local de trabalho tem de ser determinado por acordo entre as partes. Esta interpretação sistemática da Lei n. 83/2021 resulta do facto de a mesma conter soluções contraditórias, que têm de ser resolvidas dentro do espírito do sistema jurídico. Para efeito de acidente de trabalho, o local de trabalho deve ser unicamente o que resulta do acordo de teletrabalho. (MARTINEZ, 2023, p. 21).

Parece-nos ter inteira razão o autor. Na verdade, ficando a possibilidade de realização do trabalho a distância através de meios telemáticos dependente do acordo entre a entidade patronal e o trabalhador, e devendo constar desse acordo o local de trabalho, torna-se claro que este não pode ficar dependente da escolha absolutamente unilateral do segundo, do mesmo modo que se torna claro que não é a habitualidade do recurso a um certo local que o faz elevar ao estatuto de local de trabalho, antes tendo este de estar definido no momento da sujeição do trabalhador a esta modalidade de trabalho.

3.3 O tempo de trabalho em teletrabalho

Nos termos do art. 166º/3, C. Trabalho, o acordo de teletrabalho deve definir o período normal do trabalho diário e semanal e o horário de trabalho. Por seu turno, o art. 170º-A/5, C. Trabalho, dispõe que o tempo de trabalho é "[...] todo aquele em que [o trabalhador], comprovadamente, esteja a prestar o seu trabalho ao empregador" (PORTUGAL, 2009b).

Contrariamente a Pedro Romano Martinez, não cremos que haja aqui uma perfeita anomalia, uma vez que, para efeitos de definição de acidente de trabalho, o tempo de trabalho não tem de coincidir necessariamente com o horário de trabalho. Importa, contudo, considerar que, se o trabalhador realiza a sua prestação de trabalho fora do período normal de trabalho diário e semanal ou fora do horário de trabalho, poderemos indagar qual o fundamento do trabalho extemporâneo e, caso ele tenha sido determinado por um ato ou omissão do trabalhador e, ao mesmo tempo, ponha em causa as condições de segurança estabelecidas pelo empregador (*v. g.*, tempo razoável de duração da jornada de trabalho), poderemos aventar se não se verifica uma eventual descaracterização do acidente de trabalho.

Mais complexa parece ser, assim, a compatibilização entre a definição de tempo de trabalho como **aquele em que o trabalhador, comprovadamente, está a prestar o seu trabalho ao empregador** e as regras em matéria de circunscrição do tempo de trabalho no que respeita aos acidentes de trabalho. É que, nos termos do art. 8º/2, b), LAT, o tempo de trabalho vem definido para além do período normal de trabalho como aquele que precede o seu início (atos de preparação ou com ele relacionados) e aquele que se lhe segue, em atos também com ele relacionados, e bem assim as interrupções normais ou forçosas de trabalho.

O certo é que, no quadro do teletrabalho, os atos preparatórios, os atos subsequentes, ainda relacionados com a prestação do trabalho, e as interrupções normais ou forçosas podem fazer confluir o domínio laboral com o domínio familiar.

3.4 A confluência entre os acidentes de trabalho e os acidentes domésticos

Sendo o acidente doméstico aquele que ocorre no domicílio do sujeito, pode tornar-se complexa a distinção relativamente ao acidente de trabalho em teletrabalho. O critério de diferenciação tem de passar, como se compreenderá, pela ligação ou falta de ligação à prestação de trabalho que é realizada. A este propósito, Pedro Romano Martinez aduz que,

> Na prática, esta distinção pode ser complexa atento o facto de, na realização da prestação laboral ou nas pausas, poderem ser praticados atos da vida privada - em princípio identificáveis como acidente doméstico, p. ex., fazer um café ou uma torrada - que estão igualmente relacionados com a realização da atividade laboral. Se o trabalhador presencial, na empresa onde presta a atividade, durante uma pausa vai tirar um café na máquina disponibilizada pelo empregador e sofre um acidente decorrente de um curto-circuito, o sinistro é qualificado como acidente de trabalho, pois o risco da máquina de café da empresa é assumido pelo empregador. De molde diferente, quanto à máquina de café do teletrabalhador, que lhe causou danos quando preparava um café, dificilmente se pode integrar no risco do empregador. (MATINEZ, 2023, p. 24).

Mais acrescenta o autor que,

> Nesta difícil distinção, tem-se discutido se quedas ocorridas no domicílio do trabalhador - *v. g.*, a subir ou descer escadas na moradia onde trabalha, a deslocar-se à casa de banho ou à cozinha - podem ser qualificadas como acidente de trabalho. A questão deve ser ponderada atendendo ao risco do empregador, verificando se deve assumir o encargo da correspondente indemnização apesar de não ter o controlo sobre o espaço onde ocorre o sinistro (domicílio do trabalhador), nomeadamente não podendo ter qualquer interferência na eliminação dos fatores de perigo. (MARTINEZ, 2023, p. 24).

Decorre do exposto que, se a responsabilidade da entidade patronal assenta numa adequada distribuição de riscos, ela deve ficar limitada às hipóteses em que o acidente apresenta uma ligação funcional à prestação de trabalho realizada.

O grande problema é que, estando em causa a responsabilidade por acidentes de trabalho, nem sempre é fácil discernir-se um nexo de imputação que garanta, agora, a congruência do discurso.

Rememorando o que ficou dito anteriormente, inexiste uma esfera de risco assumida pela entidade empregadora com contornos definidos. Somos confrontados - em face da amplitude que a mesma apresenta (*v. g.*, no caso dos acidentes de trajeto) - não com uma esfera desenhada a partir dos riscos inerentes à atividade laboral - seja ela qual for -, mas com uma esfera de extensão máxima, em nome da tutela do trabalhador. Como se questionou *supra*, qual a possível ligação ao risco profissional ou ao risco de autoridade naquelas situações em que o trabalhador "A" é lesado quando se dirige para o local de trabalho ou sofre uma intoxicação

alimentar num almoço de trabalho? A causalidade, ainda que com o sentido imputacional com que a procuramos revestir, deixa de ser pensada na ligação entre o acidente e os riscos próprios da laboração. E se é certo que há uma ligação que não se perde, o que se denota nas situações de descaracterização do acidente e de verificação de um caso de força maior, o critério de ligação entre o acidente e o trabalho é, em primeira linha, espácio-temporal; e, em segunda linha, porque é necessário densificar - face à amplitude com que somos confrontados pela disciplina legal - o conceito de local e tempo de trabalho, material. Em todas as situações em que a estrita presença do trabalhador num local definido para executar a prestação laboral ou em que o cumprimento de um horário de trabalho não é bastante, exige-se uma conexão material ao quadro de competências que lhe foi atribuído. Esta conexão material verifica-se sempre que o trabalhador se encontre naquele local, naquele momento e naquelas circunstâncias em virtude do seu trabalho. Em jogo, parece não estar qualquer ideia de causalidade, mas algo similar que, pressupondo um sentido imputacional mínimo, anda próximo do que se designa por nexo de implicação.

É, portanto, através da adequada compreensão do nexo de implicação que temos de delimitar os contornos do acidente de teletrabalho. O trabalho tem de estar implicado no acidente. Esta implicação pode resultar de uma conexão material com as funções da pessoa. Assim, se o trabalhador em teletrabalho se levanta para ir buscar um livro necessário à sua atividade e escorrega nas escadas, podemos concluir que se trata de um acidente de trabalho. Mas já não se a queda ocorre porque, a meio da jornada de trabalho, resolve ir tratar de um aspeto doméstico, relativo ao almoço da família.

3.5 Os acidentes de trajeto em teletrabalho

Estando em causa, geralmente, a prestação de trabalho em teletrabalho, reduzem-se as hipóteses de ocorrência de acidentes de trajeto ou de percurso. Contudo, isso não significa que eles não possam ocorrer. Desde logo, há que ter em conta as hipóteses em que o local de trabalho definido no acordo de teletrabalho não coincide com o domicílio do trabalhador, tendo este de se deslocar diariamente para fora de casa. Por outro lado, importa não esquecer as situações em que o trabalhador se tem de esporadicamente deslocar para a empresa para recolher documentos, reunir com os seus superiores hierárquicos, realizar exames médicos etc.[52]. As situações mais problemáticas não são, contudo, estas. Como explicita a propósito Pedro Romano Martinez (2023, p. 26), "a dificuldade reside em

[52]Dando conta disso mesmo, Martinez, 2023, p. 25.

saber se, permanecendo o trabalhador no seu domicílio a realizar a atividade em teletrabalho, pode ainda assim haver acidente de percurso". E se a jurisprudência portuguesa parece unânime em reconhecer que a responsabilidade da entidade patronal pelos acidentes de trajeto inicia quando o trabalhador transpõe os limites da sua habitação (mais precisamente, quando entra, num edifício sujeito ao regime da propriedade horizontal, nas partes comuns do edifício), levantam-se dúvidas naquelas hipóteses de "deslocações feitas pelo teletrabalhador, fora do seu domicílio, pese embora este ser o seu local de trabalho" (MARTINEZ, 2023, p. 26).

Importa, portanto, ponderar essas questões. Parece-nos, contudo, que as mesmas não podem ser objeto de um tratamento uniforme. Desde logo, tratando-se de uma deslocação no interior do domicílio do trabalhador, o problema deve ser enfrentado segundo os critérios gerais de delimitação da relevância do acidente de trabalho em confronto com o acidente doméstico. No que respeita às deslocações para fora do domicílio, teremos de ver se elas estão ou não contempladas num dos percursos típicos previstos no art. 9º/2, LAT. Assim, por exemplo, se o trabalhador sai de casa à hora do almoço para se deslocar a um restaurante, podemos considerar que o caso se integra no âmbito de relevância do art. 9º/2, f), LAT. Noutros casos, *v. g.*, quando o trabalhador sai de casa, antes de iniciar o trabalho, para levar os filhos à escola[53], estamos diante de um desvio do trabalhador cujos motivos terão de ser analisados, para se concluir se "foi determinado pela satisfação de necessidades atendíveis do trabalhador, bem como por motivo de força maior ou por caso fortuito"[54]. Como, em rigor, não está em causa o aproveitamento do trajeto tipificado na lei para satisfação de necessidades atendíveis, mas a criação de um percurso *ex nuovo*, o decidente haverá de ser mais rigoroso na concretização do conceito de necessidade atendível.

4 BREVE REFLEXÃO CRÍTICA

As idiossincrasias do regime da responsabilidade civil por acidentes de trabalho aproximam-no de um modelo assistencialista. Embora seja verdade que existe uma esfera de risco que é delineada a partir da constatação do acidente, e que se torna particularmente visível diante de certas constelações problemáticas, não é possível, em muitas hipóteses, falarmos da concretização de um risco de autoridade ou de um risco profissional ou sequer descortinarmos um sentido imputacional indissociável

[53]A questão é igualmente ponderada por Martinez, 2023, p. 26.
[54]Oferecendo esta solução, decorrente do critério consagrado no art. 9º/3, LAT, cf. Martinez, 2023, p. 27.

da ideia de responsabilidade. A responsabilização da entidade patronal pelos acidentes de percurso ou de trajeto é disso paradigmático. A responsabilidade por acidentes de teletrabalho torna ainda mais evidente esta conclusão. Contudo, sendo imperioso dar cumprimento do princípio da equiparação/igualdade consagrado pelo legislador entre o trabalho na empresa e o teletrabalho (ou, mais amplamente, o trabalho a distância), importa não esquecer que a igualdade só se cumpre tratando como igual o que é igual e como desigual o que é desigual. Deste modo, as idiossincrasias do teletrabalho não podem ser ignoradas na necessária adaptação do regime à nova realidade laboral. Nesta ponderação haveremos, ainda, de ter em conta que, ao contrário do que sucede no trabalho presencial, ao nível do teletrabalho o trabalhador é aquele que está mais próximo do controlo de certas fontes de risco - não obstante o poder de inspeção que é reservado à entidade patronal - e que, nessa permanência no domicílio ou noutro local definido no acordo, obtém vantagens que o colocam numa posição diversa do trabalhador presencial.

REFERÊNCIAS

ACHTARI, Annick. **Le devoir du lésé de minimiser son dommage**: étude en droit des obligations. Zürich: Schulthess Verlag, 2008.

ANDRE, Christophe. L'obligation de modérer le dommage en droit interne. Note à la décision de la Cour d'Appel de Douai, 15 mars 2001. **Recueil Dalloz**, Paris, 2002.

AUBERT, Jean-Luc. La victime peut-elle être obligée de minimiser son propre dommage? **Revue de jurisprudence de Droit des Affaires**, Levallois-Perret, 2004.

BARBOSA, Mafalda Miranda. **Do nexo de causalidade ao nexo de imputação**: contributo para a compreensão da natureza binária e personalística do requisito causal ao nível da responsabilidade civil extracontratual. Cascais: Princípia, 2013.

BARBOSA, Mafalda Miranda. Os conceitos de causalidade, imputação e implicação a propósito da responsabilidade civil por acidentes de trabalho. *In*: FERNANDES, Francisco Liberal; REDINHA, Maria Regina Gomes (Coord.). **Para Jorge Leite**: escritos jurídico-laborais. V. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

BRIDGE, Michael G. Mitigation of damage in contract and the meaning of avoidable loss. **Law Quarterly Review**, London, 1989.

BRÜGGEMEIER, Gert. **Haftungsrechts**: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich. Berlin: Springer, 2006.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito das obrigações**. V. II. Lisboa: AAFDUL, 2001.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil**. V. II. Direito das Obrigações. T. III. Coimbra: Almedina, 2010.

DAGORNE-LABBE, Yannick. Existe-t-il une obligation pour les victimes de limiter leur préjudice? Cass. Civ. 2e., 19 juin 2003, 2 arrêts. **Les Petites Affiches**, Paris, n. 261, 2003.

DEUTSCH, Erwin. **Allgemeines Haftungsrecht**. 2. völlig neugestaltete Aufl. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1996.

FORST, Stephan Philipp. **Grenzen deliktischer Haftung bei psychisch vermittelter haftungsbegründender Kausalität**. München: VVF, 2000.

GALGANO, Francesco. **Trattato di diritto civile**. V. 3. Padova: CEDAM, 2010.

GENCY-TANDONNET, Dominique. L'obligation de modérer le dommage dans la responsabilité extracontractuelle. **Gazette du Palais**, Paris, 2004.

GOMES, Júlio. **O acidente de trabalho**: o acidente *itinere* e a sua descaracterização. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Responsabilidade civil por acidentes de trabalho e doenças profissionais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1939.

GREGER, Reinhard. Mitverschulden und Schadenminderungspflicht: Treu und Glauben im Haftungsrecht? **Neue Juristische Wochenschrift**, München, 1985.

G'SELL-MACREZ, Florence. **Recherches sur la notion de causalité**. 2005. 738 f. Thèse (Doctorat Droit Privé)-Université Paris I Pantheon-Sorbonne, Paris, 2005.

JOSSERAND, Louis. Vers l'objectivation de la responsabilité du fait des choses. **Recueil Dalloz**, Paris, 1938.

KOZIOL, Helmut. Die Schadenminderungspflicht. **Juristische Blätter**, Wien, 1972.

KRAMER, Ernst A. Schutzgesetze und adäquate Kausalität. **JuristenZeitung**, Tübingen, j. 31, n. 11/12, 1976.

LANGE, Hermann; SCHIEMANN, Gottfried. **Handbuch des Shuldrechts**: Schadensersatz. 3. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003.

LARENZ, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts**. B. I. Allgemeiner Teil. 14 Aufl. München: Verlag C. H. Beck, 1987.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. Acidentes de trabalho e responsabilidade civil (a natureza jurídica da reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho e a distinção entre responsabilidade obrigacional e delitual). **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, a. 48, p. 773-843, 1988.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. **Temas laborais**: estudos e pareceres. Coimbra: Almedina, 2006.

LEMOS, Mariana Gonçalves de. **Descaracterização dos acidentes de trabalho**. 2011. 104 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas Empresariais)-Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2011.

LINDENMAIER, Fritz. Adäquate Ursache und nächste Ursache. Zur Kausalität im allgemeinen bürgerlichen Recht und in den Allgemeinen Deutschen Seeverischerungsbedingungen. Festschrift für Wüstendörfer. **Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht**, Stuttgart, B. 113, 3/4, 1950.

LOOMIS, Anne. You shall take the victim as you findest him: religious conviction as a pre-existing state not subject to the avoidable consequences doctrine. **George Mason Law Review**, Arlington, n. 14, 2007.

MARTINEZ, Pedro Romano. Acidentes de trabalho em teletrabalho. **Revista de Direito da Responsabilidade**, Coimbra, a. 5, 2023.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2022.

METTETAL, Anne. L'obligation de modérer le préjudice en droit privé français. **Revue de la Recherche Juridique, Droit Prospectif**, Marseille, 2005.

PIMONT, S. Remarques complémentaires sur le devoir de minimiser son propre dommage. **Revue Lamy Droit Civil**, Paris, n. 9, 2004.

POMEROY, Jeremy. Reason, religion and avoidable consequences: when faith and the duty to mitigate collide. **The New York University Law Review**, New York, 1992.

PORTUGAL. Código do Trabalho - CT. Lei n. 7/2009. **Diário da República**, Lisboa, n. 30, Série I, 12 fev. 2009b. Disponível em: https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475.

PORTUGAL. Regime de reparação de acidentes de trabalho e de doenças profissionais. Lei n. 98/2009. **Diário da República**, Lisboa, n. 172, Série I, 4 set. 2009a. Disponível em: https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-58661980.

RIPSTEIN, Arthur. **Equality, responsibility and the law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

RITTERSPACH, Ben. Refusal of medical treatment on the basis of religion and an analysis of the duty to mitigate damages under free exercise jurisprudence. **Ohio Northern University Law Review**, Ada, n. 25, 1999.

ROUXINOL, Milena. **A obrigação de segurança e saúde do empregador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

SALEILLES, Raymond. **Les accidents du travail et la responsabilité civile**: essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle. Paris: Arthur Rousseau, 1897.

SILVA, João Nuno Calvão da. Responsabilidade civil do empregador por actos próprios em caso de acidente de trabalho. **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, a. 68, I, 2008.

TRIMARCHI, Pietro. **Causalità e danno**. Milano: Giuffrè Editore, 1967.

VINEY, Geneviève; JOURDAIN, Patrice. **Traité de droit civil**: les conditions de la responsabilité. 3. ed. Paris: LGDJ, 2006.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. Joanesburgo: Juta & Co., 1992.

TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS E A PROTEÇÃO DO TRABALHO HUMANO*

DISRUPTIVE TECHNOLOGIES AND THE PROTECTION OF HUMAN LABOR

MOREIRA, Teresa Coelho**

1 INTRODUÇÃO

1.1 O trabalho na era digital apresenta inúmeros desafios às formas tradicionais de proteção dos trabalhadores, que incluem os de proporcionar a aprendizagem e formação ao longo da vida, preparar os trabalhadores para participarem na economia digital, assegurar que os trabalhadores tenham voz influente na formação das decisões na fase inicial da tecnologia e sistemas de trabalho, e proporcionar transição e rendimentos adequados, assim como equitativas políticas de apoio.

Contudo, consideramos que entender as questões do trabalho na era digital, e especialmente nas mais circunscritas na área de trabalho da economia colaborativa ou *gig economy* como uma espécie de "universo paralelo", poderá resultar num caminho enganador, pois assumir que a *gig economy* é uma espécie de dimensão estanque da economia e do mercado de trabalho é errado. Nem seria correto tomar por garantido que as leis laborais atuais estão totalmente desatualizadas ou que são inadequadas para a governar e que, portanto, teríamos necessariamente de abandonar as mesmas e introduzir novas que seriam possivelmente mais *business friendly*.

---

*Este texto corresponde, em parte, à nossa intervenção no Seminário "Direitos Constitucionais e Relações de Trabalho: caminhos das Cortes Superiores para a efetividade da Justiça Social", organizado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST) e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (Enamat), no dia 3 de março de 2023, no STF em Brasília.

Doutora em Direito. Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governação, e Coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos do mesmo. Coordenadora científica do **Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021. Contato: tmoreira@direito.uminho.pt.

Na verdade, eu diria que é um pouco o oposto. Necessidade de uma nova regulamentação nalguns aspetos, mas baseada nos princípios clássicos e extremamente atuais que constituem o *ADN* do Direito do Trabalho.

1.2 Novas tecnologias, tais como plataformas digitais, gestão algorítmica, Inteligência Artificial, impressão *3D*, *4D*, presença virtual, a análise e a gamificação, Metaverso que cada vez mais deixa de estar no campo do imaginário e passa a ser uma realidade que necessita de ser analisada, começam todas a ter impacto no mundo do trabalho.

Desde logo, o Metaverso é uma nova forma de interagir com vários componentes do ciberespaço - a realidade aumentada, a combinação dos aspetos digitais e físicos da vida, a tecnologia tridimensional, a **internet das coisas**, os avatares pessoais, os mercados e fornecedores de conteúdos digitais - para gerar uma experiência mais ativa, imediata e imersiva. Mas levanta várias questões para o Direito do Trabalho, sendo, sem dúvida, uma tecnologia bastante disruptiva. Na verdade, o Metaverso terá os seus utilizadores, mas poderá vir a ser um **local de trabalho** para muitos, tendo por objetivo criar uma experiência de trabalho mais interativa e colaborativa para trabalhadores remotos.

Embora isto possa, aparentemente, parecer uma coisa boa, uma primeira preocupação é que tal combinação aumente o *stress* de estar sujeito a formas cada vez mais invasivas e implacáveis de vigilância algorítmica já experimentadas. Na verdade, o potencial de aumento dos riscos psicossociais não pode ser desvalorizado, inclusive porque as novas formas de *cyberbullying* no trabalho poderão ser possibilitadas pelas tecnologias que constituem o Metaverso.

Além disso, se esses **escritórios do Metaverso** se espalhassem realmente, o risco de **distanciamento contratual** para os trabalhadores envolvidos aumentaria. Se as empresas forem capazes de ter escritórios virtuais que imitem os escritórios físicos e, ao mesmo tempo, tiverem acesso a uma mão de obra mundial de potenciais trabalhadores à distância, a sua capacidade de externalizar o trabalho de escritório para países com salários muito mais baixos e uma proteção laboral mais fraca - e de qualificarem erradamente o contrato que estas pessoas têm considerando-os como autónomos - irá aumentar enormemente.

1.3 Por outro lado, nestas mudanças tecnológicas, ligadas tanto à digitalização estritamente considerada como à automação, encontram-se inovações associadas aos processos produtivos, como a manufatura aditiva ou a produção assistida por computador, bem como as mudanças mais amplas ligadas ao aprofundamento dos sistemas de robótica. Mas se assiste também ao desenvolvimento incessante das tecnologias de informação e digitais e o modo como, por si ou em interação com espaços físicos, elas interagem com as diferentes dimensões da economia e

da sociedade, como, *inter alia*, as plataformas da *cloud*, o armazenamento e uso de dados em larga escala, os sistemas de gestão aos mais diversos níveis, os sistemas de sensores, a chamada *Internet of things* (*IoT*), tecnologias como *machine learning* ou as tecnologias imersivas - *mixed reality*. Esse conjunto amplo, e ele próprio mutável, de focos de inovação tecnológica tem na Inteligência Artificial e nos algoritmos duas das frentes mais estruturantes e ativas da mudança e, em particular, da mudança com um potencial de impactos elevados no mercado de trabalho. Ainda que com ritmos distintos, quer a Inteligência Artificial, quer os algoritmos e o uso de dados em larga escala por eles, estão hoje cada vez mais impregnados nos processos produtivos e de mercado, nas tomadas de decisão dos agentes económicos e, por consequência, nas próprias relações de trabalho, sobre as quais têm impactos e riscos[1].

2 O TRABALHO ATRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITAIS

2.1 Atualmente há um *app* para tudo ou quase tudo, desde atividades mais simples, como entrega de alimentação, até atividades mais complexas, como prestação de serviços jurídicos, surgindo todos os dias novas plataformas digitais. Na verdade, em teoria, qualquer atividade pode ser transformada, **plataformizada**[2].

As plataformas digitais de trabalho desempenham um papel fundamental na transição digital da economia europeia e são um fenómeno em expansão. Segundo dados apresentados pela Comissão Europeia,

> A dimensão da economia das plataformas digitais de trabalho na UE quase quintuplicou, passando de cerca de 3 mil milhões de euros em 2016 para aproximadamente 14 mil milhões de euros em 2020. As plataformas digitais de trabalho representam inovação, criam emprego e reforçam a competitividade da UE. Proporcionam rendimentos complementares, nomeadamente àquelas pessoas cujo acesso aos mercados de trabalho pode ser mais difícil.
> No entanto, o trabalho nas plataformas digitais pode também resultar em condições laborais precárias e num acesso inadequado à proteção social para muitas pessoas que exercem a sua atividade através dessas

[1] *Vide* MOREIRA, Teresa Coelho; DRAY, Guilherme. **Livro verde sobre o futuro do trabalho 2021**. Lisboa: GEP, 2022, p. 77.
[2] *Vd*. PIASNA, Agnieszka; ZWYSEN, Wouter; DRAHOKOUPIL, Jan. The platform economy in Europe: results from the second ETUI Internet and Platform Work Survey. **ETUI, The European Trade Union Institute**, Brussels, 2022a, p. 14-ss.

> plataformas. O principal desafio do trabalho nas plataformas digitais está relacionado com o estatuto profissional, o que determina o acesso dos seus trabalhadores aos direitos laborais e à proteção existentes. Além disso, as pessoas que trabalham através de plataformas podem estar sujeitas a decisões automatizadas dependentes de algoritmos, sem terem a possibilidade de as questionar e procurar obter reparação. Muitas vezes, têm também um acesso limitado a mecanismos de representação e negociação coletiva. Por último, existem também desafios relacionados com a natureza transfronteiriça do trabalho nas plataformas digitais e com a possibilidade de identificar o país onde o trabalho é prestado. (COMISSÃO EUROPEIA, 2021).

Na verdade, um dos desafios de partida na reflexão sobre esta matéria se prende com a dificuldade em estimar o número de trabalhadores das plataformas. Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT)[3], a dificuldade em fazer estimativas rigorosas sobre o emprego nas plataformas se prende desde logo com a distinção entre os trabalhadores diretamente empregados pelas plataformas digitais e os trabalhadores cuja atividade é apenas mediada pelas plataformas - sendo que esta última categoria é não apenas a mais frequente mas também a que se reveste de menor transparência, dado que a maioria das plataformas não informa sobre o número de trabalhadores nela registados[4].

2.2 No trabalho nas plataformas digitais podemos falar de *Crowdwork,* que pode ser quer o *crowdwork on-line*, quer o *crowdwork off-line*, na medida em que há atividades que podem ser realizadas completamente *on-line* e oferecidas globalmente. Assim, há atividades que podem ser **oferecidas** de forma global, e outras há que exigem uma execução local. Nas primeiras, qualquer pessoa, em qualquer local do mundo, pode realizá-las; nas segundas, isso já não é possível. Esta noção é importante porque a presunção de laboralidade que iremos abordar se aplica a qualquer tipo destas plataformas, ainda que alguns indícios estejam mais presentes numas do que noutras.

---

[3]INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **World employment and social outlook 2021**: the role of digital labour platforms in transforming the world of work. Geneva: ILO, 2021.

[4]Contudo, um estudo realizado pelo ETUI (PIASNA, Agnieszka; ZWYSEN, Wouter; DRAHOKOUPIL, Jan. **The second ETUI Internet and Platform Work Survey**: country tables. Brussels: ETUI, 2022b) mostrou que mais de 70% dos trabalhadores de plataformas que faziam entregas ou transportavam pessoas não tinham um diploma universitário. Os trabalhadores migrantes estavam desproporcionadamente representados entre os trabalhadores deste tipo de plataformas quando comparados com os que se dedicavam a outros tipos de atividade.

No *crowdwork on-line*, as atividades prestadas, que são uma espécie de **face oculta da lua**, porque não se conhece a realidade de muitas pessoas que trabalham desta forma, podem ser extremamente repetitivas, monótonas, sem que, muitas vezes, as pessoas tenham conhecimento do que estão realmente a fazer porque não têm acesso aos produtos finais, o que pode levantar questões, desde logo, relacionadas, *inter alia*, com problemas éticos. Por outro lado, algumas destas plataformas usam, por vezes, como forma de pagamento, vales de videojogos da própria empresa, o que já levantou a questão do eventual trabalho infantil e a proibição da retribuição ser feita através desta forma, bastando para tal ter em consideração a Convenção 95 da OIT.

Nesses casos, a concorrência é verdadeiramente global, e pode originar uma *race to the bottom*. Essas atividades, normalmente oferecidas através da *cloud*, podem incluir tarefas mal pagas, também chamadas de **microtarefas**, assim como grandes tarefas, a serem divididas em pequenas, para tornar mais simples e mais baratas. Contudo as tarefas podem exigir uma elevada qualificação, não significando isto que sejam bem pagas porque, como a concorrência é verdadeiramente global, a remuneração pode ser parca ou, até, inexistente, devido à cláusula de satisfação do cliente. Acresce que estas tarefas também são muito mal pagas porque não se tem em consideração o tempo que os trabalhadores têm de estar disponíveis *on-line*, nem o tempo que têm de estar à procura de uma tarefa. Acresce, ainda, um outro problema, que é a da sua permanente disponibilidade em termos temporais porque, como trabalham *on-line* e com fusos horários diferentes dos utilizadores, têm prazos muito curtos para cumprir, tendo de responder imediatamente. Assim, a aparente flexibilidade destas formas de prestar trabalho também necessita de ser repensada, havendo, inequivocamente, um enorme controlo.

Existem, ainda, outras atividades, o denominado *crowdwork off-line* ou *work on demand* via *apps* que exigem uma presença física e, por isso, a concorrência não é global, embora se levantem também várias questões sobre violação de regras de Direito do Trabalho, pois o trabalho é realizado à **chamada**, denominado *on demand work*, originando um incremento da força de trabalho *just-in-time*, de que o exemplo mais conhecido é o da **Uber** enquanto plataforma digital relacionada com os transportes. Há, também, plataformas digitais associadas a serviços domésticos, desde limpeza, mudanças, a *bricolage*. Nestes últimos, o trabalhador da plataforma normalmente entra em contacto direto com o utilizador.

Em qualquer destas formas de prestar trabalho há muitos períodos de tempo não retribuídos, como o tempo de espera, que pode ser muito dependendo da plataforma.

Nas duas situações referidas também há horários completamente irregulares, com permanência constante do trabalhador *on-line*,

como de permanente disponibilidade, sendo que há alturas de *zero hours* e outras de *rush hours*[5].

2.3 Perante essa situação, uma das questões que assume uma enorme importância é a da qualificação das relações existentes entre quem presta a atividade nas plataformas digitais, com inúmeros casos já julgados um pouco por todo o mundo - só na Europa, dados até junho de 2022 indicavam que tinham sido decididos mais de 220 casos sobre a qualificação do contrato, sendo que a maior parte deles, pelo menos relativamente aos dois tipos de plataformas que constituíram a maior parte das decisões e que são as plataformas de transporte e de entrega, as decisões mais recentes e/ou dos tribunais de última instância, na maioria dos países, classificaram como trabalhadores quem realiza atividades para as plataformas[6].

3 ART. 12.º-A DO CÓDIGO DO TRABALHO: presunção de contrato de trabalho no âmbito de plataforma digital[7]

3.1 A questão da qualificação assume uma enorme importância no trabalho nas próprias plataformas digitais porque elas próprias tentam não ser abrangidas pelas regras do Direito do Trabalho, invocando, muitas vezes, serem meras **intermediárias tecnológicas**, e em muitas delas, nos contratos celebrados, estabelece-se esta natureza, chegando a impor uma terminologia própria e inventada, disfarçando a realidade da situação, utilizando uma linguagem própria para tentar fugir a este regime[8].

3.2 Claro que se reconhece a dificuldade de, em muitas situações, aferir-se o carácter laboral ou não de algumas atividades, uma vez que, regra geral, de acordo com o art. 342.º do Código Civil (CC), o ónus da prova da existência do contrato de trabalho recairia sobre o trabalhador, que tinha de provar a existência da retribuição, da prestação de uma

[5]Cf., para maiores desenvolvimentos, MOREIRA, Teresa Coelho. **Direito do trabalho na era digital**. Coimbra: Almedina, 2021a, p. 38-ss.

[6]Ver, para maiores desenvolvimentos, HIEßL, Christina. The legal status of platform workers: regulatory approaches and prospects of a European solution. **Italian Labour Law e-Journal**, Modena, v. 15, n. 1, 2022, p. 9-10.

[7]Este artigo consta da Lei n. 13/2023, de 3 de abril, que "Altera o Código do Trabalho e legislação conexa, no âmbito da agenda do trabalho digno".

[8]Muitas vezes a linguagem que estas plataformas utilizam para captar clientes é extremamente apelativa. Exemplos de linguagem: "Seja o seu próprio empregador"; "Seja dono do seu tempo"; "Faça exercício enquanto trabalha" (no caso dos *riders*); "Trabalhe apenas quando quiser"; "Sem escritório e sem empregador". Outra máxima muito difundida e que cativa bastantes pessoas no que concerne à **Uber**, por exemplo, assenta na garantia de segurança, tanto para os passageiros, quanto para os motoristas, utilizando *slogans* como "Uber: uma viagem na qual você pode confiar"; "Garantimos a sua segurança através do nosso *GPS*"; ou "Uber: *Drive Safe*".

atividade e dos factos que habilitassem o tribunal a concluir pela presença de subordinação jurídica. E, nos casos de dúvida, era muito frequente o recurso jurisprudencial ao chamado **método indiciário**, para conseguir decidir sobre a (in)existência de um contrato de trabalho. Para tal, o tribunal recorria a vários elementos indiciários como forma de testar a existência de uma situação de autonomia ou de subordinação na prestação de trabalho. Para tentar facilitar a prova, e seguindo a Recomendação 198 da OIT, o legislador português estabeleceu no art. 12.º do Código do Trabalho (CT) uma presunção da existência de contrato de trabalho, uma **presunção de laboralidade**. Esta presunção visa combater a dissimulação ilícita de relações de trabalho, tendo em conta a noção jurídica de presunção prevista no art. 349.º do CC.

Segundo o art. 12.º do Código do Trabalho, basta que estejam preenchidos dois dos requisitos nele enunciados para que se presuma a existência de contrato de trabalho, cabendo à contraparte a prova em sentido contrário. Note-se, contudo, que é uma presunção *iuris tantum*, nos termos do art. 350.º do Código Civil, pelo que nada impede que o beneficiário da atividade consiga provar que não se trata de um contrato de trabalho.

Contudo, essa presunção, apesar de ser positiva, foi perspetivada para as relações de trabalho **típicas**, para as relações de trabalho na era **pré digital**. Para as novas formas de prestar trabalho, para o trabalho nas plataformas digitais, para o trabalho na era digital, novos desafios surgiram, e para os quais, porventura, a presunção deste artigo não consegue dar resposta satisfatória.

Por isso, o legislador reconheceu, e bem, na nossa opinião, a inadequação da presunção de laboralidade, nos moldes estabelecidos pelo CT, para enfrentar os problemas emergentes das novas formas de trabalhar através de plataformas digitais[9].

3.3 A este nível é importante referir o que constava do **Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021**[10].

[9]Sobre toda a questão da presunção de laboralidade, cf. Moreira, 2021a, p. 71-ss., e AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho. A lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções. **Prontuário de Direito do Trabalho**, Coimbra, n. 1, 2019, assim como AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho. La loi sur les plateformes de transport et le contrat de travail au Portugal: sujets, relations et présomptions de salariat. *In*: CARELLI, Rodrigo; CINGOLANI, Patrick; KESSELMAN, Donna (Ed.). **Les travailleurs des plateformes numériques**: regards interdisciplinaires. Buenos Aires: Teseo Press, 2022.

[10]Não podemos deixar de mencionar a Proposta de Diretiva relativa à melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais que se encontra ainda em discussão e que consagra uma presunção de laboralidade no art. 4.º, assim como no ordenamento jurídico espanhol a Ley 12/2021, de 28 de setembro, "por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales", que converteu em lei o Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de maio, e estabelece uma

Este traça uma linha de rumo na qual nos revemos e que consideramos que deve ser seguida até atendendo à Diretiva 2019/1152, de 20 de junho de 2019, relativa a condições de trabalho transparentes e previsíveis na União Europeia, Diretiva que consagra no considerando 8 que "A determinação da existência de uma relação de trabalho deve basear-se nos factos relativos à prestação efetiva de trabalho e não no modo como as partes descrevem a relação" (UNIÃO EUROPEIA, 2019), e que já estava na Recomendação 198 da OIT, a qual abordava a questão da primazia dos factos. Com efeito, no **Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021** pode se ler, como uma das linhas de reflexão para as políticas públicas em matéria de plataformas digitais:

> Criar uma presunção de laboralidade adaptada ao trabalho nas plataformas digitais, para tornar mais clara e efetiva a distinção entre trabalhador por conta de outrem e trabalhador por conta própria, sublinhando que a circunstância de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios, bem como o facto de estar dispensado de cumprir deveres de assiduidade, pontualidade e não concorrência, não é incompatível com a existência de uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma digital. (MOREIRA, 2022).

3.4 Em Portugal, após várias versões deste artigo, foi aprovado pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, o art. 12.º-A com a epígrafe **Presunção de contrato de trabalho no âmbito de plataforma digital**.

Na verdade, na versão inicial aprovada na generalidade através da Proposta de Lei n.º 15/XV, este artigo tinha uma redação que, segundo a nossa opinião, não era a melhor porque a presunção era

presunção legal nas plataformas digitais de entrega (mas não nas de transporte, nem nas que trabalham em *crowdwork on-line)*, segundo a qual, "Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital" (ESPAÑA, 2021). Este art. 8.1 do ET se refere à existência de uma presunção jurídica de laboralidade do contrato, estabelecendo que "1. El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel" (ESPAÑA, 2015). Ora, se por um lado poderia parecer difícil a prova destes elementos todos nas plataformas digitais, há jurisprudência consolidada do Tribunal Supremo Espanhol sobre a mesma, sobretudo o acórdão de Uniformização de Jurisprudência de 25 de setembro de 2020, que considerou como verdadeiros contratos de trabalho todos os contratos dos entregadores da **Glovo**. Sobre esta decisão *vide* MOREIRA, Teresa Coelho; AMADO, João Leal. A Glovo, os *riders*/estafetas e o Supremo Tribunal de Espanha: *another brick in the wall*? **Prontuário de Direito do Trabalho**, Coimbra, n. 2, 2020.

estabelecida em termos iguais entre a plataforma digital e quem presta a atividade na mesma e entre este e o intermediário - não apenas entre os dois primeiros, criando-se, aqui um terceiro ente -, o que não estava de acordo com o que tinha sido defendido nas Linhas de Reflexão para Políticas Públicas no **Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021**. Entretanto, a 20 de outubro de 2022, foi apresentada uma proposta de alteração a este artigo que melhorou, substancialmente, a redação do mesmo, a qual foi alterada a 15 de dezembro para uma versão ainda melhor, e que é a que consta da versão final aprovada. Reconhece-se que é um artigo muito extenso - 12 números - e complexo, mas bastante melhor do que as duas anteriores versões apresentadas e com um saldo final que nos parece claramente positivo, por vários motivos.

A presunção do art. 12.º-A é uma presunção legal, o que origina a inversão do ónus da prova nos termos do art. 344.º do CC, mas é ilidível e, por isso, admite prova em contrário.

Ora, atendendo a esta ideia, analisemos então o art. 12.º-A, que levanta várias questões; mas, antes de as ver, convém chamar a atenção para alguns aspetos gerais sobre essa presunção:

> **Artigo 12.º-A**
> **Presunção de contrato de trabalho no âmbito de plataforma digital**
> 1 - Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, presume-se a existência de contrato de trabalho quando, na relação entre o prestador de atividade e a plataforma digital se verifiquem algumas das seguintes características:
> a) A plataforma digital fixa a retribuição para o trabalho efetuado na plataforma ou estabelece limites máximos e mínimos para aquela;
> b) A plataforma digital exerce o poder de direção e determina regras específicas, nomeadamente quanto à forma de apresentação do prestador de atividade, à sua conduta perante o utilizador do serviço ou à prestação da atividade;
> c) A plataforma digital controla e supervisiona a prestação da atividade, incluindo em tempo real, ou verifica a qualidade da atividade prestada, nomeadamente através de meios eletrónicos ou de gestão algorítmica;
> d) A plataforma digital restringe a autonomia do prestador de atividade quanto à organização do trabalho, especialmente quanto à escolha do horário de trabalho ou dos períodos de ausência, à possibilidade de aceitar ou recusar tarefas, à utilização de subcontratados ou substitutos, através da aplicação de sanções, à escolha dos clientes ou de prestar atividade a terceiros via plataforma;

e) A plataforma digital exerce poderes laborais sobre o prestador de atividade, nomeadamente o poder disciplinar, incluindo a exclusão de futuras atividades na plataforma através de desativação da conta;
f) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertencem à plataforma digital ou são por estes explorados através de contrato de locação.
2 - Para efeitos do número anterior, entende-se por plataforma digital a pessoa coletiva que presta ou disponibiliza serviços à distância, através de meios eletrónicos, nomeadamente sítio da internet ou aplicação informática, a pedido de utilizadores e que envolvam, como componente necessária e essencial, a organização de trabalho prestado por indivíduos a troco de pagamento, independentemente desse trabalho ser prestado em linha ou numa localização determinada, sob termos e condições de um modelo de negócio e uma marca próprios.
3 - O disposto no n.º 1 aplica-se independentemente da denominação que as partes tenham atribuído ao respetivo vínculo jurídico.
4 - A presunção prevista no n.º 1 pode ser ilidida nos termos gerais, nomeadamente se a plataforma digital fizer prova de que o prestador de atividade trabalha com efetiva autonomia, sem estar sujeito ao controlo, poder de direção e poder disciplinar de quem o contrata.
5 - A plataforma digital pode, igualmente, invocar que a atividade é prestada perante pessoa singular ou coletiva que atue como intermediário da plataforma digital para disponibilizar os serviços através dos respetivos trabalhadores.
6 - No caso previsto no número anterior, ou caso o prestador de atividade alegue que é trabalhador subordinado do intermediário a que se refere o número anterior, aplica-se igualmente, com as necessárias adaptações, a presunção a que se refere o número 1, bem como o disposto no número 3, cabendo ao tribunal determinar quem é a entidade empregadora.
7 - A plataforma digital não pode estabelecer termos e condições de acesso à prestação de atividade em plataforma digital, incluindo na gestão algorítmica, mais desfavoráveis ou de natureza discriminatória para os prestadores de atividade que estabeleçam uma relação direta com a plataforma, comparativamente com as regras e condições definidas para as pessoas singulares ou coletivas que atuem como intermediários da plataforma digital para disponibilizar os serviços através dos respetivos trabalhadores.
8 - A plataforma digital e a pessoa singular ou coletiva que atue como intermediário da plataforma digital para disponibilizar os serviços através dos respetivos

> trabalhadores, bem como os respetivos gerentes, administradores ou diretores, assim como as sociedades que com estas se encontrem em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, são solidariamente responsáveis pelos créditos do trabalhador emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, celebrado entre o trabalhador e a pessoa singular ou coletiva que atue como intermediário da plataforma digital, bem como pelos encargos sociais correspondentes e pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contraordenação laboral relativos aos últimos três anos.
> 9 - Nos casos em que se considere a existência de contrato de trabalho, aplicam-se as normas previstas no presente Código que sejam compatíveis com a natureza da atividade desempenhada, nomeadamente o disposto em matéria de acidentes de trabalho, cessação do contrato, proibição do despedimento sem justa causa, remuneração mínima, férias, limites do período normal de trabalho, igualdade e não discriminação.
> 10 - Constitui contraordenação muito grave imputável ao empregador, seja ele a plataforma digital ou pessoa singular ou coletiva que atue como intermediário da plataforma digital para disponibilizar os serviços através dos respetivos trabalhadores que nela opere, a contratação da prestação de atividade, de forma aparentemente autónoma, em condições características de contrato de trabalho, que possa causar prejuízo ao trabalhador ou ao Estado.
> 11 - Em caso de reincidência são ainda aplicadas ao empregador as seguintes sanções acessórias:
> a) Privação do direito a apoio, subsídio ou benefício outorgado por entidade ou serviço público, designadamente de natureza fiscal ou contributiva ou proveniente de fundos europeus, por período até dois anos;
> b) Privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos, por um período até dois anos.
> 12 - A presunção prevista no n.º 1 aplica-se às atividades de plataformas digitais, designadamente as que são reguladas por legislação específica relativa a transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica. (PORTUGAL, 2009).

E a primeira é essa mesma. A de que se trata de uma presunção. A lei não estabelece qualquer obrigatoriedade de que todas as pessoas que prestam atividade nas plataformas digitais tenham de ver os seus contratos **convertidos** em contratos de trabalho. Claro que nada impede que as plataformas, atendendo ao que consta na presunção, olhem para o seu modelo de negócios, para a evolução do Direito do Trabalho

e celebrem voluntariamente contratos de trabalho, como, aliás, aconteceu em Espanha com algumas plataformas digitais. Mas isto é a título voluntário. Não é o que está na lei.

O que está na lei é uma presunção e ilidível que visa facilitar e clarificar a distinção entre quem é um verdadeiro trabalhador autónomo e quem é um falso trabalhador autónomo perante essas novas formas de prestar trabalho. Não significa que todos que prestam atividade nas plataformas sejam trabalhadores. Quem for verdadeiro autónomo continuará a ser.

3.4.1 Em primeiro lugar, parece-nos de saudar que a presunção seja estabelecida entre a plataforma digital e o prestador de atividade que nela opera. Desaparece da presunção do n.º 1 a figura do intermediário. E este é um ponto muito positivo, aliás em conformidade com a Proposta de Diretiva Europeia sobre melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais, porque a existência desse ente de **permeio** traduzia uma mudança de visão do legislador e do próprio modelo de negócios da economia colaborativa.

Claro que a figura do intermediário não desaparece totalmente surgindo no n.º 5 deste artigo, mas apenas a título subsidiário e como uma forma de a plataforma tentar ilidir a presunção. Porém, mesmo nesta situação, a lei clarificou que cabe ao tribunal determinar quem é a entidade empregadora nos termos do n.º 6.

3.4.2 Por outro lado, outro aspeto que nos parece muito positivo é a proibição da discriminação no n.º 7, assim como a consagração da responsabilidade solidária prevista no n.º 8 entre a plataforma digital e o intermediário,

> [...] pelos créditos do trabalhador emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, celebrado entre o trabalhador e a pessoa singular ou coletiva que atue como intermediário da plataforma digital, bem como pelos encargos sociais correspondentes e pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contraordenação laboral relativos aos últimos três anos. (PORTUGAL, 2009).

Reforçamos a importância deste número porque se formalmente o trabalhador pode ter como empregador o intermediário, substancialmente pode ter outro que é a plataforma digital.

3.4.3 O legislador, ao ter aprovado esta alteração e criado esta presunção, tornou Portugal o primeiro ordenamento jurídico a ter uma presunção tão ampla porque se aplica às plataformas de *crowdwork on-line* e de *crowdwork off-line*, tal como consta da definição de plataforma digital do n.º 2. E isto é muito positivo, até porque de uma coisa temos a

certeza - sem dúvida não temos nas plataformas digitais um trabalhador do Século XIX, ou até do Século XX, mas com toda a certeza que, em inúmeras situações, temos um trabalhador do Século XXI. Temos um trabalhador subordinado de novo tipo, com contornos distintos dos tradicionais, mas, em última instância, ainda dependente e subordinado na forma como desenvolve a sua atividade.

3.4.4 Nesta presunção, outro aspeto que nos parece positivo é a referência no n.º 9, que só se aplicarão as normas previstas "no presente Código que sejam compatíveis com a natureza da atividade desempenhada, nomeadamente o disposto em matéria de acidentes de trabalho, cessação do contrato, proibição do despedimento sem justa causa, remuneração mínima[11], férias, limites do período normal de trabalho, igualdade e não discriminação" (PORTUGAL, 2009); isto é bastante importante porque chama a atenção para um aspeto que é muitas vezes referido pelas plataformas como impedindo a aplicação das regras de Direito do Trabalho, e que é a inaplicabilidade de vários aspetos das relações de trabalho ditas clássicas com estas novas formas de prestar trabalho[12]. Conforme fomos vendo com a evolução do Direito do Trabalho, ele tem suficiente maleabilidade e flexibilidade para responder a essas situações e não aplicar certos aspetos e criar outros, e para se adaptar a essas novas formas de prestar trabalho por mais disruptivas que sejam.

4 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E GESTÃO ALGORÍTMICA[13]

4.1 Atualmente, a Inteligência Artificial veio para ficar e incide sobre inúmeros aspetos da vida das pessoas em geral e dos trabalhadores em especial desde o momento de formação do contrato de trabalho, passando pela execução do mesmo - através de, *inter alia*, um novo tipo de formação ao longo da vida, de um novo controlo, o controlo

[11]Convém esclarecer algo que parece óbvio da leitura do n.º 9 desse artigo, mas que tem de se reafirmar. A presunção não consagra que se for considerado um contrato de trabalho a retribuição vá ser igual à retribuição mínima mensal garantida. O que este número garante é que, pelo menos, esta tem de ser cumprida. O mínimo. Nada impede que seja superior, dependendo das circunstâncias do caso e das regras aplicadas ao mesmo.

[12]Veja-se o estudo realizado pela Copenhagen Economics, **The value of flexible work**, realizado por solicitação da **Delivery Platforms Europe**, o qual refere, mais uma vez, que com a aplicabilidade dos regimes do Direito do Trabalho, remover-se-ia até cerca de 250.000 *riders* de aceder a este trabalho porque deixaria de ser flexível, ou a **Carta Aberta** do Movimento dos Estafetas ao Governo, de 27 de outubro de 2022, na qual defenderam que queriam continuar a ser trabalhadores independentes, opondo-se a qualquer alteração legislativa a este nível. Cf., ainda, a **resposta** a esta carta aberta de João Leal Amado, "De olhos bem fechados", *in* **Público**, 3 de novembro de 2022, que subscrevemos inteiramente.

[13]Para maiores desenvolvimentos, *vide* Moreira, 2021a.

eletrónico/digital, um novo tempo de trabalho, ou de um novo tipo de Direito Coletivo - e terminando na sua cessação.

Apesar de não existir uma definição comum de Inteligência Artificial, a definição da Comissão Europeia (2020) é a seguinte: "a IA é um conjunto de tecnologias que combinam dados, algoritmos e capacidade computacional". Também a definição de sistema de IA do grupo de peritos em IA da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) - AIGO - é tida como uma referência:

> Sistema baseado em máquina que pode, para um determinado conjunto de objetivos, fazer previsões, recomendações ou decisões que influenciam ambientes reais ou virtuais. Usa entradas de máquina e/ou humanos para perceber ambientes reais ou virtuais; para extrair tais perceções em modelos (de forma automatizada, por exemplo com aprendizado de máquina ou manualmente); e para usar o modelo de inferência para formular opções de informação ou ação. Os sistemas de IA são projetados para operar com vários níveis de autonomia. (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2019a).

4.2 Conforme preconiza Cathy O'Neil[14], nós vivemos na era do algoritmo. Cada vez mais as decisões que afetam as vidas das pessoas estão a ser tomadas não por seres humanos, mas por modelos matemáticos. Teoricamente, isso deveria originar uma maior justiça e transparência, porque todos seriam julgados de acordo com as mesmas regras e a discriminação seria eliminada. Mas, na realidade, isso não acontece. Os modelos usados hoje são opacos, não são regulamentados e são considerados, por muitos, como incontestáveis, mesmo quando estão errados. E, ainda mais problemático, é que eles reforçam a discriminação[15].

Na teoria, parece que o conceito de remover humanos do processo de tomada de decisão também eliminará a discriminação. O paradoxo, no entanto, é que, em alguns casos, a tomada de decisões automatizada serviu para replicar e ampliar até a discriminação[16].

---

[14]O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction**: how big data increases inequality and threatens democracy. New York: Crown Archetype, 2017. A autora defende que "os algoritmos prometem eficácia e imparcialidade, mas, por vezes, distorcem a educação superior, aumentam a dívida, estimulam o encarceramento em massa, discriminam os pobres em várias situações e podem colocar em causa a própria democracia".

[15]Concorda-se com o preconizado por Valerio De Stefano e Simon Taes (2022, p. 2): "Algorithm based management can also lead to insidious forms of discrimination by hiding the programmers 'explicit and implicit' biases behind a technologically 'objective' façade".

[16]AJUNWA, Ifeoma. The paradox of automation as anti-bias intervention. **Cardozo Law Review**, New York, v. 41, n. 5, June 2020, assim como FREY, Carl; OSBORNE, Michael A. **The future of**

O uso de algoritmos traz a promessa de objetividade. As pessoas assumem que os resultados do algoritmo são **neutros**. Essa neutralidade é, no entanto, uma ilusão. Os algoritmos não são tão imparciais quanto pensamos, e o risco de discriminação aumenta.

A criação de perfis do comportamento humano e os dados deles resultantes permitem que a administração faça julgamentos sobre quem são as pessoas, bem como preveja o seu comportamento futuro. Na verdade, espera-se que os dados gerados pelo computador sejam confiáveis e neutros e ajudem na previsão.

Os algoritmos não são de forma alguma infalíveis. As decisões que tomam podem ser tão tendenciosas quanto as de qualquer ser humano, não podendo ser consideradas "superiores" ou mais objetivas do que as de qualquer pessoa[17]. Dotar essas ferramentas computacionais com capacidades superiores às das pessoas que as treinam e as programam é um erro manifesto que a ciência repudia. Se um humano não sabe como resolver um problema que exige critérios justos, uma Inteligência Artificial não será capaz de resolvê-lo por ele. E uma aplicação maciça destas tecnologias algorítmicas multiplicaria, sobreporia e amplificaria tanto os seus efeitos quanto o número de trabalhadores afetados de forma exponencial, alcançando o que o Conselho da Europa descreve como uma "interferência adicional no exercício dos direitos humanos de múltiplas maneiras".

Na verdade,

> Os algoritmos não são empáticos: não decifram nem compreendem os conceitos de humanidade ou probidade. Eles não esquecem, eles não perdoam, eles não estão cientes de sua própria falibilidade. Eles não têm uma escala de valores, nem distinguem as diferenças culturais ou sociais intrínsecas a eles. E como se isso não bastasse, eles não se autocorrigem sob critérios de compreensão, equilíbrio, justiça, ética, moralidade ou alteridade. Hoje, a compreensão humana continua, e continuará a sê-lo a longo prazo, essencial para a tomada de decisões sob critérios justos e equitativos. (UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, 2021, p. 4).

employment: how susceptible are jobs to computerisation? Oxford: Oxford Martin School, 2013. Disponível em: https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf.

[17]Veja-se o que consta da Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, de 8 de abril de 2020: "most algorithmic systems are based on statistical models in which errors form an inevitable part, sometimes with feedback loops that maintain, replicate and reinforce pre-existing biases, errors and assumptions" (COUNCIL OF EUROPE, 2020).

Tem de ter-se em atenção que IA e os algoritmos apresentam um elevado potencial de transformação disruptiva nos ambientes de trabalho, mudando conteúdos de desempenho de tarefas, formas de interação entre empregadores e trabalhadores, entre os próprios trabalhadores e entre estes e as máquinas, e também nas metodologias de medição e monitorização do esforço, eficiência e produtividade dos trabalhadores e do próprio trabalho no quotidiano. Por outro lado, pode ter um papel importante, e igualmente arriscado, nos processos de seleção dos candidatos a emprego e no âmbito dos habitualmente denominados *background employment checks*, através dos quais empresas especializadas se dedicam a selecionar e excluir candidatos a emprego com base em diferentes fatores distintivos, que não estão diretamente relacionados com o tipo de atividade a prestar e que se prendem com aspetos da vida privada do candidato ou com as suas características pessoais, sociais e culturais, quais sejam, o domicílio, a etnia, os gostos, o perfil financeiro, a religião, o cadastro criminal, ou a orientação sexual[18].

4.3 O uso de gestão algorítmica tem vindo a aumentar e foi fortemente impulsionado com a pandemia da Covid-19 através da utilização de *software* de trabalho remoto que permite recolher e monitorizar dados de *performance* laboral. Apesar deste tipo de gestão algorítmica ter surgido essencialmente na economia colaborativa no trabalho em plataformas digitais, é atualmente comum em vários setores de atividade, apoiando a gestão em recolha de informação, no processamento de informação e no controlo do trabalhador com base nessa informação recolhida, muitas vezes de forma pouco transparente

As decisões são cada vez mais baseadas em algoritmos, colocando um novo problema para a sociedade, que é o desenvolvimento de uma sociedade baseada num novo tipo de *black box* - a *black box society* -, dada a opacidade e a falta de transparência dos algoritmos. Nesse cenário, é essencial lembrar que todos os tipos de controlo devem obedecer ao princípio da transparência, que é o conhecimento dos trabalhadores sobre o quando, onde e como o controlo é realizado. Esse princípio é essencial para o correto processamento de dados pessoais das pessoas em geral, e dos trabalhadores em especial. Além disso, esse direito é reforçado no Regulamento Geral de Proteção de Dados e deve ser aplicado ao controlo executado pelos algoritmos, passando de uma *black box society* para uma espécie de *transparent box society*.

4.4 Ao utilizar os algoritmos, os empregadores podem processar grandes quantidades de dados para obter informações relevantes, as quais podem ser usadas para a tomada de decisões automatizadas.

[18]Cf. Moreira; Dray, 2022, p. 79.

Por exemplo, os algoritmos podem acelerar o processo de recrutamento eliminando um grande número de currículos ou analisando entrevistas realizadas por vídeo, por exemplo, e selecionando os candidatos mais adequados. Os empregadores também podem usar algoritmos para avaliar o desempenho dos trabalhadores ou determinar qual trabalhador deve ser promovido.

Além disso, os algoritmos são usados pelas empresas para a distribuição de atividades, recompensas ou para despedir pessoas. A utilização de algoritmos pode otimizar esses processos e reduzir custos, uma vez que são necessárias menos pessoas para o recrutamento e a avaliação dos trabalhadores ou dos candidatos. No entanto, o uso desses algoritmos não é isento de riscos, pois eles podem discriminar os mesmos, como tem acontecido em vários casos[19].

Com efeito, tal como apontado por Valerio De Stefano[20], a Inteligência Artificial pode ser utilizada para monitorizar a produtividade dos trabalhadores, identificar inovação e comportamentos desviantes; e a gestão baseada em algoritmos pode conduzir a formas de discriminação incluindo também a discriminação no acesso ao emprego. Assim, a falta de transparência e explicação sobre o funcionamento da decisão e predição dos algoritmos pode conduzir à exclusão de candidatos a emprego por força de fatores alheios ao perfil do posto de trabalho a preencher, bem como à insegurança dos trabalhadores. Neste último caso, ao permitir uma monitorização da *performance* dos trabalhadores, esta Inteligência Artificial pode aumentar a pressão sobre estes e aumentar o *stress* dos mesmos.

Também o Parlamento Europeu, na Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de julho de 2022, sobre a saúde mental no mundo do trabalho digital (2021/2098(INI)), defende no ponto 13 que a "IA também suscita preocupações em matéria de privacidade e de saúde e segurança no trabalho, como o direito a desligar, e pode conduzir a uma vigilância e monitorização desproporcionadas e ilegais dos trabalhadores, violando a sua dignidade e privacidade, bem como a um tratamento discriminatório nos processos de recrutamento e noutras áreas devido a **algoritmos tendenciosos**[21], nomeadamente em razão do género, da raça e da etnia", parecendo-nos muito importante que tenha instado a Comissão e os Estados Membros "a elaborarem, a esse respeito, uma proposta legislativa sobre a IA no local de trabalho para assegurar uma proteção adequada

[19]Veja-se MOREIRA, Teresa Coelho. A discriminação algorítmica. **Questões Laborais**, Coimbra, n. 58, 2021b.
[20]DE STEFANO, Valerio. Introduction: automation, artificial intelligence, and labour protection. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Champaign, v. 41, n. 1, 2019.
[21]Negrito nosso.

dos direitos e do bem-estar dos trabalhadores, incluindo a sua saúde mental e direitos fundamentais, como a não discriminação, a privacidade e a dignidade humana em locais de trabalho cada vez mais digitalizados", que tenha defendido que há uma necessidade de proteger os trabalhadores "contra a exploração por parte dos empregadores na utilização de IA e de gestão algorítmica, incluindo a utilização de ferramentas de previsão e de sinalização para prever o comportamento dos trabalhadores e identificar ou impedir a violação de regras ou fraudes por parte dos trabalhadores, a monitorização em tempo real do progresso e do desempenho, a utilização de *software* de controlo do tempo e encorajamentos comportamentais automatizados; solicita a proibição da vigilância dos trabalhadores", assim como ao salientar que "a utilização de tecnologia e de IA no local de trabalho nunca deve ser feita em detrimento da saúde mental e do bem-estar dos trabalhadores; observa que a implementação de IA no trabalho não deve conduzir a um controlo excessivo em nome da produtividade, nem resultar na vigilância dos trabalhadores" (UNIÃO EUROPEIA, 2022).

Não podemos deixar de ter em atenção que a Inteligência Artificial e os algoritmos se baseiam na informação que lhes é fornecida, incluindo comportamentos que podem ser discriminatórios, e por isso não podemos nos esquecer que a tecnologia é em si mesma neutra, o mesmo não se podendo dizer de quem a utiliza, cujo *leitmotiv* pode ser a eventual discriminação das pessoas. Através da linguagem que é transmitida ao algoritmo se está a, consciente ou inconscientemente, possibilitar uma discriminação muitas vezes de grupos de pessoas que já enfrentam problemas de desigualdade, *inter alia*, em razão de género[22], raça, idade e deficiência[23].

Os algoritmos são, no final, construções humanas: eles são criados, programados e treinados por seres humanos. As escolhas feitas por estes durante a programação de um algoritmo afetam toda a operação e os resultados dos mesmos. Assim, os algoritmos não estão livres de inspiração humana. Além disso, os algoritmos são treinados com dados históricos. Se esses dados forem tendenciosos contra certos indivíduos ou grupos, o algoritmo replicará o viés humano e aprenderá a discriminá-los.

O processo de seleção dos dados para inserir e **treinar** o algoritmo também é importante. Dados desatualizados, incorretos ou incompletos podem levar a erros de aprendizagem dos mesmos e

[22]Cf. INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Final report**: meeting of experts on violence against women and men in the world of work. Geneva: ILO, 2016, p. 40-41.

[23]Um estudo realizado com base no ordenamento jurídico norte-americano demonstrou que os motoristas que são mais vezes escolhidos não pertencem a minorias religiosas ou raciais. Ver GE, Yanbo *et al*. Racial and gender discrimination in transportation network companies. **NBER Working Paper**, Cambridge, n. 22776, Oct. 2016.

interpretações erradas. Eventualmente, os algoritmos são tão bons quanto os dados nos quais eles são **ensinados**. É o que é normalmente denominado de *garbage in, garbage out* ou *discrimination in, discrimination out*[24].

Contudo, detetar discriminação por algoritmos não é fácil, especialmente porque eles são cada vez mais complexos. Na *black box* dos algoritmos, os dados que são inseridos na entrada, como, *inter alia*, o *CV* dos candidatos ou o desempenho de um trabalhador, ou na saída, por exemplo, qual o candidato que será chamado para uma entrevista de emprego ou qual o trabalhador que irá a ser promovido, são claros. No entanto, a forma como o algoritmo chegou a essa conclusão é um processo bastante opaco.

É por isso que se defende que os algoritmos devem ser transparentes e incluir o princípio da igualdade de tratamento desde o início do processo de construção dos mesmos[25-26].

Também é importante ter em atenção que as pessoas geralmente acreditam que quando o algoritmo desconhece variáveis, como sexo, idade ou raça, é incapaz de discriminar por esses motivos. No entanto, mesmo excluindo atributos específicos como uma variável de entrada, nada impede que o algoritmo produza resultados tendenciosos. Nesse caso, as chamadas **informações de *proxy*** podem causar um algoritmo tendencioso. Muitos exemplos mostram que a linguagem utilizada por alguém pode indicar indiretamente o sexo ou a raça. Um código postal pode indicar indiretamente a raça, origem étnica ou social de alguém. Como resultado, pode acontecer na mesma uma discriminação[27].

4.5 A Comissão Europeia estabeleceu que um dos requisitos para uma Inteligência Artificial de confiança é o da supervisão humana, defendendo que:

> [...] ajuda a garantir que um sistema de IA não põe em causa a autonomia humana nem produz outros efeitos negativos. A supervisão pode ser realizada mediante

[24]*Vide* MOREIRA, Teresa Coelho. Algorithms, discrimination and collective bargaining. *In*: BOTO, José Maria Miranda; BRAMESHUBER, Elisabeth (Coord.). **Collective bargaining and the gig economy**: a traditional tool for new business models. London: Hart Publishing, 2022.

[25]*Vide* MOREIRA, Teresa Coelho. Revolução 4.0. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 56, 2020, p. 23-ss.

[26]Cf. Moreira; Dray, 2022.

[27]Como refere Ifeoma Ajunwa (2019), "a racial housing segregation has resulted in a concentration of better-resourced schools in majority-white neighbourhoods where students who attend receive better preparation for taking standardized tests. Thus, although performance on standardized tests may be considered probative of job fitness, the use of such criterion could result in disparate impact. In recognition of the historical taint of structural bias on data that could otherwise be probative, some scholars have called for 'algorithmic affirmative action', which focuses on transparency about the biases encoded in the data and the correction of the data the algorithms use rather than merely in the design of algorithms".

> mecanismos de governação como as abordagens de intervenção humana (*human-in-the-loop - HITL*), de fiscalização humana (*human-on-the-loop - HOTL*), ou de controlo humano (*human-in-command - HIC*). (COMISSÃO EUROPEIA; GPAN IA, 2019, p. 19).

Um outro requisito muito importante que é assinalado pela Comissão Europeia é o da privacidade e proteção de dados, considerando que "os sistemas de IA devem garantir a privacidade e a proteção de dados ao longo de todo o ciclo de vida de um sistema" (COMISSÃO EUROPEIA; GPAN IA, 2019, p. 21)[28].

É importante assinalar, também, o princípio da transparência, que, conforme refere a Comissão Europeia[29], está relacionado com o princípio da explicabilidade e abrange a transparência dos elementos relevantes para um sistema de IA: os dados, o sistema e os modelos de negócio.

Não pode deixar de se ter em atenção que a própria Comissão Europeia considera que um outro requisito essencial é o da diversidade, não discriminação e equidade. Como defende,

> A inclusão e a diversidade têm de estar presentes em todo o ciclo de vida do sistema de IA para que a IA de confiança se torne uma realidade. Além da consideração e do envolvimento de todas as partes interessadas ao longo do processo, tal implica também que a igualdade de acesso mediante processos de conceção inclusivos e a igualdade de tratamento sejam asseguradas. Este requisito está estreitamente relacionado com o princípio da equidade. (COMISSÃO EUROPEIA; GPAN IA, 2019, p. 22).

Também é importante referir que:

> Os conjuntos de dados utilizados pelos sistemas de IA (tanto para treino como para funcionamento) podem ser afetados pela inclusão de desvios históricos

[28]Também no **Livro Branco sobre Inteligência Artificial: uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança**, a Comissão Europeia defendeu que "existe um risco potencial de que a IA possa ser utilizada, em violação das regras de proteção de dados e de outras regras da UE, pelas autoridades públicas ou por outras entidades para vigilância em larga escala, e pelos empregadores para observar a conduta dos seus trabalhadores" (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, p. 12). Contudo, consideramos que nesse Documento foi dado pouco relevo à importância da Inteligência Artificial na relação de trabalho.

[29]COMISSÃO EUROPEIA; GPAN IA. **Orientações éticas para uma IA de confiança**. Bruxelas: CE, 8 abr. 2019, p. 21.

> inadvertidos, bem como por lacunas e por maus modelos de governação. A manutenção de tais desvios pode dar origem a discriminação e preconceitos (in)diretos não intencionais contra determinados grupos ou pessoas, agravando o preconceito e a marginalização. (COMISSÃO EUROPEIA; GPAN IA, 2019, p. 22).

Por último, um outro requisito que defendem, e que consideramos essencial, é o princípio da responsabilização, sobretudo o subprincípio da auditabilidade, pois significa a defesa da avaliação de algoritmos, dos dados e de processos de conceção. Claro que tem de se acautelarem alguns direitos, como o sigilo de certos negócios, e por isso nem sempre as informações sobre os modelos de negócios e a propriedade intelectual relacionadas com o sistema de IA têm de estar publicamente disponíveis. Contudo, a avaliação por auditores internos e externos, assim como a disponibilidade dos relatórios de avaliação podem contribuir para a fiabilidade da tecnologia.

Também a própria OIT defendeu o mesmo quando considerou que deveria existir um "ser humano no comando" que garantisse que decisões finais, as quais afetem o trabalho, sejam tomadas por seres humanos, considerando que:

> Deveria estabelecer-se um sistema de governação internacional para as plataformas digitais de trabalho de forma a exigir que estas plataformas (e os seus clientes) respeitem certos direitos e proteções mínimas. Os avanços tecnológicos exigem também a regulação do uso de dados e da responsabilização quanto aos algoritmos usados no contexto do mundo do trabalho. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019, p. 13).

Também é importante atender que:

> A gestão de algoritmos, a vigilância e o controlo através de sensores e de outras formas de monitorização, precisam de ser regulados para proteger a dignidade dos trabalhadores. O trabalho não é uma mercadoria; nem é um robô. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2019, p. 45).

Os trabalhadores devem ter o direito de exigir transparência nas decisões e nos resultados dos sistemas de Inteligência Artificial, bem como nos algoritmos subjacentes, estabelecendo o direito de apelar das decisões tomadas e fazer com que sejam revistas por seres humanos.

No mesmo sentido, a OCDE, em maio de 2019, estabeleceu cinco princípios para uma Inteligência Artificial "inovadora, de confiança e que respeita os direitos humanos e os valores democráticos" (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2019b).

Não esquecer, ainda, que a Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de Inteligência Artificial (Regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União, de 21 de abril de 2021[30], chama a atenção para esta situação no considerando 36:

> Os sistemas de IA utilizados nos domínios do emprego, da gestão de trabalhadores e do acesso ao emprego por conta própria, nomeadamente para efeitos de recrutamento e seleção, de tomada de decisões sobre promoções e despedimentos, de repartição de tarefas e de controlo ou avaliação de pessoas no âmbito de relações contratuais de trabalho também devem ser classificados como de risco elevado, uma vez que podem ter um impacto significativo nas perspetivas de carreira e na subsistência dessas pessoas. O conceito de 'relações contratuais relacionadas com o trabalho' deve abranger os funcionários e as pessoas que prestam serviços por intermédio de plataformas, conforme mencionado no programa de trabalho da Comissão para 2021. Em princípio, essas pessoas não devem ser consideradas 'utilizadores' na aceção do presente regulamento. Ao longo do processo de recrutamento e na avaliação, promoção ou retenção de pessoas em relações contratuais relacionadas com o trabalho, esses sistemas podem perpetuar padrões históricos de discriminação, por exemplo, contra as mulheres, certos grupos etários, pessoas com deficiência ou pessoas de uma determinada origem racial ou étnica ou orientação sexual. Os sistemas de IA utilizados para controlar o desempenho e o comportamento destas pessoas podem ter ainda um impacto nos seus direitos à proteção de dados pessoais e à privacidade. (UNIÃO EUROPEIA, 2021).

Entendendo que constituem um risco elevado de tratamento na aceção do art. 6.º, e depois no Anexo III.

[30]Ter em atenção que no dia 6 de dezembro de 2022 o Conselho Europeu adotou uma posição comum - orientação geral - sobre este Regulamento, tendo como objetivo garantir que os sistemas de IA colocados no mercado da UE e utilizados na União sejam seguros e respeitem a legislação em vigor em matéria de direitos fundamentais e valores da União.

4.6 Também o **Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021** estabelece algumas linhas de reflexão para políticas públicas sobre esta matéria consagrando que se deve[31]:

> **Regulamentar a utilização de algoritmos, nomeadamente na distribuição de tarefas, organização do trabalho, avaliação de desempenho e progressão**, em particular no âmbito do trabalho prestado através de plataformas, que representa um redobrado distanciamento entre empregador e trabalhador, tanto físico como pela intermediação tecnológica da relação, evitando assim potenciais enviesamentos e discriminações. (MOREIRA; DRAY, 2022).

Assim como:

> **Regular a utilização de algoritmos** nas suas diferentes dimensões, de modo a promover a transparência e responsabilidade do seu uso, nomeadamente no âmbito das relações de trabalho; **Incentivar, em particular, a regulação da utilização dos algoritmos em sede de negociação coletiva, envolvendo os parceiros sociais** e assegurando o tratamento da matéria ao nível das convenções coletivas de trabalho, de forma a garantir uma adequação adequada da IA e a refletir as necessidades específicas de cada setor; **Introduzir disposições na legislação que minimizem os novos riscos associados ao comportamento autónomo da IA**, estabelecendo requisitos para assegurar a proteção da privacidade e dos dados pessoais, da igualdade e não-discriminação, da ética, da transparência e da explicabilidade dos sistemas baseados em algoritmos, quer ao nível da seleção de candidatos a emprego, quer ao nível da execução do contrato de trabalho e da fiscalização da atividade profissional do trabalhador. (MOREIRA; DRAY, 2022).

E ainda:

> **Prevenir mecanismos e práticas discriminatórias no uso de inteligência artificial e de algoritmos** no quadro das relações de trabalho, ponderando a criação de um sistema que responsabilize os respetivos utilizadores ou criadores, em caso de comportamentos ilícitos. (MOREIRA; DRAY, 2022).

[31]Negritos nossos.

4.7 No mesmo sentido, o Código do Trabalho português foi recentemente alterado pela Lei n.º 13/2023, de 3 de abril, e estabeleceu algumas regras nesta matéria desde a fase de formação do contrato de trabalho, passando pela sua execução, até a sua cessação.

Assim, acrescentou uma nova alínea no art. 3.º, n.º 3, relativamente à utilização de "o) Uso de algoritmos, inteligência artificial e matérias conexas, nomeadamente, no âmbito do trabalho nas plataformas digitais" (PORTUGAL, 2023).

Tem-se, ainda, no n.º 3 do art. 24.º uma parte primeira que estabelece que "O disposto nos números anteriores também se aplica no caso de tomada de decisões baseadas em algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial" (PORTUGAL, 2023).

No art. 106.º, relacionado com o dever de informação, adita-se uma nova alínea, alínea "s)", com o seguinte teor:

> Os parâmetros, os critérios, as regras e as instruções em que se baseiam os algoritmos ou outros sistemas de inteligência artificial que afetam a tomada de decisões sobre o acesso e a manutenção do emprego, assim como as condições de trabalho, incluindo a elaboração de perfis e o controlo da atividade profissional. (PORTUGAL, 2023).

Este é igual ao que se adiciona no art. 424.º, n.º 1, relativo ao conteúdo do dever de informação às comissões de trabalhadores na nova alínea, alínea "j)".

4.8 Também na Proposta de Diretiva sobre a melhoria das condições de trabalho nas plataformas digitais tem um capítulo próprio relativo à gestão algorítmica, defendendo a ideia do *human in command*, e também ao princípio da transparência, que eu acho que pode indicar o caminho para várias situações e não apenas no trabalho nas plataformas digitais.

5 CONCLUSÕES

1 O balanço final que fazemos do art. 12.º-A, apesar de não ser **perfeito** (mas temos muitas dúvidas que algum o seja), é bastante positivo porque permite que o Direito do Trabalho possa vir a acolher esses novos prestadores de serviços via plataformas no seu seio, procedendo à devida adaptação regimental, isto é, construindo um regime laboral próprio e ajustado às características destas novas formas de prestar serviços. Mas, sublinhamos, um regime laboral.

2 Se estas novas formas de prestar trabalho, criadas pela fantástica evolução da tecnologia, podem constituir, como por vezes se diz, uma **terra de grandes oportunidades**, não cremos que tal terra deva ser uma terra sem lei, máxime sem lei laboral. Seria até uma traição à missão histórica do Direito do Trabalho que este construísse - ou que este deixasse que se construísse - um muro conceptual e mantivesse aqueles que trabalham através de plataformas do lado de fora, do outro lado do muro. E o estabelecimento de uma presunção de laboralidade é um passo fundamental para a criação dessa terra sem muros.

3 A não adoção de uma presunção legal de laboralidade significaria dizer às pessoas que se consideram verdadeiros trabalhadores que teriam de recorrer aos tribunais e provar todos os factos quando estamos perante uma relação de desequilíbrio de poder e com total opacidade face à forma como trabalham, como funciona o algoritmo, sem cumprimento dos deveres de informação. Iniciar um processo judicial já é, por si só, bastante difícil. Demonstrar que se é trabalhador, sem ter acesso ao algoritmo ou aos documentos oficiais sobre o funcionamento da plataforma, é quase impossível. Significaria, diria, permitir que as plataformas continuassem a **explorar** os trabalhadores.

4 Esta presunção obviamente não vai acabar com o trabalho autónomo. Com o verdadeiro trabalho autónomo! Mas, ao contrário, acabará com a impunidade das plataformas. Exigir às plataformas que ilidam a presunção quando ela funcionar, força-las-á, finalmente, a serem transparentes e a assumirem a responsabilidade pela forma como organizam o trabalho, e a enfrentarem, assim, as suas obrigações legais e sociais.

5 Defende-se ser necessário regulamentar a utilização da gestão algorítmica sempre com base na ideia do "ser humano no comando" - com *eyes wide open* -, assegurando que as decisões finais sejam tomadas por seres humanos e não por máquinas.

6 Ao desenvolver e ao utilizar algoritmos, os empregadores devem estar cientes dos princípios fundamentais legais sobre privacidade e não discriminação. Por esta razão, os empregadores devem introduzir um sistema de controlo humano e devem sempre ser capazes de explicar como uma decisão foi tomada.

7 Além disso, eles devem garantir que o uso de algoritmos não ocorra em detrimento do princípio da igualdade. Afinal, o uso de algoritmos na tomada de decisão representa um risco para o direito dos trabalhadores à igualdade.

8 É óbvio que a Inteligência Artificial e os algoritmos estão, de forma consistente, a exercer mais influência na forma como pensamos e nos organizamos em sociedade e, consequentemente, o avanço científico e jurídico não pode se desvincular das questões éticas e jurídicas envolvidas neste novo cenário.

REFERÊNCIAS

AJUNWA, Ifeoma. Automated employment discrimination. **JL & TECH.**, Cambridge, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3437631&download=yes.

AJUNWA, Ifeoma. The paradox of automation as anti-bias intervention. **Cardozo Law Review**, New York, v. 41, n. 5, June 2020.

AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho. A lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções. **Prontuário de Direito do Trabalho**, Coimbra, n. 1, 2019.

AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho. La loi sur les plateformes de transport et le contrat de travail au Portugal: sujets, relations et présomptions de salariat. *In*: CARELLI, Rodrigo; CINGOLANI, Patrick; KESSELMAN, Donna (Ed.). **Les travailleurs des plateformes numériques**: regards interdisciplinaires. Buenos Aires: Teseo Press, 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Livro branco sobre a Inteligência Artificial**: uma abordagem europeia virada para a excelência e a confiança. Bruxelas: CE, 19 fev. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. Proteger as pessoas que trabalham nas plataformas digitais: Comissão lança segunda fase de consulta dos parceiros sociais. **Comunicado de Imprensa CE**, Bruxelas, 15 jun. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA; GPAN IA. **Orientações éticas para uma IA de confiança**. Bruxelas: CE, 8 abr. 2019.

COUNCIL OF EUROPE. **Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems**. Strasbourg: COE, 8 Apr. 2020.

DE STEFANO, Valerio. Introduction: automation, artificial intelligence, and labour protection. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Champaign, v. 41, n. 1, 2019.

DE STEFANO, Valerio; TAES, Simon. Algorithmic management and collective bargaining. **ETUI, The European Trade Union Institute**, Brussels, 2022.

ESPAÑA. Ley 12/2021, de 28 de septiembre. **BOE**, Madrid, n. 233, 29 sept. 2021. Disponível em: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-15767.

ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. **BOE**, Madrid, n. 255, 24 oct. 2015. Disponível em: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430.

FREY, Carl; OSBORNE, Michael A. **The future of employment**: how susceptible are jobs to computerisation? Oxford: Oxford Martin School, 2013. Disponível em: https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf.

GE, Yanbo *et al*. Racial and gender discrimination in transportation network companies. **NBER Working Paper**, Cambridge, n. 22776, Oct. 2016.

HIEßL, Christina. The legal status of platform workers: regulatory approaches and prospects of a European solution. **Italian Labour Law e-Journal**, Modena, v. 15, n. 1, 2022.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Final report**: meeting of experts on violence against women and men in the world of work. Geneva: ILO, 2016.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **World employment and social outlook 2021**: the role of digital labour platforms in transforming the world of work. Geneva: ILO, 2021.

MOREIRA, Teresa Coelho. A discriminação algorítmica. **Questões Laborais**, Coimbra, n. 58, 2021b.

MOREIRA, Teresa Coelho. Algorithms, discrimination and collective bargaining. *In*: BOTO, José Maria Miranda; BRAMESHUBER, Elisabeth (Coord.). **Collective bargaining and the gig economy**: a traditional tool for new business models. London: Hart Publishing, 2022.

MOREIRA, Teresa Coelho. **Direito do trabalho na era digital**. Coimbra: Almedina, 2021a.

MOREIRA, Teresa Coelho. Revolução 4.0. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 56, 2020.

MOREIRA, Teresa Coelho; AMADO, João Leal. A Glovo, os *riders*/ estafetas e o Supremo Tribunal de Espanha: *another brick in the wall*? **Prontuário de Direito do Trabalho**, Coimbra, n. 2, 2020.

MOREIRA, Teresa Coelho; DRAY, Guilherme. **Livro verde sobre o futuro do trabalho 2021**. Lisboa: GEP, 2022.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction**: how big data increases inequality and threatens democracy. New York: Crown Archetype, 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Recommendation of the Council on Artificial Intelligence**: OECD/LEGAL/0449. Paris: OECD, 2019b.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Scoping the OECD AI principles: deliberations of the expert group on Artificial Intelligence at the OECD (AIGO). **OECD Digital Economy Papers**, Paris, n. 291, 15 Nov. 2019a.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Trabalhar para um futuro melhor**. Lisboa: OIT, 2019.

PIASNA, Agnieszka; ZWYSEN, Wouter; DRAHOKOUPIL, Jan. The platform economy in Europe: results from the second ETUI Internet and Platform Work Survey. **ETUI, The European Trade Union Institute**, Brussels, 2022a.

PIASNA, Agnieszka; ZWYSEN, Wouter; DRAHOKOUPIL, Jan. **The second ETUI Internet and Platform Work Survey**: country tables. Brussels: ETUI, 2022b.

PORTUGAL. Código do Trabalho - CT. Lei n. 7/2009. **Diário da República**, Lisboa, n. 30/2009, série I, 12 fev. 2009. Disponível em: https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475-46719175.

PORTUGAL. Lei n. 13/2023, de 3 de abril. **Diário da República**, Lisboa, n. 66/2023, série I, 3 abr. 2023. Disponível em: https://dre.pt/dre/detalhe/lei/13-2023-211340863.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva (UE) 2019/1152 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019. **EUR-Lex**, Luxemburgo, 2019. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32019L1152.

UNIÃO EUROPEIA. Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de Inteligência Artificial (regulamento Inteligência Artificial) e altera determinados atos legislativos da União. **EUR-Lex**, Luxemburgo, 2021. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206.

UNIÃO EUROPEIA. Resolução do Parlamento Europeu, de 5 de julho de 2022, sobre a saúde mental no mundo do trabalho digital (2021/2098(INI)). **EUR-Lex**, Luxemburgo, 2022. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52022IP0279.

UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES. Las decisiones algorítmicas en las relaciones laborales. **Análisis y Contextos**, Madrid, n. 20, 8 feb. 2021.

Trabalhos do Meio Científico

UBERIZAÇÃO DO TRABALHO NA AMÉRICA LATINA: análise da (des)proteção normativa dos entregadores de aplicativo no Brasil e México

UBERIZATION OF WORK IN LATIN AMERICA: analysis of the normative (dis)protection of application delivery in Brazil and Mexico

FERREIRA, Otávio Bruno da Silva[*]
FERREIRA, Estêvão Fragallo[**]
SOARES, Pollyana Esteves[***]

Resumo: As plataformas digitais revelam um novo modelo de precarização do trabalho. Parte-se da precarização das condições laborais pela uberização, questionando como o Legislativo e, subsidiariamente, o Judiciário do Brasil e do México atuam na proteção dos entregadores de

[*]Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Pós-graduando em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Juiz do Trabalho Substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Novas formas de trabalho, velhas práticas escravistas" (CNPq). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/2805088057665121. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8607-3336. Contato: otavio.ferreira@trt8.jus.br.

[**]Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Universidade Federal do Pará. Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes (UCAM/RJ) e em Advocacia Cível pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Advogado. Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Novas formas de trabalho, velhas práticas escravistas" (CNPq). Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1841678598489321. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1717-4034. Contato: estevao.fragallo@gmail.com.

[***]Mestranda em Direitos Fundamentais e Meio Ambiente pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Pará (PPGD/UFPA). Bolsista CAPES. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Participante do Grupo de Pesquisa "Novas formas de trabalho, velhas práticas escravistas" (CNPq). Participante do Grupo de Pesquisa "Filosofia prática: investigações em política, ética e direito" (CNPq). Advogada. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6206737678512859. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-8607-3336. Contato: pollyana.es@hotmail.com.

aplicativo em contexto de exploração capitalista por meio das tecnologias de informação e comunicação, de crise sanitária pela pandemia de Covid-19, e considerando as particularidades socioeconômicas da América Latina. Adota-se o método dedutivo, de natureza aplicada, exploratória, com levantamento bibliográfico e análise de dados. Constatam-se resultados qualitativos sobre a precarização maior do sul global, a despeito de uma tímida inclinação ao reconhecimento normativo.

Palavras-chave: Economia de plataforma digital. Parassubordinação. Precarização. Direitos trabalhistas. Produto Interno Bruto.

Abstract: Digital platforms reveal a new model of precariousness of work. Is from the precariousness of working conditions due to uberization, questioning how the Legislature and, in a subsidiary way, the Judiciary in Brazil and Mexico act in the protection of app delivery people in the context of capitalist exploitation through information and communication technologies, health crisis by the Covid-19 pandemic, and considering the socioeconomic particularities of Latin America. The deductive method is adopted, of an applied, exploratory nature, with bibliographic survey and data analysis. Qualitative results can be found on the greater precariousness of the global south, despite a timid inclination towards normative recognition.

Keywords: Digital economy plataform. Parasubordination. Precariousness. Labor rights. Gross Domestic Product.

1 INTRODUÇÃO

Globalmente, vive-se em um movimento de precarização das condições laborais, sobretudo a partir da efervescência da *gig economy* e da economia baseada em plataformas digitais, que representam um avanço da exploração capitalista por meio das tecnologias de informação e comunicação.

Essa realidade se faz presente de forma particular na América Latina, o que exige um olhar atento a tal região em decorrência de seu aspecto multifacetado, no que tange à diversidade cultural, econômica, política e social. Logo, é imperioso observar atentamente tais peculiaridades e os seus efeitos na organização do trabalho em meio a um contexto de ampliação dos serviços de plataforma e da sua precarização transpassada pela pandemia do novo coronavírus (Covid-19).

O contexto formado pela crise sanitária, pelo agravamento da crise econômica e pela classificação de suposta essencialidade dos

serviços de entregas por aplicativo provocou a prestação de serviço por esses trabalhadores dentro de um processo de vulnerabilização e precarização contínua. Nesse sentido, é imperioso investigar como o Estado atua em tal cenário por meio de seus poderes constituídos, principalmente no que tange à criação normativa para a proteção dos sujeitos, e à ação subsidiária do Judiciário na atividade de redução das consequências dessa realidade.

O presente trabalho se atém às realidades brasileira e mexicana, tendo em vista a convergência do panorama socioeconômico desses países, além de, recentemente, terem sido palco de alterações em suas legislações trabalhistas, e por isso despontarem como protagonistas nos debates sobre a uberização na América Latina. Dado esse cenário, questiona-se: de que forma os Poderes Legislativos e, subsidiariamente, os Judiciários do Brasil e do México respondem ao cenário do trabalho parassubordinado, com ênfase nos entregadores vinculados a aplicativo?

Como hipótese, sugere-se que os referidos países latino-americanos, embora possuam níveis distintos quanto à proteção legislativa e social do trabalho parassubordinado, oferecem tutela ainda precária e/ou deixam de oferecê-la. Para tanto, aponta-se como objetivo geral identificar de que forma, no âmbito do Legislativo e subsidiariamente do Judiciário, Brasil e México vêm abordando a questão dos entregadores de aplicativo.

Especificamente, objetiva-se compreender as condições e a organização laboral no trabalho parassubordinado, especialmente no que tange ao patamar de dignidade apresentado dos entregadores; contextualizar as influências do panorama social, econômico e político da América Latina na qualidade do trabalho de entregas por plataforma na região, e, por fim, avaliar, de forma comparada, as diferentes nuances do trabalho parassubordinado entre aqueles países.

Além disso, fez-se uma análise dos parâmetros normativos dos dois países a partir do Produto Interno Bruto (PIB), haja vista os índices econômicos influenciarem diretamente o processo de uberização e a economia dos países analisados, a fim de demonstrar o possível contraste entre a geração de renda e a proteção laboral dos trabalhadores parassubordinados envolvidos.

Metodologicamente, o estudo está estruturado sob o método dedutivo, com o uso da pesquisa exploratória, de natureza aplicada, com a utilização das técnicas de levantamento bibliográfico e de análise de dados para a realização do estudo comparado.

Além da introdução e das considerações finais, o presente artigo se divide em outras três sessões. Na primeira, discute-se como se dá o novo molde da exploração do trabalho pela uberização no Século

XXI; na segunda se realiza uma análise comparada em relação aos avanços e retrocessos sobre a temática no Brasil e no México, e, por fim, na terceira, analisam-se os padrões normativos de ambos os países, especificando a atual situação de cada um em subseções específicas.

2 UBERIZAÇÃO, PROTEÇÃO SOCIAL E A RECONFIGURAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DO TRABALHO NO SÉCULO XXI

O mundo do trabalho no Século XXI tem passado por intensas transformações. Vive-se um cenário de reestruturação produtiva global, potencializada, sobretudo, pela utilização de tecnologias de informação e comunicação. No âmbito das relações de trabalho, a mais paradigmática das transformações no processo produtivo são as plataformas digitais, definidas por Snircek (2017, p. 43) como "infraestruturas tecnológicas de intermediação", sobretudo por permitirem a criação de novos modelos econômicos e arranjos diversificados de tipologias laborais.

Nesse sentido, no Brasil se popularizou o termo "uberização" não apenas para conceituar uma reconfiguração da organização laboral a partir da tecnologia, como também novos desdobramentos da relação capital-trabalho (GONÇALVES, 2017, p. 319). Apesar de remeter diretamente à **Uber**, empresa estadunidense que oferece serviços de transporte de passageiros mediante aplicativos de celular (MARTINS, 2018, p. 247), o fenômeno da uberização não se limita à companhia supracitada ou à tipologia contratual de serviços de transporte, abarcando todo o arranjo organizacional baseado na utilização de tecnologias de informação e comunicação para a extração do mais-valor (GONÇALVES, 2017).

Em razão da reflexão crítica que a alcunha uberização desperta, o que será aprofundado mais adiante, passar-se-á a utilizar o termo para descrever o trabalho desenvolvido por meio de plataformas digitais[1]. Independentemente do termo escolhido para designar o fenômeno aqui descrito, fato é que as plataformas digitais não apenas oportunizaram um novo cenário nas relações laborais, como deram vazão a novas (e necessárias) discussões sobre a natureza do trabalho, as condições laborativas impostas a tais trabalhadores e, por conseguinte, a necessária proteção social dos sujeitos integrantes desse processo produtivo.

[1]Cabe destacar que o próprio termo "uberização" comporta críticas, mesmo entre autores brasileiros. Grohmann (2020), por exemplo, prefere o termo "plataformização do trabalho", apontando que a uberização seria tão somente uma espécie da multiplicidade de atividades mediadas por plataforma. Ainda assim, utiliza-se do termo "uberização" já se compreendendo o seu sentido metafórico e didático.

Nesse sentido, uma das principais críticas à uberização do trabalho diz respeito à indefinição quanto à modalidade contratual dos trabalhadores digitais e, por conseguinte, à escassa (ou inexistente) proteção normativa dessa categoria, o que acaba aumentando a precarização do trabalho. Conforme assevera Samuel (2019, p. 52), "a uberização avança à margem da regulação de trabalho, fruto da generalização das novas tecnologias de informação e comunicação, em meio ao enorme excedente de mão de obra", ou seja, a dependência econômica estabelecida nessas relações é mantida sob o véu da desregulamentação.

Ao passo que se observa a limitação imposta pelos aplicativos quando se atenta à impossibilidade de os trabalhadores escolherem sua clientela e determinarem unilateralmente o valor dos seus serviços (OLIVEIRA; SANTOS; ROCHA, 2020), observam-se elementos de subordinação nos contratos de adesão propostos por essas empresas, na facilidade de substituição da mão de obra, na necessidade de obediência às instruções fornecidas pelos aplicativos, e nas punições às condutas que desviam do padrão da marca (OLIVEIRA; SANTOS; ROCHA, 2020).

Nesse cenário, como instrumento de execução e incentivo de tal política, destaca-se a figura do "empreendedor de si", que surge como símbolo da competitividade, da falsa autonomia e dos riscos assumidos por esses trabalhadores (DARDOT; LAVAL, 2016). Isso ocorre a partir do afastamento de qualquer sentimento de alienação capaz de evidenciar a exploração sofrida por eles, convencendo-os de que seus esforços são originários de seus próprios desejos e vontades (DARDOT; LAVAL, 2016).

Como consequência, Abilio (2019) aponta para a incessante responsabilização dos indivíduos pela sua sobrevivência, apesar da precarização de suas atividades e da ausência de proteção de seus direitos fundamentais, desse modo capitalizando todos os âmbitos da existência humana, deixando a cargo dos trabalhadores o encargo não só material, mas físico e psicológico das atividades (ANTUNES, 2020). Assim, percebe-se um imensurável descaso e exclusão sobre o **precariado digital**, originado principalmente pela ausência de padrões legais e razoáveis referentes ao exercício dessas atividades.

Tal cenário tem despertado especial preocupação entre os pensadores do Direito do Trabalho. Isso porque, tradicionalmente, a classificação da modalidade contratual entre os trabalhadores é pensada a partir de um binômio: de um lado, sujeitos vinculados ao sistema empregatício, e de outro lado, trabalhadores autônomos.

Ao falarmos sobre os trabalhadores uberizados, contudo, a discussão tem se ampliado para novos horizontes. Oliveira, Carelli e Grillo (2020) apontam, em termos gerais, quatro entendimentos quanto à

classificação jurídica desses trabalhadores: (i) trabalho autônomo; (ii) trabalho subordinado, portanto representando relação de emprego; (iii) uma nova tipologia contratual, sendo necessária a garantia de alguns direitos trabalhistas, e (iv) uma nova tipologia contratual, mas sendo assegurados todos os direitos aos trabalhadores.

Têm sido representativos os entendimentos segundo os quais os trabalhadores de plataforma não estariam inseridos, propriamente, nas duas primeiras categorias propostas - portanto estariam excluídos do tradicional binômio empregado/autônomo, com evidência para a forte adesão da doutrina à proposta de classificação com base nas duas últimas categorias.

Trata-se, em suma, do entendimento da existência de um **trabalho parassubordinado**, por mesclar elementos de subordinação e de trabalho autônomo, no qual o trabalhador assume os ônus do modelo subordinado em razão da dependência econômica com a plataforma e, ao mesmo tempo, deixa de usufruir os bônus de um vínculo empregatício, em razão do desamparo jurídico ao qual se submete (ALVES, 2019).

Entretanto, apesar de objetivar se estabelecer como uma nova classe de trabalhadores, o surgimento da parassubordinação como um terceiro gênero das relações de trabalho acaba por representar uma "zona cinzenta", na qual esses indivíduos estão inseridos (ALVES, 2019). Em complemento, Gaia (2019) afirma que, principalmente em sistemas jurídicos como o brasileiro, nos quais prevalecem apenas duas categorias genéricas e distintas de sujeitos participantes das relações laborais - o "empregado" e o "não empregado" -, a criação dos "parassubordinados" como um novo grupo simboliza uma reestruturação da organização do trabalho, a qual propositalmente considera esses trabalhadores com menos direitos.

Essa conjuntura torna possível compreender que, além de desreguladora e restritiva, a expansão dessa terceira via desconsidera a hipossuficiência de tais trabalhadores ao se vincular apenas com o conceito de subordinação jurídica e utilizá-lo como principal argumento em seu favor (ALVES, 2019). Assim, "em última análise, a parassubordinação nada mais é do que uma forma de precarização do trabalho humano" (ALVES, 2019, p. 75).

Modelo ainda menos eficaz do que a parassubordinação, ou de outros modelos intermediários de regulação, é a negação de direitos trabalhistas aos trabalhadores uberizados, classificação gerada, em geral, pelo "mito da autonomia" do prestador de serviços nas plataformas digitais. Isso porque a transferência dos riscos da atividade econômica e a flexibilidade espaço-temporal das atividades, no caso do trabalhador uberizado, não demonstram uma autonomia, mas tão somente a desvirtuação

e a alienação do trabalho humano por meio da plataforma, através de um novo padrão de exploração.

Por isso, torna-se fundamental a regulamentação da atividade plataformizada, mas, principalmente, o reconhecimento de direitos trabalhistas plenos ao trabalhador uberizado. Isso porque a reconfiguração do trabalho humano, por intermédio da tecnologia, não retira a possibilidade de reconhecimento da relação de subordinação, mas, ao contrário, reforça-a.

Longe de concluir os debates suscitados pelo fenômeno da uberização do trabalho e, ainda, do seu enquadramento jurídico, é possível depreender, enfim, que o trabalho realizado por meio de tecnologias de informação e de comunicação nada mais é do que um redimensionamento das estratégias de acumulação do capital, potencializando a recusa de empresários da condição de empregador e incentivando a precarização do trabalho por meio da informalidade (FILGUEIRAS; ANTUNES, 2020).

3 ENTREGADORES DE APLICATIVO E AMÉRICA LATINA: o aviltamento da exploração do trabalho por plataformas digitais no sul global

A fim de melhor compreender a regulação social da uberização do trabalho, avaliar-se-á uma **categoria específica de trabalho** realizado por meio das plataformas digitais, propondo-se ainda, para fins comparativos, o **recorte geográfico entre dois países** de uma mesma região do globo.

Inicialmente, no que tange às categorias de trabalho nas plataformas digitais, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem classificado duas modalidades "guarda-chuva" de modelos laborais: as *web-based platforms*, as quais se utilizam de trabalhadores dispersos em multidão para o desempenho de tarefas especializadas a baixo custo, e as *location-based platforms*, nas quais as plataformas servem como intermediadoras de serviços prestados de forma local. A primeira modalidade congrega vários tipos de tarefas de baixa, média e alta complexidade, desde a realização de microtarefas até a programação de *softwares*, sendo um grande exemplo da terceirização e da internacionalização da mão de obra por meio das plataformas digitais. Já a segunda modalidade tem como principais exemplos os motoristas e entregadores de aplicativos, modalidade em constante discussão e escrutínio em razão de sua constante expansão e das potenciais preocupações causadas aos trabalhadores a ela submetidos (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2021). Não por acaso, a "uberização" é fenômeno nomeado a partir da

empresa pioneira tanto no ramo dos transportes quanto no de entregas por aplicativos.

Nesse sentido, em que pese o cenário promovido pela expansão do trabalho parassubordinado seja potencialmente lesivo a todos os trabalhadores digitais, revela-se ainda mais vil quando se trata dos **entregadores de aplicativo**, pois além da incerteza jurídica inerente à classe, a precarização das condições de trabalho vivenciadas por eles demonstra a velocidade com a qual a instrumentalização do ser humano avança na modernidade.

Assim, além da periculosidade presente na prestação do serviço de entregas, como o constante risco de assaltos, acidentes e outros sinistros laborais, esses trabalhadores convivem com o encargo de arcar com as ferramentas de trabalho, como, por exemplo, a cobrança da bolsa térmica a partir do desconto no primeiro pagamento, e o dirigismo econômico presente na obscuridade dos critérios para a precificação das atividades (OLIVEIRA; SANTOS; ROCHA, 2020).

Soma-se a isso uma maior repartição da receita à qual se submete o trabalhador por aplicativo: aqui não há uma prestação de serviço direta entre o entregador e o cliente (como se dá com os trabalhadores do *crowdwork* e mesmo com os motoristas de aplicativo, por exemplo), mas há uma relação tripartite entre estabelecimento, entregador e cliente, sendo o entregador apenas intermediário na cadeia de consumo. Assim, o entregador irá redistribuir uma comissão aos estabelecimentos (supermercados, restaurantes etc.), além da própria plataforma, que obtém sua força de trabalho (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2021).

Nesse ponto, destaca-se que empresas como a **iFood** tendem a estabelecer em seus Termos de Uso condições de pagamento a partir de diversas variantes, entre elas: "(i) ponto(s) de coleta(s); (ii) ponto(s) de entrega(s); (iii) distância percorrida; (iv) tempo para deslocamento; (v) condições de trânsito e (vi) oferta e demanda" (OLIVEIRA; SANTOS; ROCHA, 2020, p. 79).

Desse modo, observa-se que, uma vez estando à mercê de termos genéricos e dos quais não compreendem o devido cálculo, os entregadores de aplicativo partem de uma única lógica: quanto maior o tempo de trabalho, maior o lucro adquirido por eles. Todavia, apesar do incessante labor nessas condições, levando a maioria dos entregadores a trabalhar mais de 10 horas diárias e a exceder a jornada legal de 44 horas semanais, a renda média obtida por eles pouco se aproxima do salário-mínimo (FILGUEIRAS; ANTUNES, 2020).

Essa realidade foi o estopim para as reivindicações da classe, as quais eclodiram em meados de 2020 e se deram por meio de diversas

greves e paralisações denominadas "breque dos *app*". Em face disso, entre as demandas ainda exigidas pelos entregadores é possível mencionar: a não realização de bloqueios arbitrários, com destaque para a repressão aos participantes das manifestações; a não restrição de áreas para atender aos pedidos; o fim de rotas duplas e triplas, e melhores taxas, principalmente devido à diminuição do valor recebido pelos entregadores em decorrência da pandemia de Covid-19 (RODRIGUES, 2022; MACHADO, 2020). Em que pese a reivindicação pela categoria, tais demandas estão distantes de serem incorporadas pelas plataformas digitais.

Todos os fatores acima citados justificam a análise específica da proteção normativa em relação aos entregadores de aplicativos, uma vez que a sua exacerbada vulnerabilidade demanda a fixação de parâmetros mínimos de dignidade, sob pena de submissão a condições precarizantes ou até mesmo neoescravistas aos trabalhadores.

Outrossim, apesar da natureza global intrínseca à política de desregulamentação inerente à uberização, este processo é marcado pela heterogenia (CAVALCANTI, 2021). Logo, de modo a compreender suas nuances, é necessário considerar elementos econômicos, sociais e políticos de cada país (CAVALCANTI, 2021).

Dessa forma, torna-se imperioso voltar os olhos para a América Latina e os percalços trazidos por seu cenário socioeconômico, bem como seus impactos na existência digna dos entregadores, pois não obstante as diversas heranças históricas e culturais de cada país, são convergentes os elementos que contribuem para a precarização do trabalho, dentre eles:

> [...] 1) desigualdade de renda e de patrimônio muito significativas; 2) informalidade do emprego e consequente taxa de pobreza; 3) reprimarização da sua economia; 4) significativa deterioração do meio ambiente; 5) abertura financeira mais significativa que a comercial; 6) desindustrialização precoce; 7) tendência à estagnação econômica e 8) nível de violência extremamente alto, sobretudo no México, no Brasil, em El Salvador, em Honduras e na Guatemala. (SALAMA, 2020, p. 269).

A consideração dessas características constrói um panorama complexo para a compreensão de como a globalização impacta a dignidade humana e a divisão internacional do trabalho nesta região (SALAMA, 2020). Logo, é perceptível uma antítese entre crescimento econômico e proteção social, a qual possui forte impacto no interesse pelas condições de trabalho e pelo amparo jurídico aos entregadores de aplicativo em meio à agressiva expansão desse serviço em tal área do globo.

Isso é perceptível ao observarmos os índices do Produto Interno Bruto (PIB) dos países e o seu crescimento nos últimos anos. O Brasil, por exemplo, foi alvo de notícias que apontavam o fim da recessão técnica devido ao crescimento de 4,6% no PIB em 2021 (ALVARENGA; MATOS, 2022). Simultaneamente, o México também registrou uma variação positiva em 2021, sendo apontado o crescimento de 4,6% em relação ao ano anterior (MARINHO, 2022).

Portanto, apesar do crescimento econômico se relacionar com o desenvolvimento social, a crescente desses dados não simboliza uma transformação geral e significativa na vida da população dessas nações (CAETANO; ARAÚJO; KHAN, 2019). Isso porque o desenvolvimento humano perpassa por elementos diversos como os acima mencionados, devendo haver a possibilidade de escolhas e oportunidades aos indivíduos, abrangendo, para isso, a garantia de educação, saúde e acesso a recursos essenciais a uma vida decente (CAETANO; ARAÚJO; KHAN, 2019).

Ademais, quando se trata da América Latina, observa-se o elo entre crescimento econômico e desenvolvimento humano, o qual é forjado, entre muitos fatores, pelas escolhas políticas dos países, mesmo que se operem por uma pequena classe social dominante (CAETANO; ARAÚJO; KHAN, 2019; CAVALCANTI, 2021). Nesse ponto, observa-se o Direito como a principal ferramenta capaz de garantir o avanço econômico e a vida digna, porém, como define Cavalcanti (2021), ele contraria essa lógica sendo um método de dominação legal e de manutenção do *status quo* sem a utilização da força.

Por esse motivo, propõe-se debruçar, a seguir, sobre os parâmetros normativos de proteção ao trabalho para os **entregadores de aplicativo** nos países **Brasil e México**, considerando as suas posições no topo da hierarquia do Produto Interno Bruto na América Latina e, ao mesmo tempo, a ampla convergência entre as suas condições socioeconômicas enquanto países subjugados do sul global.

4 PROTEÇÃO NORMATIVA PARA ENTREGADORES DE APLICATIVO: análise comparada entre Brasil e México

Estabelecidos os critérios para a comparação no presente estudo, parte-se de pilares de análise objetivos, os quais possuem a intenção de analisar os padrões normativos existentes para a proteção dos direitos aos entregadores de aplicativo no Brasil e no México. Cabe, desde já, assinalar que ambos os países vivenciaram recentes transformações legislativas concernentes à seara trabalhista na década de 2010, razão pela

qual se torna interessante a análise comparada entre os países, considerando os seus especiais impactos sobre a uberização do trabalho.

No Brasil, de início, a Reforma Trabalhista, instrumentalizada pela Lei n. 13.467/2017 (BRASIL, 2017), foi marcada pela flexibilização dos contratos de trabalho e pela prevalência dos acordos individuais contratuais em detrimento do texto legal. Tal reformulação do ordenamento trabalhista se estabelece como uma suposta modernização dos vínculos, entretanto, além de preservar os moldes rígidos do conceito de subordinação, tende a excluir de tal manto protetivo as novas categorias laborais.

Como consequência, apesar de estabelecida em um cenário globalizado, marcado pelo fortalecimento da Indústria 4.0, a Reforma Trabalhista acaba por se consolidar atrasada face às transformações fáticas nas esferas econômica, política e social, ao desconsiderar os empecilhos jurídicos que circundam os trabalhadores parassubordinados.

Em contrapartida, contrariando o desmanche de direitos laborais que vem marcando o cenário latino-americano e os avanços do neoliberalismo, o Senado mexicano, no ano de 2019, aprovou importantes reformas em sua Ley Federal del Trabajo (LFT), marcadas não pela flexibilização seletiva dos trabalhos, mas pelo fortalecimento das organizações sindicais e pela proteção social dos trabalhadores.

Contudo, cabe destacar que tal alteração normativa foi precedida por uma profunda Reforma Trabalhista em 2012, de teor neoliberal, a qual precedeu diversas outras modificações legislativas laborais na América Latina - e cujos efeitos a longo prazo para os trabalhadores foram essencialmente negativos, não se convertendo em novos empregos ou condições mais dignas de trabalho (QUINTANA ROMERO; GARZA ACEVEDO, 2017).

Além disso, cabe destacar que a última inovação legislativa mexicana não é tão somente uma conquista para os movimentos sociais pró-trabalhadores: atende, concomitantemente, a interesses econômicos, uma vez que visa ao cumprimento dos termos do Tratado entre México, Estados Unidos e Canadá, chamado T-MEC, acordo de livre-comércio da América do Norte em vigor desde 2020.

Portanto, *prima facie*, é possível concluir que a tendência legislativa entre os dois países, no que tange à proteção ao trabalho e aos direitos trabalhistas, às portas da Quarta Revolução Industrial, acaba tendo uma latente divergência, no sentido de que as normas da legislação laboral brasileira respondem a anseios de viés ultraconservador, portanto contrários à classe trabalhadora, e a mexicana, ao contrário, busca se afastar de marcos normativos neoliberais e promover um viés protetivo.

4.1 O caso brasileiro

Conforme mencionado sucintamente linhas acima, a legislação trabalhista no Brasil vem passando por uma série de modificações desde a Lei n. 13.467/2017 (BRASIL, 2017), a Reforma Trabalhista, trazendo uma série de consequências prejudiciais aos trabalhadores. Sob a justificativa da "modernização" da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e, ainda, da necessidade de geração de empregos, a sobredita Reforma não alcançou os seus objetivos, uma vez que o país se encontra em contínuo aumento do índice de desemprego e de informalidade.

Concomitantemente a esse cenário, o trabalho plataformizado no Brasil também ganhou força na segunda metade da década de 2010, mormente o trabalho por geolocalização, tendo por principais atividades econômicas os motoristas e, posteriormente, os entregadores de aplicativo. A segunda modalidade teve maior ascensão a partir da pandemia de Covid-19, a qual atingiu o Brasil no início de 2020.

Assim, o panorama do desestímulo do pleno emprego e da flexibilização contratual, que marcaram a Reforma Trabalhista, acabou por impactar diretamente os entregadores de plataforma, os quais, até a presente data, não possuem nenhum regramento específico acerca da sua inserção jurídica. Portanto, tem sido papel da doutrina e da jurisprudência discorrer acerca da disciplina normativa da referida categoria. Em ambos os casos, os debates seguem em pleno curso.

Contudo, cabe destacar que a Lei n. 14.297, publicada em 5 de janeiro de 2022 (BRASIL, 2022), foi editada com a finalidade de estabelecer medidas de proteção aos entregadores de aplicativo durante o período da pandemia de Covid-19. Trata-se, portanto, de medida visando, sobretudo, o estado de saúde pública causado pela conjuntura pandêmica.

Em que pese a sua limitação temporal, e ainda o seu atraso, visto que a pandemia de Covid-19 teve início no primeiro trimestre de 2020, a medida legislativa tem o mérito de trazer as definições, em seu art. 2º, de **empresa de aplicativo de entrega** e **entregador**, sendo a primeira aquela que "possui como principal atividade a intermediação, por meio de plataforma eletrônica, entre o fornecedor de produtos e serviços de entrega e o seu consumidor", e o último, o "trabalhador que presta serviço de retirada e entrega de produtos e serviços contratados por meio da plataforma eletrônica de aplicativo de entrega" (BRASIL, 2022).

Como medida assecuratória de saúde e segurança dos entregadores, foi determinada a contratação de seguro contra acidentes pela empresa de aplicativo de entrega em prol dos trabalhadores, em relação a possíveis sinistros laborais ocorridos durante o serviço (art. 3º). Além disso, foi determinada a concessão de assistência financeira ao trabalhador

contagiado pela Covid-19 pelo período de 15 dias, prorrogável por mais dois períodos de igual duração, sob a apresentação de documento médico comprobatório (art. 4º).

Para além disso, a lei impôs às empresas de aplicativo de entrega o fornecimento de informações acerca do contágio por Covid-19 (art. 5º), e ainda a necessidade de expressa inclusão, no termo de registro, das hipóteses de bloqueio, de suspensão ou de exclusão da conta do entregador da plataforma eletrônica (art. 8º).

Finalmente, às empresas fornecedoras do produto ou serviço foram impostas algumas obrigações, dentre as quais: (i) permitir que o entregador utilize as instalações sanitárias; (ii) garantir o acesso à água potável, e (iii) adoção prioritária, em conjunto com a empresa de aplicativo de entrega, de formas de pagamento via internet, tudo consoante o art. 6º do diploma legal.

Veja-se, a princípio, que a lei adota postura contraditória ao ratificar a anomia dos entregadores de aplicativo quanto ao enquadramento contratual, negando seu *status* de empregados subordinados, ao mesmo tempo impondo como medidas protetivas práticas muito semelhantes às obrigações previstas na CLT aos empregadores, sobretudo quanto à saúde e segurança laboral.

Trata-se, em suma, dos deveres de informação acerca de acidentes e doenças ocupacionais - art. 157, inciso II, da CLT (BRASIL, 1943) -, do dever de pagamento de seguro contra acidentes de trabalho - art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), e, ainda, do dever de remuneração ao empregado nos primeiros 15 dias de afastamento por doença - art. 60, § 3º, da Lei n. 8.213/1991 (BRASIL, 1991), havendo apenas o diferencial, na última hipótese, de se restringir ao adoecimento por Covid-19.

A principal inovação, portanto, que passa a ser benéfica aos entregadores é a imposição de maior transparência quanto ao bloqueio, à suspensão ou à exclusão da conta do trabalhador nas plataformas de entrega. Veja-se, contudo, que o diploma legal no qual a norma está inserida acaba sendo prejudicial aos trabalhadores, visto que tem caráter transitório, sendo a transparência quanto à permanência do trabalhador na plataforma um problema independente da pandemia de Covid-19.

Ressalte-se, enfim, que a transitoriedade da norma é um indicativo da possível continuidade da lacuna legislativa quanto à regulamentação dos trabalhadores por aplicativo, cabendo à sociedade civil a cobrança da regulação do trabalho desempenhado pelos entregadores, e aos operadores do Direito as soluções imediatas para a sua tutela. No presente momento, o pedido de reconhecimento de vínculo empregatício a tais trabalhadores, por meio do Judiciário trabalhista, parece ser a maneira mais adequada para tanto.

Noutro giro, cabe destacar que o Ministério do Trabalho e Previdência tem se pronunciado publicamente acerca da regulamentação de tais entregadores, demonstrando a ciência do Poder Público sobre a premência na regulamentação de tais formas de trabalho (GOVERNO, 2022). Veja-se, contudo, que tal regulamentação segue prolongada em razão da dificuldade de consenso entre os membros do Legislativo (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2021), havendo ainda demonstrações de proteção voltada somente ao direito previdenciário, mantendo-se, portanto, a omissão (ou negação) de direitos trabalhistas.

Face à ausência de regulamentação definitiva do trabalho de entregadores de aplicativo no Brasil, o tema tem sido enfrentado no âmbito do Poder Judiciário juntamente com outras categorias de trabalhadores que atuam por intermédio das plataformas digitais, a fim de questionar a natureza contratual do serviço prestado. Contudo, de forma semelhante ao debate no âmbito do Legislativo, tampouco há consenso entre as Cortes quanto ao enquadramento jurídico dos entregadores de plataformas.

Quanto à posição jurisprudencial, destaca-se que há uma sutil transição entre as decisões proferidas. O ano de 2020 foi marcado por decisões que ratificaram o não reconhecimento do vínculo empregatício entre as empresas de entrega por aplicativo (RIVEIRA, 2020). Muito disso se justifica pela realização de acordos judiciais entre os trabalhadores e as empresas. Entretanto, existem diversos julgados em Cortes Regionais Trabalhistas e, ainda, no âmbito do primeiro grau de jurisdição, que têm compreendido a existência de relação de emprego entre os entregadores e suas respectivas plataformas. Chama-se a atenção, inclusive, ao recente e inédito reconhecimento, pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), de vínculo entre motorista e o aplicativo **Uber**.

Em que pese se tratar de uma atividade econômica distinta, a similitude entre as plataformas digitais quanto à sua gestão algorítmica e o precedente fixado pode conduzir a futuros reconhecimentos de relação empregatícia entre os entregadores e as plataformas digitais na Corte Superior Trabalhista. Chama-se, inclusive, a atenção à fundamentação do voto proferido pelo Ministro Mauricio Godinho Delgado, no qual ressalta a existência de subordinação algorítmica no caso, fato também presente nas plataformas de *delivery*:

> [...] e, por fim, a subordinação algorítmica, em vista de a empresa valer-se de um sistema sofisticado de arregimentação, gestão, supervisão, avaliação e controle de mão de obra intensiva, à base de ferramentas computadorizadas, internáuticas, eletrônicas, de inteligência artificial e hiper-sensíveis, aptas a arquitetarem e manterem um poder de controle empresarial minucioso

> sobre o modo de organização e de prestação dos serviços de transportes justificadores da existência e da lucratividade da empresa reclamada. (TST, Processo RR 100353-02.2017.5.01.0066, 3ª Turma, Rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, publicado em 11.4.2022).

Além disso, a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT) tem sido imperiosa na tentativa de contornar esse cenário. Em 2021, o MPT instaurou 625 procedimentos contra 14 empresas de aplicativo, entre elas, as de serviço de entrega, como **iFood**, **Uber Eats** e **Rappi**, bem como ajuizou 8 ações civis públicas contra plataformas digitais de entrega e transportes. Entre os pedidos das ações consistiam direitos e garantias sociais trabalhistas, securitárias e previdenciárias, além do registro em carteira de trabalho sob pena de multa, e a condenação das empresas ao pagamento de indenização convertida ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), de acordo com o Ministério Público do Trabalho em São Paulo (2021).

Portanto, vê-se que o sistema de justiça trabalhista brasileiro tem atuado, em suas recentes condutas, de forma a reconhecer a necessidade de atuar em prol da defesa dos trabalhadores de plataforma, neles incluídos os entregadores, enquanto perdurar a inércia legislativa de regulamentação da categoria, tendo-se reconhecido, nesta oportunidade, a existência de relação de emprego entre entregadores e plataformas. A acompanhar.

4.2 O caso mexicano

No caso do México, é igualmente crescente a insatisfação dos entregadores de aplicativo com as condições de trabalho impostas a eles e agravadas pela pandemia de Covid-19. Isso porque, com a crise econômica e sanitária, esses trabalhadores encontraram no serviço de entregas uma alternativa ao desemprego (REPARTIDORES, 2022).

Frente à precarização desses serviços, mobilizações de entregadores, como o movimento #*NiUnRepartidorMenos*, são elementos chave na reivindicação de melhores condições de trabalho e tomada de decisões que de fato deem condições dignas à classe, haja vista a falsa bondade exercida pelas empresas, a exemplo dos seguros oferecidos, os quais, embora aparentem baixos custos, são limitados por não protegerem os seus trabalhadores entre os pedidos ou a caminho de sua residência.

Com efeito, as movimentações pela proteção desses trabalhadores em meio à pandemia acabaram baseando projetos de lei, como o do Deputado Federal Alejandro Viedma Velázquez, o qual visava, amplamente, que as empresas garantissem a segurança, a saúde e o trabalho, e proporcionassem suprimentos necessários para evitar o contágio da

Covid-19. Todavia, observa-se que tal projeto não foi consolidado até o presente momento, fazendo com que os entregadores de aplicativo mexicanos ainda padeçam dos percalços inerentes à pandemia.

No que diz respeito à iniciativa legislativa para a regulamentação desses trabalhadores de modo definitivo, o Ministério do Trabalho e Promoção do Emprego assumiu o encargo de modificar a Lei Federal do Trabalho mexicana, pela garantia de direitos trabalhistas e seguro social a esses trabalhadores.

Dado esse cenário, as movimentações legislativas, a fim de uma garantia definitiva aos entregadores de aplicativo, são recentes. Dentre elas, a proposta de inclusão à Lei Federal do Trabalho, da Deputada Federal Lidia Pérez Bárcenas, de 15 de fevereiro de 2022, aponta para uma percepção protetiva do Legislativo mexicano. Tal projeto se destaca ao pretender a criação de um capítulo específico aos trabalhadores de plataforma digital no instrumento normativo nacional. Com isso, propõe-se a definição desses trabalhos em sua amplitude, sendo definido o trabalho com plataformas digitais aquele prestado por uma pessoa física a outra pessoa física ou jurídica que preste, organize, dirija ou controle serviços de transporte, distribuição de bens, serviços, mercadorias ou similares usando um dispositivo eletrônico e/ou aplicativos móveis.

É por meio dele que se busca a consolidação de direitos previdenciários e outros ligados à dignidade e saúde desses trabalhadores, como o respeito ao direito de desligamento, seguro de vida contra acidentes e liberdade sindical. Além disso, com a inclusão desses trabalhadores no rol de proteções do art. 123, inciso A, da Constituição Política Mexicana, são previstas garantias sociais fundamentais, como a duração de jornada de 8 horas por dia, a proibição de trabalho por menores de 15 anos, dias de descanso remunerado e direito de descanso às gestantes.

Enquanto não ocorrem mudanças legislativas significativas sobre a referida temática, desde o ano de 2019 entregadores se organizam para pressionar autoridades federais a fim de obter reconhecimento de vínculo empregatício.

Enfim, cabe pontuar que, diferentemente do Brasil, o México não possui, até a presente data, um sistema de justiça específico para a solução de controvérsias trabalhistas, uma vez que as discussões se dão por meio de Juntas de Conciliação e Arbitragem, inseridas no contexto do Poder Executivo. Assim, não se pode falar propriamente em construção de uma jurisprudência a favor ou contra o reconhecimento de vínculo empregatício de entregadores de aplicativos no país.

Contudo, vale ressaltar que um dos termos visados pelo T-MEC é a transferência da competência para a solução de controvérsias

trabalhistas para o Poder Judiciário mexicano, assim como outras melhorias no âmbito legislativo (a exemplo da própria Reforma Trabalhista, iniciada em 2019 e ainda em progressão).

Assim, o cenário de proteção aos entregadores de aplicativo no México, em que pese ainda praticamente ausente, pode apresentar novos indicativos futuros em razão das esperadas transformações na Justiça Laboral mexicana e, ainda, nas normas de proteção aos trabalhadores - ainda que o seu pretexto seja, *prima facie*, econômico.

5 CONCLUSÃO

A permanente expansão da uberização do trabalho mundo afora, que acompanha as violações aos direitos fundamentais de seus trabalhadores e os processos de reivindicação por melhores condições de trabalho, é fenômeno que se dá em descompasso com os movimentos para a regulação das atividades por plataformas digitais, a qual tem ocorrido, via de regra, de modo muito mais tímido e insuficiente.

Dentre as modalidades de trabalho nas plataformas digitais contempladas por essa realidade, vê-se com especial preocupação a modalidade *delivery*, uma vez que os entregadores estão expostos a mais riscos econômicos e até mesmo à sua saúde e segurança, ao passo que seguem sem qualquer tipo de proteção social ou reconhecimento jurídico de sua atividade.

Tal cenário se vê de forma ainda mais preocupante nos países do sul global, como os da América Latina, na qual a busca pelo desenvolvimento econômico tem se dado em detrimento da proteção aos trabalhadores, sobretudo considerando a agenda neoliberal, uma constante na região desde a segunda metade do Século XX. Soma-se isso ao fato de que as plataformas digitais são, em sua maioria, de origem estrangeira, de modo que as atividades uberizadas sequer representam um crescimento econômico expressivo aos países latino-americanos.

Visualizando de forma específica os parâmetros normativos no Brasil e no México - lideranças econômicas na região geográfica analisada -, pode-se constatar um incipiente e impreciso aceno legislativo para o reconhecimento normativo (e, portanto, de direitos trabalhistas) aos entregadores de aplicativo, ambos os países tendo processos decorrentes de muita pressão dos movimentos sociais e das sociedades civis.

Contudo, não se trata de marcos normativos ainda concretos, mas de processos ainda em trâmite legislativo, os quais estão suscetíveis de mudança conforme o cenário político de cada Estado. Soma-se a isso o fato de que, em ambos os países, a tendência à regulação das atividades

dos entregadores tende apenas ao reconhecimento parcial de direitos, em figura similar à parassubordinação contratual, de modo a preservar o *status* de subempregados aos trabalhadores no setor de *delivery*.

Portanto, são apresentados caminhos para suprir a mora ou a insuficiência legislativa no reconhecimento de direitos a trabalhadores uberizados. No caso específico do Brasil, registra-se o papel desempenhado pelo Poder Judiciário, que após anos de negação da natureza empregatícia das plataformas digitais tem acenado, finalmente, ao reconhecimento da subordinação algorítmica presente nesses aplicativos.

Ainda assim, conclui-se que a regulação segue sendo uma ferramenta necessária ao reconhecimento de direitos trabalhistas aos entregadores de aplicativo, que lhes devem ser conferidos integralmente.

REFERÊNCIAS

ABILIO, Ludmila Costhek. Uberización: de la iniciativa empresarial a la autogestión subordinada. **Psicoperspectivas. Individuo y Sociedad**, Viña del Mar, v. 18, n. 3, p. 41-51, nov. 2019. Disponível em: http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol18-issue3-fulltext-1674. Acesso em: 22 fev. 2022.

ALVARENGA, Darlan; MATOS, Thaís. Brasil sai da recessão técnica no 4º trimestre e PIB cresce 4,6% em 2021. **G1**, Rio de Janeiro, 4 mar. 2022. Disponível em: https://g1.globo.com/economia/noticia/2022/03/04/pib-do-brasil-cresce-46percent-em-2021.ghtml. Acesso em: 4 mar. 2022.

ALVES, Eliete Tavelli. **Parassubordinação e uberização do trabalho**: algumas reflexões. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: o novo proletariado de serviços na era digital. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU**, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **DOU**, Rio de Janeiro, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **DOU**, Brasília, 25 jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em: 20 fev. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **DOU**, Brasília, 14 jul. 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm.

BRASIL. Lei n. 14.297, de 5 de janeiro de 2022. Dispõe sobre medidas de proteção asseguradas ao entregador que presta serviço por intermédio de empresa de aplicativo de entrega durante a vigência da emergência em saúde pública decorrente do coronavírus responsável pela covid-19. **DOU**, Brasília, 6 jan. 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14297.htm. Acesso em: 20 fev. 2022.

CAETANO, Francisco Aquiles de Oliveira; ARAÚJO, Jair Andrade de; KHAN, Ahmad Saeed. Fatores condicionantes do desenvolvimento socioeconômico na América Latina: uma análise sob a perspectiva do PIB e dos indicadores globais de governança. **Interações**, Campo Grande, v. 20, n. 1. p. 95-109, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.20435/inter.v0i0.1646. Acesso em: 3 mar. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Falta de consenso marca debate sobre regulamentação de serviços por aplicativos. **Notícias Câmara dos Deputados**, Brasília, 16 nov. 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/827659-falta-de-consenso-marca-debate-sobre-regulamentacao-de-servicos-por-aplicativos. Acesso em: 5 abr. 2022.

CAVALCANTI, Tiago Muniz. **Sub-humanos**: o capitalismo e a metamorfose da escravidão. São Paulo: Boitempo, 2021.

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

FILGUEIRAS, Vitor; ANTUNES, Ricardo. Plataformas digitais, uberização do trabalho e regulação no capitalismo contemporâneo. **Contracampo**, Niterói, v. 39, n. 1, p. 27-43, abr./jul. 2020. Disponível em: https://doi.org/10.22409/contracampo.v39i1.38901. Acesso em: 22 fev. 2022.

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

GONÇALVES, Márcio Toledo. Uberização: um estudo de caso: as tecnologias disruptivas como padrão de organização do trabalho no século XXI. **Revista LTr**, São Paulo, v. 81, n. 3, p. 319-331, mar. 2017.

GOVERNO promete regulamentar trabalho por aplicativo. **Portal iG/ Agência O Globo**, São Paulo, 29 mar. 2022. Disponível em: https://economia.ig.com.br/2022-03-29/governo-regulamentar-trabalho-aplicativo.html. Acesso em: 10 abr. 2022.

GROHMANN, Rafael. Plataformização do trabalho: características e alternativas. *In*: ANTUNES, Ricardo (Org.). **Uberização, trabalho digital e indústria 4.0**. São Paulo: Boitempo, p. 93-110, 2020.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Work employment and social outlook**: the role of digital labour platforms in transforming the world of work. Genève: ILO, 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2021/WCMS_771749/lang--en/index.htm.

MACHADO, Leonardo. Greve dos entregadores: o que querem os profissionais que fazem paralisação inédita. **BBC News Brasil**, São Paulo, 22 jun. 2020. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53124543. Acesso em: 25 fev. 2022.

MARINHO, André. PIB do México cresce 1,1% no 4º tri e 4,8% em 2021, conforme segunda leitura. **CNN Brasil/Estadão Conteúdo**, São Paulo, 25 fev. 2022. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/pib-do-mexico-cresce-11-no-4o-tri-e-48-em-2021-conforme-segunda-leitura/. Acesso em: 4 mar. 2022.

MARTINS, Sérgio Pinto. Motorista do Uber e relação de emprego. **Repertório de Jurisprudência IOB**, São Paulo, n. 7, abr. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO EM SÃO PAULO. MPT requer que 99, Uber, Rappi e Lalamove reconheçam vínculo trabalhista. **Comunicação Social MPT**, São Paulo, 8 nov. 2021. Disponível em: https://www.prt2.mpt.mp.br/925-mpt-requer-que-99-uber-rappi-e-lalamove-reconhecam-vinculo-trabalhista. Acesso em: 21 abr. 2022.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2609-2634, 2020. Disponível em: https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/50080. Acesso em: 20 fev. 2022.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; SANTOS, Tacio da Cruz Souza; ROCHA, Wendy Santos. Os entregadores das plataformas digitais: controvérsias judiciais, autonomia, dependência e controle. **Direito.UnB**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 63-84, 2020. Disponível em: https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/32391. Acesso em: 22 fev. 2022.

QUINTANA ROMERO, Luis; GARZA ACEVEDO, Blanca. La reforma laboral en México y sus efectos económicos. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n. 3, p. 160-177, jul./set. 2017.

REPARTIDORES de *apps* en México, sin seguro y acossados. **El Informador**, Guadalajara, 24 feb. 2022. Disponível em: https://www.informador.mx/mexico/Repartidores-de-apps-en-Mexico-sin-seguro-y-acosados-20220224-0046.html. Acesso em: 20 fev. 2022.

RIVEIRA, Carolina. Justiça diz que entregadores não têm vínculo trabalhista com iFood. **Exame**, São Paulo, 28 jan. 2020. Disponível em: https://exame.com/negocios/justica-diz-que-entregadores-nao-tem-vinculo-trabalhista-com-ifood/. Acesso em: 4 mar. 2022.

RODRIGUES, Galtiery. Entregadores de *app* fazem protesto e paralisam atividades em Goiânia. **Metrópoles**, Brasília, 11 fev. 2022. Disponível em: https://www.metropoles.com/brasil/entregadores-de-app-fazem-protesto-e-paralisam-atividades-em-goiania. Acesso em: 25 fev. 2022.

SALAMA, Pierre. América Latina: a pandemia como reveladora. **Lutas Sociais**, São Paulo, v. 24, n. 45, p. 264-274, jul./dez. 2020. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/ls/article/view/53015. Acesso em: 1º mar. 2022.

SAMUEL, Pedro Alberto Cardoso. Breve análise sobre a uberização da relação de trabalho dos motoristas por aplicativo. **Fórum Justiça do Trabalho I**, Belo Horizonte, a. 36, n. 429, p. 45-59, set. 2019.

SNIRCEK, Nick. **Platform capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2017.

JURISPRUDÊNCIA

EMENTÁRIO

01 - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE ATO JURÍDICO. *QUERELA NULLITATIS*. AÇÃO RESCISÓRIA. DUALIDADE. CONCURSO ELETIVO. A doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores se consolidaram no sentido da existência de um concurso eletivo entre a ação declaratória de inexistência de ato jurídico - *querela nullitatis* - e a ação rescisória, cabendo ao interessado optar pela via que melhor lhe aprouver. Nesse sentido, cito a Orientação Jurisprudencial n. 6 da 3ª Seção de Dissídios Individuais deste E. Regional e precedentes das Seções Especializadas do C. TST. Recurso da autora a que se dá provimento, para o fim de determinar o regular processamento da ação declaratória intentada. TRT 15ª Região 0012180-45.2020.5.15.0021 ROT - Ac. PJe 4ª Câmara. Rel. Eleonora Bordini Coca. DEJT 16 maio 2022, p. 3900.

02 - AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 966, INCISO III, DO CPC. DESCONSTITUIÇÃO DE SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE SIMULADA. ARREPENDIMENTO TARDIO. IMPROCEDÊNCIA. Para o provimento jurisdicional rescisório fundado na existência de lide simulada, necessário se faz que haja prova cabal e inequívoca da fraude ou do vício de consentimento a ensejar a rescisão, o que não se coaduna com o caso vertente. Na realidade o que se evidencia é o arrependimento tardio da autora com os termos da avença levada a efeito no processo originário, não constituindo fundamento para invalidar a transação extrajudicial homologada. TRT 15ª Região 0008815-46.2020.5.15.0000 AR - Ac. PJe 3ª SDI. Rel. Edison dos Santos Pelegrini. DEJT 20 set. 2022, p. 379.

03 - ACIDENTE DE PERCURSO CAUSADO POR TERCEIRO. TRANSPORTE NÃO FORNECIDO PELO EMPREGADOR. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. EQUIPARAÇÃO A ACIDENTE DE TRABALHO APENAS PARA FINS DE INFORTUNÍSTICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS INDEVIDA. Em se tratando de acidente de trajeto, não sendo o empregador responsável pelo fornecimento do transporte, não se lhe pode atribuir responsabilidade pelo evento, que não deriva de sua conduta. Não existe ato culposo ou doloso capaz de gerar ressarcimento de danos. Ausente a responsabilidade objetiva porque o evento ocorreu fora do ambiente de trabalho, não se aplica o art. 927 do Código Civil. Não há nexo de causalidade entre as lesões sofridas e as atividades desempenhadas no âmbito da relação de trabalho capaz de autorizar o dever de indenizar. TRT 15ª Região 0010186-33.2020.5.15.0004

ROT - Ac. PJe 10ª Câmara. Rel. João Alberto Alves Machado. DEJT 9 set. 2022, p. 8357.

04 - ACIDENTE DE TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe ao postulante o ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, ocorrência de acidente de trabalho, a teor do que dispõe o art. 818/CLT, porquanto necessária a demonstração, inequívoca e imperiosa, do liame de causalidade entre o infortúnio e a moléstia e/ou seu agravamento, para que se cogite do direito às indenizações por danos morais e materiais pretendidas. PROVA. SOLIDEZ INDISPENSÁVEL. CONDIÇÃO PARA OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO. Uma decisão judicial não pode se apoiar em solo movediço do possível ou provável, o conjunto probatório deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica, no Judiciário é preto ou branco, cinza não é opção. O acolhimento de uma pretensão, mormente quando impugnada veementemente pelo réu, exige prova irretorquível e indene de dúvida, porquanto o direito não opera com conjecturas ou probabilidades, deve ser fruto de demonstração límpida, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio. TRT 15ª Região 0010466-63.2019.5.15.0028 RORSum - Ac. PJe 4ª Câmara. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 24 jun. 2022, p. 2605.

05 - ADICIONAL DE ATIVIDADE DE DISTRIBUIÇÃO E/OU COLETA EXTERNA. CUMULAÇÃO COM O ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. O Adicional de Atividade de Distribuição e/ou Coleta é devido a todos os trabalhadores da ECT que fazem serviços externos, por força de norma interna (PCCS 2008). Já a Lei n. 12.997/2014 acrescentou o § 4º ao art. 193 da CLT, assegurando aos trabalhadores que utilizem motocicleta no desempenho de suas atividades o pagamento do adicional de periculosidade de 30% (trinta por cento) sobre o salário-base, sem os resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. A origem dos benefícios é diversa, não possuindo identidade de título, fundamento ou natureza jurídica. Assim, não há impedimento para a percepção dos referidos adicionais de forma cumulativa. TRT 15ª Região 0010715-59.2021.5.15.0055 ROT - Ac. PJe 5ª Câmara. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 9 maio 2022, p. 2737.

06 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. BASE DE CÁLCULO. AGENTES COMUNITÁRIOS DE SAÚDE. VENCIMENTO OU SALÁRIO-BASE. LEI FEDERAL N. 11.350/2006, ALTERADA PELA LEI N. 13.342/2016. Perscrutando a Lei n. 11.350/2006, verifica-se que o seu art. 9º-A, § 3º, incluído pela Lei Federal n. 13.342/2016, foi expresso ao disciplinar que o adicional de insalubridade a ser pago aos Agentes Comunitários de Saúde terá como base de cálculo o vencimento

ou salário-base. Nesse contexto, o óbice inserto na Súmula Vinculante n. 4 foi afastado, uma vez que o Poder Legislativo estabeleceu, de forma expressa e mediante lei em sentido formal, a base de cálculo a ser utilizada para o cálculo do adicional de insalubridade devido àqueles profissionais. Mantém-se, portanto, a r. sentença, que condenou o reclamado ao pagamento das diferenças de adicional de insalubridade e reflexos, tendo por base de cálculo o salário-base. Nego provimento ao recurso. TRT 15ª Região 0010397-66.2021.5.15.0026 ROT - Ac. PJe 1ª Câmara. Rel. Paulo Augusto Ferreira. DEJT 20 jun. 2022, p. 326.

07 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CUMULAÇÃO DE PERCENTUAIS EM RAZÃO DA EXPOSIÇÃO A AGENTES INSALUBRES DISTINTOS. IMPOSSIBILIDADE. De acordo com a melhor interpretação do § 2º do art. 193 da CLT, não se deve deferir ao trabalhador, de forma cumulativa, mais de um percentual a título de adicional de insalubridade só porque ele esteve exposto à ação de dois ou mais agentes insalubres. Afinal, é óbvio que tal situação implicaria remunerar, de maneira dobrada, uma mesma e única verba. Deferir, de forma cumulativa, dois ou mais adicionais de insalubridade implicaria, na prática, contrariar a própria percepção do instituto. Indeferimento que deve ser confirmado. TRT 15ª Região 0011772-60.2017.5.15.0053 ROT - Ac. PJe 9ª Câmara. Rel. Gerson Lacerda Pistori. DEJT 12 set. 2022, p. 8177.

08 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. GRAU MÉDIO. EXPOSIÇÃO DO TRABALHADOR A RUÍDOS, SEM A DEVIDA PROTEÇÃO. DEVIDO. Havendo prova da exposição do reclamante a ruídos, sem a devida utilização de equipamentos de proteção individual, devido o adicional de insalubridade em grau médio. Recurso a que se nega provimento, nesse aspecto. TRT 15ª Região 0010977-24.2020.5.15.0029 ROT - Ac. PJe 1ª Câmara. Rel. Paulo Augusto Ferreira. DEJT 20 jun. 2022, p. 303.

09 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. MANIPULAÇÃO DE SOLVENTES CONTENDO HEXANO. Provado o contato com hidrocarbonetos alifáticos consistentes em solventes contendo hexano, resta caracterizado o labor insalubre em grau máximo, como preceitua o Anexo 13 da NR-15 da Portaria n. 3.214/1978. TRT 15ª Região 0010739-08.2019.5.15.0007 ROT - Ac. PJe 7ª Câmara. Rel. Luciane Storer. DEJT 2 set. 2022, p. 2172.

10 - ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. TRABALHO A CÉU ABERTO. FONTE NATURAL DE CALOR. NOVA REDAÇÃO DO ANEXO III DA NR-15. PORTARIA SEPRT 1.359, DE 9.12.2019. IMPROCEDENTE. Observado o período de vigência do contrato de trabalho, não é devido o adicional de insalubridade na hipótese do labor ser exercido a céu aberto e submetido a fonte natural de calor acima do limite de tolerância, não se

enquadrando, assim, no Anexo III da NR-15, cuja redação foi alterada pela Portaria SEPRT 1.359, em 9.12.2019, restringindo-se a insalubridade pela exposição ao calor somente em ambientes fechados ou com fontes artificiais de calor (itens 1.1.1 e 2.3). TRT 15ª Região 0010843-88.2021.5.15.0052 RORSum - Ac. PJe 11ª Câmara. Rel. Luis Henrique Rafael. DEJT 15 set. 2022, p. 5222.

11 - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. RECONHECIMENTO. A atribuição de responsabilidade da Administração Pública, direta ou indireta, está amparada não apenas pelo previsto nos arts. 186 e 927 do novo Código Civil, mas também pelo disposto no § 6º do art. 37 da Lei Maior. De se notar, ainda, que os arts. 27 a 56 da Lei n. 8.666/1993 estipulam à Administração uma série de cuidados para evitar a contratação de empresas inidôneas e para se garantir quanto ao descumprimento das obrigações por parte da empresa prestadora de serviços. E é a própria Lei n. 8.666/1993, que em seu art. 58, III, expressamente determina o dever de fiscalização do ente público relativamente a seus contratados, e, da mesma forma, em seu art. 67, conferindo-lhe, ainda, a prerrogativa de, inclusive, rejeitar o serviço fornecido ou executado em desacordo com o pactuado (art. 76). Em razão disso, é forçoso concluir que não se verifica qualquer infringência ao § 1º do art. 71 da Lei n. 8.666/1993 ao condenar-se subsidiariamente a Administração Pública, eis que a proibição contida em tal dispositivo insere-se na transferência direta da responsabilidade ao tomador dos serviços e, ainda assim, essa transferência somente seria inviável se a empresa prestadora do serviço fosse idônea. Na verdade, deve-se ter em mente que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública tem como causa principal a efetiva demonstração de ausência da necessária e indispensável fiscalização dos atos praticados pela empresa prestadora (ou ainda, até mesmo, em hipóteses de fiscalização falha, precária ou/e insuficiente) pelo órgão público contratante. Portanto, quando não comprovada a efetiva fiscalização, há que se responsabilizar subsidiariamente o ente público pela condenação. Recurso não provido, no aspecto. TRT 15ª Região 0010444-61.2021.5.15.0019 ROT - Ac. PJe 5ª Câmara. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 17 maio 2022, p. 3109.

12 - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO ORDINÁRIO. DECISÃO DO JUIZ SINGULAR QUE DENEGA PROCESSAMENTO A RECURSO ORDINÁRIO POR DESERÇÃO, COM FUNDAMENTO NA PRÓPRIA SENTENÇA RECORRIDA. NULIDADE RECONHECIDA, POR INCOMPETÊNCIA FUNCIONAL. ULTERIOR INDEFERIMENTO DA GRATUIDADE PELO RELATOR. AUSÊNCIA DE RECURSO SUBSEQUENTE. PRECLUSÃO. AGRAVO IMPROVIDO. O art. 99 e seu § 1º, do CPC/2015, aplicado subsidiariamente ao Processo do Trabalho,

permite a apresentação do pedido de gratuidade judicial a qualquer momento, inclusive na petição recursal. Caso o pedido seja indeferido em sentença e impugnado em subsequente recurso, a sua revisão caberá ao relator no segundo grau, nos termos do art. 101, *caput*, parte final, e § 2º, do CPC/2015, não se exigindo, nessa hipótese, que o recorrente comprove o recolhimento dos encargos recursais respectivos (§ 1º do mesmo artigo). Por outro lado, se o pedido é formulado, originalmente, no próprio recurso, a sua análise caberá, por igual, ao relator no grau recursal, por força do § 7º do art. 99 do CPC/2015, que, de forma idêntica, dispensa o prévio pagamento dos encargos recursais, até a decisão do relator. Em ambas as hipóteses, não faz parte da competência funcional do juiz de primeiro grau a revisão do indeferimento anterior do pedido de justiça gratuita ou a decisão de pedido equivalente formulado, originalmente, na peça recursal. Entendimento diverso resultaria na possibilidade de o julgador primevo servir-se de seu próprio julgamento para tolher o acesso à instância recursal, o que deporia contra o princípio do devido processo legal, na sua vertente relacionada ao duplo grau de jurisdição. Nulidade que se reconhece, para assegurar a competência do relator do agravo de instrumento ou do colegiado de segundo grau para a análise do pedido recursal de gratuidade judicial. Nessa esteira, e uma vez indeferido, nesta instância e pelo relator competente, o pedido de gratuidade judicial, decisão mantida em sede de v. acórdão que julgou agravo interno, não mais é cabível a rediscussão sobre a pertinência de tal benefício, impondo-se, ao cabo, o não provimento do agravo de instrumento, haja vista a ausência de recolhimento dos encargos do recurso ordinário. TRT 15ª Região 0010788-12.2020.5.15.0105 AIRO - Ac. PJe 6ª Câmara. Rel. Luciana Mares Nasr. DEJT 8 jul. 2022, p. 3354.

13 - AGRAVO DE PETIÇÃO. REVISÃO DE SENTENÇA QUE DECIDE RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO CONTINUADO. COMPETÊNCIA FUNCIONAL DO JUIZ DA CAUSA ORIGINÁRIA. DESNECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE AÇÃO REVISIONAL. O art. 505, inciso I, do CPC/2015, ao estabelecer a possibilidade de a parte, em se tratando de relação jurídica de trato continuado, pedir a revisão da sentença ao juiz quando da modificação do estado de fato ou de direito, está a se referir ao mesmo juiz que já analisou as questões decididas em tal sentença, ou seja, o juiz competente para autorizar a revisão do que foi decidido na sentença é o mesmo que a proferiu, visto que tal revisão se dá após o trânsito em julgado, isto é, na fase de cumprimento da sentença, ao passo que o art. 518 do CPC/2015 é expresso ao afirmar que "Todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz", sendo, em igual sentido, os arts. 877 da CLT, e 516, I e II, do CPC/2015, que atribuem ao juiz da fase de conhecimento a competência para a sua execução.

Disso decorre a conclusão de que a revisão se dá como incidente de execução, tornando desnecessário o ajuizamento de ação revisional autônoma. RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO CONTINUADO. CESSAÇÃO DO CUMPRIMENTO PELO DEVEDOR POR DELIBERAÇÃO PRÓPRIA. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO. Nos termos do art. 505, I, do CPC/2015, a parte poderá pedir a revisão da sentença que decidiu acerca de relação jurídica de trato continuado, nos casos de modificação no estado de fato ou de direito, do que decorre a conclusão de que ao litigante não é dado, por deliberação unilateral, cessar o cumprimento da sentença, ainda que sob o argumento da sobredita modificação do estado de fato, visto que a lei exige, de maneira clara e inafastável, a intervenção do juiz para a obtenção dessa revisão. Entender diferente permitiria o desafio à jurisdição constitucional do juiz que decidiu a demanda, em clara ofensa à cláusula de reserva constitucional de jurisdição, já referida pelo E. STF (MS 23452-RJ), delineando que a prática de determinados atos, por determinação da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, dentre os quais se situa a revisão das suas próprias decisões. No caso vertente, o Decreto Municipal que, sob o argumento da alteração do estado de fato, determinou a suspensão do pagamento do adicional de insalubridade já reconhecido como devido em sentença transitada em julgado, afigura-se ilegal, por ofender a cláusula de reserva de jurisdição. REVISÃO DA SENTENÇA. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA EFETIVA DA CESSAÇÃO DA CONDIÇÃO DE NOCIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO REVISIONAL. Muito embora tenha o agravante alegado o fechamento temporário da escola pública em que lotados os exequentes, do que se poderia presumir a cessação da exposição temporária ao risco ensejador do adicional de insalubridade, há notícia de que houve o estabelecimento de rodízio entre os servidores lotados em tal estabelecimento, o que tornou controvertida a referida cessação da insalubridade, mesmo porque os exequentes estão a sustentar que subsiste a circulação de pessoas no local (professores, diretores, merendeiras e pais de alunos), tendo, tais trabalhadores, frisado a necessidade de limpeza continuada das dependências internas e externas da escola e a atuação das merendeiras na produção de refeições para os alunos que compareciam para aulas de reforço e para aqueles que ali acorriam apenas para receber alimentação diária. A efetiva cessação da condição de insalubridade dependia de prova convicta por parte do reclamado, diversa da pericial, porque não houve alteração da mecânica laboral e dos agentes insalubres já constatados, mas, ao revés, de elementos de convicção de que o rodízio imposto teria o condão de modificar o estado de fato já constatado na sentença transitada em julgado. À míngua dessa prova, deve prevalecer a decisão de origem, que comandou a reinclusão do adicional de insalubridade em folha e o

pagamento das parcelas vencidas e vincendas. Agravo de petição a que se nega provimento. TRT 15ª Região 0010488-78.2018.5.15.0086 AP - Ac. PJe 6ª Câmara. Rel. João Batista da Silva. DEJT 8 jul. 2022, p. 3700.

14 - ATRASO NO RECOLHIMENTO DO FGTS. PARCELAMENTO DA DÍVIDA FIRMADO PERANTE A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL EM MOMENTO ANTERIOR À AUTUAÇÃO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E DA PENALIDADE APLICADA. O acordo com a Caixa Econômica Federal para parcelamento dos valores reconhecidos como devidos a título de recolhimento de FGTS antes da fiscalização impede a autuação e aplicação da penalidade administrativa, ante a novação da dívida (art. 360, inc. I, do Código Civil). Nulidade do auto de infração, com a extinção da obrigação de pagar a multa imposta no processo administrativo. TRT 15ª Região 0010674-92.2018.5.15.0089 ROT - Ac. PJe 4ª Câmara. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DEJT 25 maio 2022, p. 388.

15 - BENEFÍCIO AJUSTADO EM EDITAL DE CONCURSO. O edital do concurso público, não só pelo teor do art. 41 da Lei n. 8.666/1993, mas pela sua formalidade, publicidade e certeza, tem natureza de regulamento interno do empregador. Portanto os benefícios previstos nos editais de concurso integram o contrato de trabalho. TRT 15ª Região 0010275-57.2021.5.15.0057 ROT - Ac. PJe 1ª Câmara. Rel. José Carlos Ábile. DEJT 20 jun. 2022, p. 1018.

16 - CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. DILIGÊNCIA INÚTIL. Ao juiz cabe a condução do processo, sendo-lhe garantido por lei determinar as provas necessárias à instrução processual, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (art. 370 e parágrafo único, do CPC/2015). JUSTA CAUSA. O contrato de trabalho, de natureza essencialmente fiduciária, impõe ao empregado as obrigações de obediência, diligência e fidelidade, traduzindo-se como justa causa para a sua resolução todos os atos que importem em violação destas normas específicas, tornando incompatível a sua manutenção. Como a resolução do contrato de trabalho por justa causa foi pautada em falta grave tipificada no art. 482 da CLT (alíneas "b" e "j"), com clara caracterização da conduta dolosa do trabalhador, aferida circunstancialmente e com imediatidade, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não há como revertê-la. TRT 15ª Região 0010413-67.2021.5.15.0075 RORSum - Ac. PJe 1ª Câmara. Rel. José Carlos Ábile. DEJT 20 jun. 2022, p. 925.

17 - CERCEAMENTO DO DIREITO DE FAZER PROVA. CONFIGURADO. Ainda que tenha sido dada a possibilidade de as testemunhas irem presencialmente prestar seu depoimento, mesmo que as

mesmas tenham optado em acompanhar o ato judicial de modo telepresencial, entendo que devem ser aplicados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando também as dificuldades decorrentes da pandemia e condições pessoais das testemunhas. No caso dos autos, trata-se de pedido de horas extras realizado por motorista que, por óbvio, tem como testemunhas trabalhadores do mesmo setor. Dessa forma, sabe-se que os mesmos fazem longas viagens a trabalho, como a própria reclamada apontou em manifestação (Id. e329fa1), de modo que por estarem em trânsito durante toda sua jornada optaram por participar da audiência de forma telepresencial. Ademais, deve-se levar em consideração que nem todas as testemunhas possuem conhecimento tecnológico suficiente ou nem mesmo um telefone celular com tecnologia e/ou pacote de dados de internet que possam suportar o acesso à audiência virtual sem intercorrências, de modo que tais situações não devem ser desconsideradas pelo condutor do ato processual. Outrossim, a própria Resolução CNJ n. 314/2020 previu a possibilidade de suspensão dos atos processuais diante de impossibilidades técnicas ou de ordem prática. Por conseguinte, deve ser garantida às partes a produção de todas as provas necessárias para a formação do convencimento também da instância recursal. Desta forma, com a adoção de audiências semipresenciais ou híbridas, há que se ponderar as peculiaridades desse sistema de audiência levando-se em consideração a razoabilidade e o bom senso, de modo que entendo que o procedimento adotado pelo Juízo *a quo* violou o princípio do contraditório e ampla defesa. Cumpre-nos destacar, por ser absolutamente relevante, que o contraditório, em sua versão tradicional, era mais restritivo, limitando-se a impor a ciência das partes acerca dos atos processuais e a obediência da bilateralidade das audiências. Entretanto, atualmente, tendo como base a Constituição Cidadã de 1988, o contraditório tem uma dimensão maior, que deve ser entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, tendo ambas as partes a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado. Nesse contexto, restou patente o prejuízo advindo ao reclamante, que, pelo indeferimento da prova oral a ser produzida, viu suas alegações iniciais quanto à realização de horas extras afastadas, sem que lhe fosse dada a oportunidade de produzir todas as provas que entendia necessárias à formação do convencimento do Juízo, cujo ônus lhe pertencia, caracterizando o cerceamento de defesa apontado. Dou provimento. TRT 15ª Região 0011445-77.2019.5.15.0043 RORSum - Ac. PJe 5ª Câmara. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 9 maio 2022, p. 3141.

18 - COISA JULGADA. NÃO OCORRÊNCIA. ACORDO HOMOLOGADO EM PROCESSO ANTERIOR COM CLÁUSULA DE

QUITAÇÃO GERAL. Um acordo que versa sobre verbas trabalhistas não pode implicar em renúncia prévia e genérica a direitos, ainda mais quando diz respeito a crédito de natureza alimentar, sob pena de violação do art. 100 da Constituição, do art. 1.707 do Código Civil e do art. 9º da CLT. Uma estipulação além desses limites é flagrantemente inconstitucional, pois tem o propósito indisfarçável de obstar o acesso à justiça garantido pelo art. 5º, XXXV, e pelo art. 7º, XXIX, ambos da Constituição Federal. TRT 15ª Região 0010830-46.2021.5.15.0131 RORSum - Ac. PJe 4ª Câmara. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 20 jun. 2022, p. 3734.

19 - COOPERATIVA DE CRÉDITO. SEQUESTRO DO TRABALHADOR. INDENIZAÇÃO DEVIDA. 1. O reclamante não se conforma com a r. sentença que indeferiu o pedido de condenação da reclamada ao pagamento de indenizações por danos materiais e morais em razão do sequestro sofrido. 2. As cooperativas de crédito e seus empregados não estão imunes à criminalidade comumente praticada contra bancos e demais instituições financeiras. 3. Exclusivamente em razão do exercício da função de gerência de cooperativa de crédito, o reclamante, sua esposa e filha foram vítimas de sequestro. 4. Ressalte-se que os criminosos são especialistas nesse tipo de prática e confessaram ter participado de outros sequestros na região. Evidente que os criminosos escolhiam suas vítimas com o único objetivo de facilitar o acesso ao numerário disponível na reclamada. O reclamante foi abordado por criminosos e ameaçado com arma de fogo. Os criminosos disseram conhecer informações pessoais do reclamante e de sua família. O exercício da função de gerente numa instituição cujo capital social é de cinquenta milhões de reais é situação que permite a aplicação do art. 927, parágrafo único, CC. 5. O risco da atividade é tão evidente que os criminosos deixaram claro que a escolha do reclamante foi motivada unicamente pelo fato de ser gerente da reclamada. Mais do que isso: os criminosos confessaram já ter participado de outros sequestros da mesma natureza. Isso apenas reforça que os gerentes de cooperativas de crédito exercem atividade de risco que os expõe à criminalidade organizada. 6. Diante de todos esses elementos, entendo que a reclamada deve ser responsabilizada de forma objetiva pelo sequestro de que foi vítima o reclamante e sua família. Recurso provido para reconhecer a responsabilidade objetiva da reclamada pelo evento e condená-la ao pagamento de indenização por dano material e por dano moral. TRT 15ª Região 0010088-29.2019.5.15.0054 ROT - Ac. PJe 11ª Câmara. Rel. João Batista da Silva. DEJT 29 set. 2022, p. 7368.

20 - DANO MORAL CONFIGURADO. TRATAMENTO CONSTRANGEDOR, DESRESPEITOSO E VEXATÓRIO À TRABALHADORA POR SUPERIOR HIERÁRQUICO. DEVIDA

INDENIZAÇÃO REPARATÓRIA. Constitui afronta à honra pessoal e profissional da trabalhadora a conduta constrangedora, desrespeitosa e vexatória consistente em agressões físicas e verbais, bem como hostilidades no ambiente de trabalho praticadas por superior hierárquico, circunstâncias que autorizam a manutenção do deferimento da indenização reparatória por danos morais, com fulcro no art. 5º, inciso X, da Constituição da República, c/c o art. 186 do Código Civil, bem como nos princípios basilares da nova ordem constitucional, mormente naqueles que dizem respeito à proteção da dignidade humana, da inviolabilidade (física e psíquica) do direito à vida, do bem-estar individual (e social), da segurança física e psíquica do indivíduo, além da valorização do trabalho humano. TRT 15ª Região 0011223-09.2019.5.15.0141 RORSum - Ac. PJe 11ª Câmara. Rel. Luis Henrique Rafael. DEJT 30 set. 2022, p. 12602.

21 - DANO SOCIAL. PRÁTICA USUAL DE ESTÍMULO A LIDES SIMULADAS. Restou apurado nos autos que a reclamada tem por prática usual o estímulo a lides simuladas, o que se concretiza pelo ajuizamento de ações de "Homologação da Transação Extrajudicial" entre a reclamada e seus ex-empregados, sempre com o intuito de auferir uma espécie de autorização judicial para efetuar o pagamento das verbas rescisórias de forma parcelada, além de obter quitação geral do extinto contrato de trabalho. Ainda que, no caso concreto, o reclamante não tenha sido prejudicado, pois não concordou com tal prática, o provimento jurisdicional não pode deixar de considerar todos os efeitos sociais e econômicos dos fatos apurados nos autos. A atitude da reclamada, impondo aos trabalhadores uma renúncia a direitos e buscando induzir o Judiciário a uma atuação que legitime sua conduta fraudulenta, que atinge, negativamente, também os interesses do Fisco, da Previdência Social e também de outras empresas, vai bem além dos interesses subjetivos do reclamante. A prática da reclamada, mesmo com eventual julgamento que obsta o efeito, como no presente caso, sendo reiterada, proporciona-lhe uma vantagem econômica indevida sobre a concorrência, além de representar uma autêntica agressão à dignidade da Justiça do Trabalho. Configura-se, pois, prática lesiva ao patrimônio público e social, com grande repercussão também econômica, merecendo, pois, a enérgica e imediata reação jurisdicional para inibir os efeitos preconizados pelo autor da prática ilícita e reparar o dano social provocado. TRT 15ª Região 0010168-34.2021.5.15.0147 RORSum - Ac. PJe 6ª Câmara. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 9 maio 2022, p. 3620

22 - DESCONTO NA RESCISÃO. EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. LIMITE LEGAL. VALIDADE. O valor descontado, na rescisão, a título de empréstimo consignado, diz respeito a débito do trabalhador de natureza

diversa da trabalhista, permitindo-se, assim, o abatimento até o limite de 30% do crédito rescisório, autorizado pelo trabalhador no específico contrato, a teor do disposto no art. 1º da Lei n. 10.820/2003, razão pela qual inaplicável o art. 477, § 5º, da CLT, no particular. TRT 15ª Região 0011298-46.2021.5.15.0022 RORSum - Ac. PJe 11ª Câmara. Rel. Luis Henrique Rafael. DEJT 15 set. 2022, p. 5266.

23 - DIREITO DO TRABALHO. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. IMPOSSIBILIDADE. Indevida, por encontrar óbice na expressão dos arts. 7º, XXIII, da CF/1988 e 193, § 2º, da CLT, a cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, cabendo, no entanto, ao empregado optar pelo que lhe for mais benéfico em sede de liquidação de sentença, assegurada a dedução do título até então recebido, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa. Neste sentido, também, o quanto exarado no julgamento do IRR 239-55.2011.5.02.0319, Tema Repetitivo n. 17. TRT 15ª Região 0000722-41.2014.5.15.0021 ROT - Ac. PJe 7ª Câmara. Rel. Luciane Storer. DEJT 3 maio 2022, p. 4990.

24 - DISPENSA POR JUSTA CAUSA. VALIDADE. COMENTÁRIO DE CUNHO RACISTA A COLEGA, NO LOCAL DE TRABALHO. PROVA ORAL POSITIVA DA CONDUTA PREVISTA NA ALÍNEA "J" DO ART. 482 DA CLT. A reclamante ofendeu a honra de colega de trabalho negra durante o expediente, incorrendo em falta grave que autoriza a resolução motivada do contrato por violação da hipótese prevista na alínea "j" do art. 482 celetista. Recurso ordinário da reclamante desprovido. TRT 15ª Região 0010445-98.2021.5.15.0034 ROT - Ac. PJe 7ª Câmara. Rel. Roberto Nobrega de Almeida Filho. DEJT 22 set. 2022, p. 6485.

25 - DOENÇA DO TRABALHO. LAUDO NEGATIVO QUANTO AO NEXO. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS. DOENÇA DEGENERATIVA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Na hipótese, tendo o Sr. Vistor negado objetivamente a existência de nexo de causalidade ou concausalidade entre as doenças e o labor desenvolvido em prol da reclamada, não há como se admitir a existência da alegada doença de trabalho, à míngua de outras provas conclusivas. O laudo médico pericial, trabalho eminentemente técnico, deve ser rechaçado com elementos igualmente técnicos e prova oral robusta e inequívoca. A falta de elementos outros capazes de elidir o laudo pericial faz esvaziar os argumentos do inconformismo recursal. Recurso a que se nega provimento. TRT 15ª Região 0010554-04.2020.5.15.0146 ROT - Ac. PJe 1ª Câmara. Rel. Fábio Bueno de Aguiar. DEJT 26 set. 2022, p. 8645.

26 - DOENÇA OCUPACIONAL NÃO COMPROVADA. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO PELA INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL. Para o reconhecimento da doença do trabalho ou profissional é necessário

o estabelecimento do nexo de causalidade entre as atividades laborativas do empregado e a entidade mórbida que o atinge, prova irrefutável que o empregador tenha concorrido, direta ou indiretamente, para sua ocorrência, mesmo não catalogada como inerente à sua profissão, foi desencadeada pelas circunstâncias especiais em que seu trabalho foi desenvolvido, levando-se em conta sua condição física quando da admissão e as consequências em sua vida futura. Comprovado, através da prova médico-pericial, que não há nexo de causalidade entre a patologia alegada e a atividade laborativa do trabalhador, descabem as pretensões decorrentes de doenças profissionais e do trabalho, não há como atribuir dolo ou culpa à empregadora na eclosão dos males alegados, na forma prevista no art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição. TRT 15ª Região 0012003-92.2018.5.15.0040 ROT - Ac. PJe 4ª Câmara. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 3 jun. 2022, p. 3248.

27 - DOENÇA OCUPACIONAL. NEXO DE CAUSALIDADE. AUSÊNCIA. REPARAÇÃO INDEVIDA. O art. 19 da Lei n. 8.213/1991 conceitua acidente do trabalho como sendo aquele que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa. Por sua vez, o art. 20 da mesma Lei considera como acidente de trabalho as doenças ocupacionais, gênero que engloba a doença profissional, assim entendida como aquela produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade; e a doença do trabalho, a adquirida ou ocorrida em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente. Dessa forma, constatado pelo laudo pericial que a doença do trabalhador não possui sua causa no trabalho desenvolvido na reclamada, resta indevida qualquer reparação. Recurso do reclamante a que se nega provimento. TRT 15ª Região 0010887-29.2018.5.15.0015 ROT - Ac. PJe 5ª Câmara. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 28 jul. 2022, p. 7859.

28 - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DO EXEQUENTE. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE PROCESSUAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. A nulidade processual por negativa de prestação jurisdicional, reconhecida no v. acórdão embargado, tanto em relação aos embargos à execução quanto à impugnação à sentença de liquidação, constitui matéria de ordem pública, cognoscível até mesmo de ofício, embora a preliminar tenha sido arguida apenas pela executada. Desse modo, a determinação para prolação de nova sentença somente em relação aos embargos à execução deve ser estendida à impugnação à sentença de liquidação, em face da mesma nulidade, ora reconhecida, de ofício. Embargos de declaração acolhidos, aos quais se imprime efeito modificativo do julgado. TRT 15ª Região 0002459-14.2011.5.15.0109 AP - Ac. PJe 2ª Câmara. Rel. Susana Graciela Santiso. DEJT 8 jul. 2022, p. 1535.

29 - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. CARTEIRO MOTORIZADO. CUMULAÇÃO DO PAGAMENTO DO AADC - ADICIONAL ATIVIDADE DISTRIBUIÇÃO E COLETA EXTERNA - E DO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. TEMA REPETITIVO N. 15 DO TST. Em face da nítida distinção entre as naturezas do AADC - Adicional Atividade Distribuição e Coleta Externa - e do adicional de periculosidade, é possível o pagamento cumulado ao carteiro motorizado, enquanto preenchidos os requisitos para percepção destas parcelas. Corrobora este posicionamento a elaboração do Tema 15, no julgamento do Processo n. TST IRR 1757-68.2015.5.06.0371 (acórdão publicado em 3.12.2021), em incidente de recurso de revista repetitivo, que fixou tese jurídica no sentido de que "Diante das naturezas jurídicas diversas do Adicional de Atividade de Distribuição e/ou Coleta Externa - AADC - previsto no PCCS/2008 da ECT e do adicional de periculosidade estatuído pelo § 4º do art. 193 da CLT, define-se que, para os empregados da ECT, que se enquadram nas hipóteses de pagamento dos referidos adicionais, o AADC e o adicional de periculosidade, percebidos por carteiro motorizado que faz uso de motocicleta, podem ser recebidos cumulativamente". TRT 15ª Região 0010859-23.2021.5.15.0123 ROT - Ac. PJe 8ª Câmara. Rel. Erodite Ribeiro dos Santos. DEJT 8 jul. 2022, p. 9227.

30 - EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. COPARTICIPAÇÃO DO EMPREGADO NO CUSTEIO DO PLANO DE SAÚDE. SENTENÇA NORMATIVA PROFERIDA PELO TST NO DISSÍDIO COLETIVO N. 1000295-05.2017.5.00.0000. Nos autos do Dissídio Coletivo n. 1000295-05.2017.5.00.0000, revisando a cláusula n. 28 do ACT (assistência médico-hospitalar e odontológica) no tocante ao modelo de custeio, a E. SDC do C. TST entendeu necessária a revisão da fonte de custeio do Plano "Correios Saúde", com o objetivo de buscar o equilíbrio atuarial da empresa e evitar a extinção dos benefícios assistenciais. Revendo posicionamento anterior, passo a entender que a cobrança de mensalidade dos beneficiários do plano de saúde fornecido pela ECT representa exceção à regra do direito adquirido, pois visa atender o princípio da solidariedade (art. 3º, I, da CF), em busca de alcançar os fins da justiça social, e não traduz violação ao art. 468 da CLT, por não se tratar de hipótese de alteração contratual unilateral lesiva, em violação ao direito adquirido, ou em ofensa ao negócio jurídico perfeito, mas, sim, alteração de cláusula convencional chancelada pelo próprio Poder Judiciário, por meio de sentença normativa prolatada pela Seção Especializada em Dissídios Coletivos do C. TST, norma heterônoma decorrente de dissídio coletivo, que se aplica à base territorial dos sindicatos dissidentes. Como o/a reclamante se vincula a entidades sindicais dissidentes, às quais a sentença normativa em questão se aplica, a cobrança de mensalidades dele/a, relativas ao plano de saúde fornecido pela ECT, é válida. PEDIDO

LÍQUIDO. CONDENAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PLEITEADO. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. A jurisprudência mansa e pacífica no C. TST é no sentido de que, havendo pedido líquido e certo na petição inicial, a condenação não pode ser em valor superior, sob pena de violação ao arts. 141 e 492 do CPC. TRT 15ª Região 0010743-22.2021.5.15.0089 ROT - Ac. PJe 5ª Câmara. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 29 jul. 2022, p. 8478.

31 - EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISPENSA DO PAGAMENTO DE CUSTAS PARA RECORRER. Nos termos do art. 899, § 10, da CLT, a empresa em recuperação judicial está isenta do depósito recursal. Ora, se o referido dispositivo legal isentou as empresas em recuperação judicial do depósito recursal, é porque reconheceu que elas, justamente em face de tal situação, encontram-se em dificuldades financeiras, ou seja, sem condições, para recorrer, de efetuar o pagamento das despesas processuais, entre elas as custas processuais. Afinal, antes do advento da Lei n. 13.467/2017 até se admitia, em situações como a do caso vertente, o não pagamento das custas, mas jamais a ausência de depósito recursal, cujo objetivo é o de garantir a execução. A finalidade da nova legislação foi apenas a de melhorar a situação das empresas em recuperação judicial, retirando o único obstáculo que impedia o conhecimento do recurso ordinário, ou seja, o depósito recursal. A nova legislação, aliás, reconheceu que a situação das empresas em recuperação judicial é similar à dos beneficiários da justiça gratuita e entidades filantrópicas. Além do mais, as custas, se considerada a finalidade do depósito recursal, são, dentre as obrigações do devedor, as que têm menos relevância, especialmente no processo trabalhista. Não tem sentido, assim, isentar o devedor, para recorrer, apenas do depósito recursal, cuja finalidade (garantir a execução de débito já reconhecido judicialmente) é muito maior do que as custas. TRT 15ª Região 0011369-28.2019.5.15.0116 ROT - Ac. PJe 1ª Câmara. Rel. José Carlos Ábile. DEJT 20 jun. 2022, p. 868.

32 - HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. ISENÇÃO AO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 4º DO ART. 791-A DA CLT. JULGAMENTO PLENÁRIO DO STF NA ADI 5766. Considerando que o Plenário do E. STF decidiu, por maioria, por ocasião do julgamento da ADI 5766, em 20.10.2021, declarar a inconstitucionalidade do § 4º do art. 791-A da CLT, invalidando, portanto, a regra teratológica introduzida pela Lei n. 13.467/2017, que determinava o pagamento de honorários sucumbenciais pela parte sucumbente, ainda que fosse beneficiária da justiça gratuita, não resta mais nenhuma dúvida, como sempre defendi meu posicionamento em julgamentos anteriores desta E. Câmara, que o beneficiário da justiça gratuita está isento do pagamento dos honorários sucumbenciais recíprocos, não prosperando mais no mundo jurídico pátrio as restrições dos direitos fundamentais de acesso à Justiça e o direito

fundamental e da assistência judiciária gratuita, inconstitucionalmente introduzidas pela Lei n. 13.467/2017. Neste sentido, entendo pelo provimento do apelo do reclamante para excluir da condenação o pagamento da verba honorária advocatícia. TRT 15ª Região 0010857-88.2019.5.15.0134 ROT - Ac. PJe 6ª Câmara. Rel. Fábio Allegretti Cooper. DEJT 8 jul. 2022, p. 4246.

33 - HORAS EXTRAS. LABOR EXTERNO. ART. 62, INCISO I, DA CLT. O fato de o empregado desempenhar atividade externa não o insere necessariamente na hipótese de exclusão da jornada legal contemplada no inciso I do art. 62 da CLT. É preciso que exista incompatibilidade entre a natureza da atividade exercida pelo empregado e a fixação de seu horário. Dessa forma, não é o efetivo controle que gera direito às horas extras, mas o simples fato de a empresa poder exercer essa fiscalização. Em outras palavras, apenas a impossibilidade de fiscalização enseja o não pagamento de horas extras, não a mera opção do empregador em não fiscalizar. TRT 15ª Região 0010087-50.2020.5.15.0073 ROT - Ac. PJe 8ª Câmara. Rel. Orlando Amâncio Taveira. DEJT 10 maio 2022, p. 3520.

34 - INTERVALO INTRAJORNADA. AMPLIAÇÃO ALÉM DO LIMITE LEGAL DE DUAS HORAS. POSSIBILIDADE. MOTORISTAS E COBRADORES. Apesar do art. 71 da CLT admitir a possibilidade para ampliação da pausa para refeição e descanso superior a duas horas, **mediante acordo individual escrito ou norma coletiva**, a jurisprudência do Colendo Tribunal Superior do Trabalho é no sentido de que não basta uma pactuação genérica e abrangente para validade do instrumento coletivo. TRT 15ª Região 0010447-17.2020.5.15.0127 ROT - Ac. PJe 7ª Câmara. Rel. Luciane Storer. DEJT 2 set. 2022, p. 2208.

35 - JUSTA CAUSA. BRIGA ENTRE FUNCIONÁRIOS. CONFIGURADA. 1. O reclamante recorre da r. sentença que entendeu provado o justo motivo para dispensa perpetrada pela ré consistente na briga entre o autor e outro funcionário, no local de trabalho. 2. O ato cometido pelo autor se revela gravíssimo (art. 482, "j", da CLT). 3. A única testemunha ouvida a convite da ré, embora não comprove a agressão física, deve ser sopesada em conjunto com as demais provas dos autos. A informação foi de grande valia, pois descreve exatamente a gravação feita pela câmera de segurança. Eis seu teor: "que conferiu imagens de câmera e pode observar o reclamante nervoso, conversando com J.; que o reclamante colocou seu rosto contra o rosto de J.R.; que viu o reclamante gesticulando apontando dedo para J. e fazendo sinal de (*sic*), poderia ser compreendido como arma; que também conversou com trabalhadores que presenciaram a briga; que disseram que o reclamante arrumava confusão com todos; que no dia do evento o reclamante chegou nervoso por conta de que um amigo de J. havia encostado com o carro em sua moto; que o

reclamante foi tirar satisfação com J. de forma agressiva". 4. As declarações apostas por vários funcionários que presenciaram a confusão que resultou em **agressão física e verbal** entre o reclamante e o outro funcionário, somadas às imagens da câmera de segurança e à advertência anterior aplicada ao recorrente, em 5.8.2019, por desídia, além da observância à imediatidade (dispensa no mesmo dia), são suficientes para autorizar a dispensa por justa causa, com fulcro na alínea "j" do art. 482 da CLT. 5. O ambiente de trabalho não é local para brincadeiras que envolvam ameaças, contato físico e muito menos discussões e troca de agressões. O fato de dois empregados se machucarem mutuamente consubstancia autêntico desrespeito ao contrato de emprego, que requer urbanidade e bom comportamento dos funcionários. 6. Destaco, por fim, que não suscitada, em momento algum, a excludente "legítima defesa" e que o outro funcionário envolvido no fato também foi dispensado por justa causa. Rejeita-se o pedido de reversão da dispensa por justa causa em dispensa imotivada e seus consectários legais. Negado provimento ao recurso. TRT 15ª Região 0011509-48.2020.5.15.0077 RORSum - Ac. PJe 11ª Câmara. Rel. João Batista Martins César. DEJT 31 maio 2022, p. 8449.

36 - JUSTA CAUSA. NÃO COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. REVERSÃO. A justa causa para a extinção do contrato de trabalho, por ser a penalidade mais grave aplicada ao trabalhador e afetar sua vida profissional e pessoal, deve restar induvidosamente demonstrada. Logo, à míngua de elementos probatórios convincentes, deve ser reputada injusta a despedida, revertendo-se a justa causa. TRT 15ª Região 0011181-43.2020.5.15.0102 RORSum - Ac. PJe 11ª Câmara. Rel. Luis Henrique Rafael. DEJT 15 set. 2022, p. 5251.

37 - LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AO VALOR INDICADO NA INICIAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NEGATIVA DA PLENA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Os valores constantes da inicial servem apenas de parâmetros preliminares para fins de enquadramento de rito processual e como base de incidência de custas. Não há qualquer lógica em se limitar, dentro do cálculo forçosamente indicado na inicial, a repercussão econômica dos direitos deferidos em decisão judicial aos valores indicados na petição inicial. Esta necessária compreensão ainda mais se reforça quando se recorda que no Direito do Trabalho as repercussões econômicas do descumprimento da ordem jurídica são fixadas na própria lei e onde impera o princípio da irrenunciabilidade. Ademais, não há qualquer dispositivo legal autorizando ou impondo esta delimitação. Ainda que esteja dito que os pedidos devem ser certos e determinados, com indicação de seu valor, isso não significa que o efeito jurídico objetivo do fato provado, considerando a pretensão deduzida, seja obstado pelo valor apresentado na inicial, eis que a indeclinável prestação jurisdicional

exige que se confira efetividade plena à lei. E, além de não haver texto de lei impondo essa limitação, o que se tem é, exatamente, uma regulação em sentido oposto, já que a liquidação de sentença continua a ser a fase processual por excelência da correta atribuição econômica dos direitos judicialmente declarados. TRT 15ª Região 0011340-28.2019.5.15.0067 ROT - Ac. PJe 6ª Câmara. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 20 set. 2022, p. 5228.

38 - MUNICÍPIO DE PENÁPOLIS. VALE ALIMENTAÇÃO OU VALE CESTA BÁSICA, DA LEI MUNICIPAL N. 442/1995 E SUAS ALTERAÇÕES POSTERIORES. CESSAÇÃO DO FORNECIMENTO A EMPREGADO APOSENTADO POR INVALIDEZ, A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI MUNICIPAL N. 2.343/2019. CONTRATO DE TRABALHO INICIADO ANTERIORMENTE À LEI REVOGADORA. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO DA SÚMULA VINCULANTE N. 55 DO STF COMO RECONHECIDA NAS DUAS TURMAS DO STF. RECURSO DA PARTE RECLAMANTE NÃO PROVIDO. É válida a revogação, pela Lei Municipal n. 2.343/2019, do fornecimento de cesta básica instituído pela Lei Municipal n. 442/1995 e suas alterações posteriores, ambas do Município de Penápolis, relativamente ao empregado público no gozo do benefício previdenciário da aposentadoria por invalidez, uma vez que essa revogação se mostra coerente com o entendimento da Súmula Vinculante n. 55 do STF, na intepretação oferecida pelas duas Turmas daquele C. STF. Em razão da amplitude do efeito vinculante, igualmente reconhecida em julgados das duas Turmas do STF, não é admissível a aplicação da lei revogada para a regência do contrato de trabalho iniciado anteriormente à lei revogadora. Recurso ordinário da parte reclamante não provido. TRT 15ª Região 0010754-77.2020.5.15.0124 ROT - Ac. PJe 7ª Câmara. Rel. Roberto Nobrega de Almeida Filho. DEJT 27 maio 2022, p. 4419.

39 - NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DIFICULDADES DO ADVOGADO PARA ACESSAR A SALA DE AUDIÊNCIA TELEPRESENCIAL. CONFIGURADA. 1. O condomínio reclamado pretende seja afastado o decreto de revelia que lhe foi imposto por ausência à audiência virtual. 2. É incontroverso nos autos, fato documentado pela própria secretária de audiência, que menos de dez minutos depois de encerrada a audiência, ou seja, às 13h20, foi recebido pela Secretaria *e-mail* do advogado da parte que informava dificuldade de acesso à sala virtual. Referido *e-mail* tem o seguinte teor: "Continuamos tentando acessar a audiência sem sucesso". O primeiro *e-mail*, de 13h04, informava que o advogado estava tentando acessar a audiência das 13 horas, mas sem sucesso. 3. Na sentença, o reclamado foi considerado revel e confesso quanto à matéria fática, nos termos da Súmula n. 74 do TST, de modo que seu prejuízo é evidente. Consignou a Magistrada prolatora que o mesmo não teria comunicado o suposto problema em tempo razoável,

além de não ter juntado "ao menos uma cópia da tela demonstrando as reais tentativas de acesso à sala virtual com o horário apontado". 4. Na visão deste Relator, entretanto, foi oportuna e suficientemente demonstrada pela parte a impossibilidade técnica de acesso ao meio virtual, plenamente justificado o pedido de redesignação da audiência (inteligência do art. 5º do Ato n. 11/2020 da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho), valendo destacar que a moderna processualística privilegia decisões de mérito e pautadas na busca da verdade real, o que torna importantíssima a produção de prova oral (TRT-3, RO 0010959-55.2018.5.03.0110 MG, Rel. Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida, data de julgamento 15.10.2021, Sexta Turma, data de publicação 15.10.2021). 5. Observo, ainda, que vieram aos autos cópias de declarações firmadas de próprio punho pelo síndico e pelo zelador que seria ouvido na condição de testemunha de que ambos presenciaram todas as tentativas de acesso à audiência virtual pelo advogado, assim como o envio dos vários *e-mails* à Vara. 6. Ressalte-se que estamos vivendo tempos pandêmicos, a humanidade passa por um dos maiores flagelos de sua história, o que deve levar os membros do Poder Judiciário a ter um olhar aguçado para os princípios da cooperação e da boa-fé (objetiva e subjetiva) agasalhados no CPC (arts. 5º e 6º). 7. Com base nesses fundamentos, acolho a nulidade processual e determino a reaberta da instrução processual para designação de nova data para realização da audiência de instrução, da qual as partes deverão ser oportunamente intimadas. TRT 15ª Região 0010323-59.2018.5.15.0109 ROT - Ac. PJe 11ª Câmara. Rel. João Batista Martins César. DEJT 6 set. 2022, p. 15427.

40 - NULIDADE PROCESSUAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO DE NOVOS ESCLARECIMENTOS E DE NOVOS QUESITOS COMPLEMENTARES. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO CONFIGURADO. Verificado nos autos que o teor do laudo pericial se mostra robusto e conclusivo, convencendo a ilustre Magistrada sentenciante, não há que falar em cerceamento de defesa em razão de indeferimento de pedido de novos esclarecimentos e de novos quesitos complementares quanto a circunstâncias já minuciosamente aferidas e levadas em consideração pelo Sr. Perito do Juízo. Como é cediço, o indeferimento de prova destinada à demonstração de fato que o Juízo considerou já provado encontra respaldo nos arts. 765 da CLT e 370 do CPC, não se vislumbrando nisso a prática de cerceamento de defesa, mas tão somente o exercício do poder de direção do processo, respaldado no princípio da livre convicção do Magistrado. Preliminar da reclamada a que se rejeita. TRT 15ª Região 0010363-06.2016.5.15.0111 ROT - Ac. PJe 5ª Câmara. Rel. Ana Paula Pellegrina Lockmann. DEJT 6 jun. 2022, p. 5980.

41 - PERÍCIA. COMPONENTE PROBATÓRIO. VALORAÇÃO DO JUIZ. *JUDEX PERITUS PERITORUM*. O nosso ordenamento processual

consagra o juiz como o perito dos peritos. A ele a lei atribui a tarefa de dar a resposta estatal à controvérsia apresentada em juízo, não importando a que ramo do conhecimento seja afeta. O art. 370 do Código de Processo Civil dá ao juiz a atribuição de ordenar e coordenar as provas a serem produzidas, conforme a utilidade e necessidade, perante a controvérsia estabelecida na postulação do autor e resistência do réu, podendo, caso necessite de assessoria técnica, determinar a realização de perícia, nomeando profissional ou profissionais com conhecimento necessário para auxiliá-lo no deslinde da questão alvo (arts. 156, 465, CPC), formulando e acolhendo os questionamentos necessários aos esclarecimentos (art. 470, CPC), não estando adstrito ao laudo pericial, peça meramente informativa ao *peritus peritorum*, que poderá repeti-la, se não estiver suficientemente esclarecido e até desprezá-la, formando seu convencimento com outros elementos ou fatos provados nos autos (art. 479, CPC). Mesmo quando a lei impõe a realização de perícia, como nos pedidos relativos à insalubridade e periculosidade (art. 195, § 2º, da CLT), não vincula o juiz às conclusões do perito e faculta às partes a indicação de assistente técnico para lhes assessorar na fundamentação de suas impugnações (art. 3º da Lei n. 5.584/1970 e art. 421 do CPC). A decisão é fruto exclusivo do convencimento do juiz, perito dos peritos, à vista das informações que lhe dá o conjunto probatório disponível nos autos, não estando restrito a qualquer prova; avalia-as segundo as regras de valoração ditadas pelas normas processuais, resolvendo a controvérsia diante do extrato dos fatos alegados e provados. TRT 15ª Região 0010502-18.2021.5.15.0002 RORSum - Ac. PJe 4ª Câmara. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 10 jun. 2022, p. 4170.

42 - PONTO FACULTATIVO. ATIVIDADE "ESSENCIAL". PAGAMENTO DOBRADO DEVIDO. O "ponto facultativo" representa a possibilidade de não funcionamento do ente público e, consequentemente, de que os(as) trabalhadores(as) usufruam folga naquele determinado dia. Se o ente público opta por abrir as portas, deve arcar com os custos, não podendo transferi-los aos trabalhadores (art. 2º da CLT). Ainda mais se justifica o pagamento dobrado se o ente público não prestou serviços ao público e, ainda assim, manteve alguns(mas) trabalhadores(as) atuando, inclusive porque referida situação gera uma discriminação, na medida em que parte dos(as) trabalhadores(as) não exerce qualquer trabalho, mas não deixa de receber integralmente sua remuneração, enquanto que os(as) que exercem atividades consideradas "essenciais", como as do reclamante, trabalham normalmente, mas sem receber qualquer valor adicional por isto, sendo que este trabalho se dá no interesse do empregador e de toda a sociedade. Em tais situações os "pontos facultativos" se equiparam aos feriados ou mesmo aos dias de descanso remunerado, sendo devido o pagamento dobrado. TRT 15ª Região 0010857-66.2019.5.15.0109 ROT - Ac. PJe 4ª Câmara. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 20 jun. 2022, p. 3720.

43 - PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO. NÃO AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. COMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. PRECAUÇÕES. O princípio da proteção do processo do trabalho objetiva a facilitação da demanda proposta pelo empregado, mediante um processo equilibrador, simplificado e célere. Assim, o princípio da proteção deve ser examinado sob o prisma processual e não material. Em outras palavras, o princípio da proteção do processo do trabalho objetiva a facilitação da demanda obreira, jamais a facilitação da procedência total e irrestrita dos seus pedidos. Considerando a omissão no processo do trabalho, bem como a inexistência de afronta ao princípio da proteção, inexiste no art. 219, § 5º, do CPC qualquer quebra do princípio de proteção processual, que, aliás, está de acordo com o princípio da duração razoável do processo (CF, art. 5º, LXXVIII). Certamente que a decretação de ofício da prescrição não deve ser aplicada de forma açodada e irresponsável pelo Juiz do Trabalho. Vislumbrando tal possibilidade, respeitando o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, deverá prudentemente indagar ao autor acerca da existência, ou não, de causas impeditivas, suspensivas ou interruptivas da prescrição. TRT 15ª Região 0010420-34.2021.5.15.0148 ROT - Ac. PJe 5ª Câmara. Rel. Samuel Hugo Lima. DEJT 27 set. 2022, p. 1742.

44 - PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. ACÓRDÃO CONSISTENTE EM CERTIDÃO DE JULGAMENTO. OMISSÃO OU NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. A manutenção da sentença pelos próprios fundamentos, mediante acórdão consubstanciado em certidão de julgamento do recurso ordinário, obedece ao princípio da legalidade, não havendo falar em omissão quanto às matérias vertidas nas razões recursais, tampouco em manifestação expressa acerca de prequestionamento, inexistindo negativa de prestação jurisdicional a ensejar embargos declaratórios. TRT 15ª Região 0011604-23.2019.5.15.0042 RORSum - Ac. PJe 4ª Câmara. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 6 set. 2022, p. 8039.

45 - PRODUÇÃO DE PROVA ORAL. INDEFERIMENTO. PERTINÊNCIA DA PROVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. Muito embora o amplo poder de direção processual conferido ao Julgador o autorize a indeferir as provas inúteis ou desnecessárias, e a inquirição de testemunhas sobre fatos provados por documento ou confissão da parte, segundo previsão dos arts. 370, 442 e 443, ambos do CPC/2015, cumpre ponderar que o Julgador, ao analisar a pertinência das provas, deve considerar que o processo está sujeito ao duplo grau de jurisdição, garantindo às partes a produção de todas as provas necessárias para a formação do convencimento também da instância recursal. O contraditório, em sua versão tradicional, era mais restritivo, limitando-se a impor a ciência das partes acerca dos atos processuais e a obediência da bilateralidade das audiências. Entretanto, atualmente, tendo como base a Constituição Cidadã de 1988, o contraditório

tem uma dimensão maior, que deve ser entendida como garantia de efetiva participação das partes no desenvolvimento de todo o litígio, tendo ambas as partes a possibilidade de influírem, em igualdade de condições, no convencimento do magistrado. E, no caso, esse órgão julgador *ad quem* entende que as provas constantes nos autos foram insuficientes para a elucidação dos fatos, restando configurado o cerceamento de defesa pelo indeferimento da produção de prova oral. Preliminar de cerceamento de defesa acolhida. TRT 15ª Região 0010910-17.2021.5.15.0064 RORSum - Ac. PJe 5ª Câmara. Rel. Lorival Ferreira dos Santos. DEJT 9 maio 2022, p. 2570.

46 - PROVA DA INSUFICIÊNCIA DE RECURSO. DECLARAÇÃO DA PARTE OU DE SEU ADVOGADO COM PODERES ESPECÍFICOS. SITUAÇÃO DE PENÚRIA. A prova da insuficiência de recursos se dá por todos os meios admitidos em direito. Aliás, como a Lei n. 13.467/2017 não revogou o art. 1º da Lei n. 7.115/1983, a declaração da parte, sob as penas da lei, de que não dispõe de recursos necessários para efetuar o pagamento das despesas processuais, deve ser acolhida como prova segura da miserabilidade, especialmente quando nada contraria o referido documento. Realmente, tais normas são compatíveis com o processo do trabalho, inclusive o art. 99, § 2º, do CPC, que dispõe que o magistrado somente poderá indeferir o pedido de justiça gratuita se houver elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para tanto. O fato de o trabalhador ser proprietário de imóvel e detentor de alguns ativos em instituições financeiras não afasta o direito aos benefícios da justiça gratuita, afinal, não se exige que a parte tenha situação de penúria financeira para a concessão das benesses, bastando apenas a presença de situação que não lhe permita demandar em juízo sem prejuízo do sustento próprio ou familiar. TRT 15ª Região 0011206-96.2019.5.15.0003 ROT - Ac. PJe 1ª Câmara. Rel. José Carlos Ábile. DEJT 20 jun. 2022, p. 815.

47 - PROVA DIVIDIDA NÃO EXISTE COMO INSTITUTO PROCESSUAL E, PORTANTO, NÃO É UMA REGRA DE JULGAMENTO. As provas produzidas nos autos que se colocam em sentido contrário não se anulam de forma automática e inexorável. Por consequência, na hipótese de provas que se contrapõem não cabe aplicar o instituto da distribuição do ônus da prova, pois este constitui uma regra de julgamento para o fato não provado. Diante da prova produzida, cabe a quem julga valorar o conteúdo da prova e avaliá-la em conformidade com o conjunto das demais provas produzidas, levando sempre em conta o pressuposto da aptidão para a prova, que, nas relações de emprego, estabelece uma presunção em favor do trabalhador e da trabalhadora, que se reforça pelo princípio do *in dubio pro operario*, sobretudo quando se constata nos autos a inércia do empregador com relação à juntada da documentação dos fatos que permeiam a relação jurídica (conforme impõe, inclusive, a legislação trabalhista) ou a apresentação, pela

entidade empregadora, de uma documentação com conteúdo inverossímil. Não se pode desconsiderar, ainda, a existência do poder hierárquico e do temor reverencial consequente que influenciam e fragilizam o depoimento da testemunha que é levada a Juízo pelo empregador, mantendo-se aquela na condição de sua empregada e, portanto, sob sua dependência econômica. TRT 15ª Região 0011338-55.2017.5.15.0026 ROT - Ac. PJe 6ª Câmara. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 6 maio 2022, p. 5347.

48 - PROVA DOS RECOLHIMENTOS DO FGTS. O ônus de comprovar os recolhimentos do FGTS é do empregador e não do empregado. Afinal, o empregador é quem detém toda a documentação relativa ao contrato de trabalho. TRT 15ª Região 0010280-36.2021.5.15.0039 RORSum - Ac. PJe 1ª Câmara. Rel. José Carlos Ábile. DEJT 20 jun. 2022, p. 1022.

49 - RECURSO ORDINÁRIO. 1. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. Provado que o empregador concedeu aviso-prévio ao trabalhador e lançou no TRCT como causa de afastamento a dispensa sem justa causa, deve ser reformada a sentença que reconheceu existente abandono de emprego como causa do término do contrato de trabalho. Recurso provido. 2. FALTAS AO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE LIMBO PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIOS INDEVIDOS. Provado que o empregado faltou ao serviço por iniciativa própria sem apresentar qualquer atestado médico para justificar suas ausências, impossível outorgar-lhe o pagamento de salários, férias acrescidas de 1/3, gratificações natalinas, cestas básicas e FGTS de todo o período de afastamento, ainda que o empregador não tenha rompido o contrato de trabalho por abandono de emprego. O fato de o empregador permitir que o empregado continue a residir em imóvel rural durante longo tempo após a recusa do empregado em lhe prestar serviços, não implica validar as ausências ao trabalho para o fim de se lhe atribuir remuneração, especialmente quando não demonstrado que permaneceu à disposição, aguardando o cumprimento de ordens ou, ainda, zelando pela propriedade como afirmado no recurso, sob pena de enriquecimento sem causa justa. O salário somente é devido quando o empregado cumpre com a sua principal obrigação contratual, qual seja, prestar serviço ao empregador. Recurso não provido. 3. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE SALÁRIO POR PERÍODO SUPERIOR A 3 MESES. DANO MORAL. Indevido o pagamento de indenização por dano moral ao empregado dispensado sem justa causa, quando comprovado que a ausência de pagamento de salários decorreu pura e simplesmente da ausência de prestação de serviços do trabalhador ao empregador. Recurso ordinário não provido. 4. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. BENEFICIÁRIO DE JUSTIÇA GRATUITA. Com a declaração de inconstitucionalidade do § 4º do art. 791-A da CLT pelo STF no julgamento da ADI 5766, impossível descontar do crédito obtido em outro processo os honorários advocatícios de responsabilidade do trabalhador agraciado com o

benefício da justiça gratuita, enquanto perdurar sua condição de hipossuficiente, obrigação que se extinguirá após o decurso do prazo de 2 anos após o trânsito em julgado da decisão de improcedência dos pedidos formulados na inicial, uma vez mantida inalterada a hipossuficiência que assola o trabalhador reclamante. Recurso parcialmente provido. TRT 15ª Região 0011232-34.2020.5.15.0141 ROT - Ac. PJe 9ª Câmara. Rel. Alexandre Vieira dos Anjos. DEJT 30 set. 2022, p. 11775.

50 - RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA (TAC). VALOR DADO À CAUSA PELA PARTE AUTORA E NÃO IMPUGNADO PELA PARTE CONTRÁRIA. VALOR DE ALÇADA. PROCEDIMENTO DA JUSTIÇA DO TRABALHO. IRRECORRIBILIDADE DA SENTENÇA. Nos termos da abalizada Súmula n. 71 do C. TST, tem-se que "a alçada é fixada pelo valor dado à causa na data do seu ajuizamento, desde que não impugnado, sendo inalterável no curso do processo". No caso, nota-se que a parte autora atribuiu à causa desta ação individual o valor de R$ 1.000,00, sem qualquer impugnação da ré, sendo este o importe a ser considerado para fins de alçada. Por outro lado, tratando-se o objeto desta ação a anulação do Termo de Ajuste de Conduta firmado entre as partes, é cediço que a competência material desta Justiça Especializada decorre da ampliação conferida pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (CRFB, art. 114, inciso VII), e, deste modo, a ela se aplicam as regras insculpidas pela Instrução Normativa n. 27 do C. TST. Neste sentido, segundo as disposições contidas nos §§ 3º e 4º do art. 2º da Lei n. 5.584/1970, o presente recurso ordinário não desafia conhecimento, visto que o valor atribuído à causa pelo recorrente, não impugnado pela parte recorrida, não excede o dobro de dois salários-mínimos, e, também, a pretensão de anulação do TAC firmado entre as partes não versa, o seu objeto, sobre matéria constitucional. TRT 15ª Região 0010440-37.2020.5.15.0026 ROT - Ac. PJe 6ª Câmara. Rel. Fábio Allegretti Cooper. DEJT 8 jul. 2022, p. 3611.

51 - RECURSO ORDINÁRIO. DESERÇÃO. PREPARO. CUSTAS PROCESSUAIS. JUSTIÇA GRATUITA. INDEFERIMENTO. Havendo indeferimento dos benefícios da justiça gratuita pela sentença e não renovando a parte a reapreciação da matéria em suas razões de recurso, opera-se a deserção do apelo pela ausência do devido preparo. TRT 15ª Região 0011593-75.2019.5.15.0015 ROT - Ac. PJe 9ª Câmara. Rel. Renato Henry Sant´Anna. DEJT 24 jun. 2022, p. 3541.

52 - RECURSO ORDINÁRIO. EMPREGADA MUNICIPAL. GRATIFICAÇÃO SALARIAL RECEBIDA POR LARGO PERÍODO. ULTERIOR REVOGAÇÃO DA NORMA QUE A PREVIA. INAPLICABILIDADE À RECLAMANTE. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA

JURÍDICA E DA BOA-FÉ. Cuida-se de pedido de restabelecimento do pagamento de Gratificação de Nível Superior formulado por empregada que a percebia há mais de 16 anos, verba, essa, que possuía previsão na Lei Orgânica do Município até sua alteração em 2018, mediante a Emenda à LOM 1/2018, que a suprimiu. Nesse passo, e ainda que a supressão do pagamento tenha como origem uma determinação emanada do E. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, não há como se perder de vista que a reclamante recebeu tal verba durante largo período (desde a sua admissão, em 2002), pelo que a necessidade de observância do Princípio da Legalidade Estrita (art. 37, magno) deve ser contemporizada com outros princípios magnos, a saber, o da segurança jurídica (com especial ênfase à sua vertente da estabilidade das relações jurídicas consolidadas pelo tempo) e da boa-fé objetiva (em que se inclui o princípio da legalidade aparente), já que, afinal, a trabalhadora recebeu o benefício durante muitos anos e com a clara anuência dos Poderes Executivo e Legislativo do Município, exsurgindo a sua plena confiança de que tais pagamentos se achavam ao abrigo da lei e que, portanto, seriam respeitados no futuro pelo ente estatal, cumprindo ponderar que o C. STJ e o E. STF chegaram a permitir a reintegração de servidores públicos admitidos sem concurso público, mas que permaneceram prestando serviços durante muitos anos, situação fática que se consolidou no tempo e que, então, merece total prestígio pelo Estado. GRATIFICAÇÃO SALARIAL. CESSAÇÃO POR ORDEM DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO. EFEITO NÃO VINCULANTE PERANTE O PODER JUDICIÁRIO. A decisão proferida pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, no sentido de obrigar o reclamado a rever o aparato normativo que previa o pagamento da gratificação discutida nos autos, possui natureza administrativa, atinente à seara fiscalizadora desse órgão colegiado, não gerando, pois, efeito vinculante em relação ao Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Carta Magna), somando-se que não há, nos autos, evidências de que foi concedida, à reclamante, a oportunidade de defesa dos seus interesses no bojo desse procedimento administrativo de Tomada de Contas, em descompasso com o entendimento firmado na Súmula Vinculante n. 3 do E. STF, a qual assegura o contraditório e a ampla defesa quando da decisão do Tribunal de Contas da União puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, ditame que, sem dúvida, aplica-se aos Tribunais de Contas das unidades federativas, pelo princípio da simetria. Recurso autoral provido, com a condenação do reclamado a restabelecer o pagamento da gratificação suprimida. TRT 15ª Região 010739-79.2021.5.15.0090 ROT - Ac. PJe 6ª Câmara. Rel. João Batista da Silva. DEJT 22 set. 2022, p. 4218.

53 - RECURSO ORDINÁRIO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. MOTORISTA CARRETEIRO AUTÔNOMO. ADI 3961 E ADC 48/DF. CONSTATADO O CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS

DA LEI N. 11.442/2007. RELAÇÃO COMERCIAL A SER AVERIGUADA PELA JUSTIÇA COMUM. No julgamento conjunto da ADI 3961 e da ADC 48/DF, o E. STF estabeleceu, conforme item 3 da respectiva ementa que, "3 - Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei n. 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista" (DJe 5.6.2020). Isso não obstante, ainda não se constata pacificação da controvérsia em torno da competência da Justiça do Trabalho *versus* Justiça Comum, pois há manifestações dessa mesma Suprema Corte em reclamações com conteúdo diametralmente oposto, malgrado a Primeira e a Segunda Turmas façam alusão aos julgamentos dessa ADI e ADC. Ora se diz haver contrato comercial, pura e simplesmente, ora se exige o cumprimento dos requisitos da Lei n. 11.442/2007, para, então, ser reconhecida a relação comercial e, *ipso facto*, afastar a competência da Justiça do Trabalho. E, para piorar, em 28.9.2021 a Lei n. 14.206/2021 (art. 18) revogou o parágrafo único do art. 5º da Lei n. 11.442/2007 ("Compete à Justiça Comum o julgamento de ações oriundas dos contratos de transporte de cargas"), retirando daquele diploma a referência à matéria sob exame (competência material), remanescendo, porém, a alusão à natureza comercial da relação ali tratada e ao prazo prescricional de um ano para reparação de danos relativos aos contratos de transporte. Nesse quadro legal e jurisprudencial, sendo, *in casu*, incontroverso o registro do reclamante perante a ANTT, na forma do art. 2º, I, da Lei n. 11.442/2007, tendo sido anexados os contratos de afretamento pactuados entre as partes, conforme o disposto no art. 4º desse diploma (nos quais era desnecessária a referência à específica lei de regência), acompanhados de recibos e de documentos auxiliares de conhecimento de transporte eletrônico, em observância do art. 5º-A da mesma lei, pelo menos no sentido mais estrito do termo, não há que se falar em discussão sobre possível fraude trabalhista, mas, sim, a respeito de eventual erro da reclamada no enquadramento real do trabalhador, situado em uma zona grise, na qual se mostra bastante tormentosa a diferenciação entre o autônomo e o empregado. Portanto, diante da tese firmada no julgamento da ADC 48 (ementa item 3), revelando-se patente a regularidade formal dos requisitos estabelecidos na Lei n. 11.442/2007, incumbe à Justiça Comum a análise quanto à sua concreta higidez. Posteriormente, lá analisado o caso e afastada a relação comercial, constatando-se algum vício, os autos hão de ser remetidos a esta Justiça Especializada, para a apreciação do pedido de reconhecimento do vínculo de emprego alegado pelo obreiro. Diferentemente, porém, outra poderá e haverá de ser a conclusão em hipóteses nas quais não estiverem presentes e formalmente regulares todos os requisitos previstos na Lei n. 11.442/2007, sob pena de se admitir o deslocamento da competência (e o consequente retardamento do processo e da solução da lide), em razão de mera e vazia alegação da parte reclamada ou de documentação insuficiente ou irregular, incapaz de revelar que, à

época da prestação de serviços, a contratação e o labor foram adequadamente regidos por essa lei especial. Recurso improvido. TRT 15ª Região 0010731-33.2017.5.15.0126 ROT - Ac. PJe 9ª Câmara. Rel. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza. DEJT 14 jul. 2022, p. 5305.

54 - RECURSO ORDINÁRIO. INTERPRETAÇÃO DO PEDIDO INICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DE EVENTUAIS FALHAS OU OMISSÕES NA ARGUMENTAÇÃO DA PARTE AUTORA. APROVEITAMENTO DA PEÇA DE INGRESSO. Ao se deparar com a formulação, na petição de ingresso, de fundamentos que porventura não primem pela clareza, objetividade ou coerência, é atribuição do julgador promover a melhor ou mais razoável possível interpretação dos argumentos expostos pelo interessado, desconsiderando eventuais falhas, inconsistências, omissões ou vaguezas nesse raciocínio, desde que não prejudiquem o direito de defesa ou influam na aferição da certeza e determinação do pedido ao final formulado. No caso vertente, a leitura da petição inicial permitiu concluir que o reclamante almejava a declaração do vínculo de emprego com a quarta reclamada ou, sucessivamente, com o primeiro reclamado, com a condenação solidária do Município de São Roque pelos títulos trabalhistas (na primeira hipótese) ou a condenação subsidiária dos demais acionados (na segunda hipótese), merecendo, pois, o recurso ser analisado a partir desses parâmetros. PETIÇÃO INICIAL. CUMULAÇÃO EVENTUAL DE PEDIDOS. Na lição do Eminente Francisco Antônio de Oliveira, dá se a cumulação eventual de pedidos nas situações em que os pleitos formulados se substituem de forma sequencial, na ordem em que apresentados, cabendo, à saída, o exame do primeiro deles, cujo atendimento prejudicará a análise dos demais, e cuja rejeição, ao revés, levará à vistoria do segundo pedido formulado, e assim sucessivamente. No caso vertente, pois, comporta análise, por primeiro, o pleito de vínculo empregatício com a quarta reclamada e, se não acolhido, o de reconhecimento do liame de emprego com o primeiro reclamado, devendo ser assim procedido o julgamento recursal. TRT 15ª Região 0011062-98.2019.5.15.0108 ROT - Ac. PJe 6ª Câmara. Rel. João Batista da Silva. DEJT 22 set. 2022, p. 4502.

55 - RECURSO ORDINÁRIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ASTREINTE. AUSÊNCIA DE NATUREZA DE CLÁUSULA PENAL. INEXISTÊNCIA DE LIMITAÇÃO LEGAL AO SEU VALOR OU PERIODICIDADE. A multa estabelecida pelo juiz visando a assegurar o cumprimento da obrigação de fazer não se perfila a cláusula penal, tratando-se, ao revés, de medida coercitiva de que dispõe o julgador para impor o cumprimento ágil e eficaz da decisão por ele proferida, não havendo limitação legal ao seu valor ou periodicidade, tanto assim que o art. 537, § 1º, do CPC/2015, permite ao juiz da execução a posterior modificação desses parâmetros, ou mesmo a exclusão da multa, se verificado que ela se tornou insuficiente

ou excessiva, ou em razão da prova do posterior cumprimento parcial da obrigação pelo devedor, ou justa causa para o seu descumprimento, não estabelecendo, tal dispositivo processual, qualquer limite para tal majoração ou redução. Assim, não se tratando, pois, de cláusula penal, é inviável a pretensão de aplicação do art. 412 do Código Civil ou da OJ/SDI-1 n. 54 do C. TST. No mais, não pairam dúvidas a respeito da aplicabilidade das astreintes à Fazenda Pública, conforme Código para remansosa jurisprudência dos Tribunais Superiores. Recurso não provido quanto ao tema. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PRAZO DE CUMPRIMENTO. FAZENDA PÚBLICA. O art. 832, § 1º, da CLT, embora estabeleça a necessidade de fixação, em sentença, do prazo para o seu cumprimento, não previu sua duração respectiva, ao passo que o art. 880 da mesma Consolidação, ao aludir ao prazo de 48 horas, referiu-se à obrigação de pagar, sendo silente sobre o cumprimento das obrigações de fazer. Para tanto, afigura-se necessário o socorro às normas do Direito Processo Civil, tema em que a Lei de Execuções Fiscais, aplicável, subsidiariamente, à execução trabalhista (art. 889 da CLT), também é silente sobre o prazo para cumprimento das obrigações de fazer, ao passo que a Lei n. 10.259/2001 (que "Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal") também previu apenas prazo para cumprimento das obrigações de pagar (art. 17). Por igual, os arts. 536 e 537 do CPC/2015 também não fixaram o prazo aqui em comento, ao passo que, embora haja ali a remissão ao art. 525 do mesmo Código, que prevê prazo de 15 dias para o cumprimento do julgado, cuida-se de disposição inaplicável à Fazenda Pública, que se sujeita a procedimento próprio (art. 535). Assim, para suprimir esse vazio, e a partir da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, é de se concluir que cabe ao juiz a fixação de prazo razoável para cumprimento da obrigação em comento, nos termos da parte final do *caput* do art. 537 do CPC/2015, pelo que, concluo, é pertinente a adoção do mesmo prazo fixado para cumprimento da obrigação de pagamento em execução de pequeno valor, ou seja, 2 (dois) meses, desde que não se trate de tutela provisória, quando o juiz poderá fixar outro prazo que entenda razoável para evitar que o dano se consume ou o risco ao resultado útil do processo (arts. 297 e 300, *caput*, do CPC/2015). Recurso provido quanto ao tema, para se fixar o prazo para cumprimento da obrigação de avaliação da reclamante em 2 (dois) meses, a partir da intimação respectiva. TRT 15ª Região 0011190-41.2021.5.15.0111 ROT - Ac. PJe 6ª Câmara. Rel. João Batista da Silva. DEJT 22 set. 2022, p. 4530.

56 - RECURSO ORDINÁRIO. PEDIDO DE FORNECIMENTO DE PPP PARA FINS DE APOSENTADORIA ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE NATUREZA TRABALHISTA, ORIUNDA DO CONTRATO DE TRABALHO. AUTONOMIA EM RELAÇÃO AO EVENTUAL USO POSTERIOR DO DOCUMENTO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO

TRABALHO RECONHECIDA. A obrigação de fornecimento do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), constante do art. 58, § 4º, da Lei n. 8.213/1991, detém, sem dúvida, nítida natureza de obrigação trabalhista, sendo norma heterotópica introduzida no direito previdenciário, por retratar comando direcionado ao empregador, enquanto integrante da relação de emprego, sem a participação imediata do INSS, pelo que não há como excluir a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das lides envolvendo tal obrigação. O ajuizamento da reclamação em face de ente público (no caso, a União, incluída na lide em virtude da incorporação da Fepasa pela RFFSA) não afasta tal conclusão, por se tratar de lide oriunda da relação de trabalho, situação que atrai a incidência do art. 114, I, da CF, não havendo deslocamento da competência para a Justiça Federal (art. 45, inciso II, do CPC/2015). De igual forma, o fato de o documento ser destinado à instrução de pedido de aposentadoria especial no foro competente não tem o condão de excluir a competência desta Especializada, porque o citado art. 58, § 4º, da Lei n. 8.213/1991 estabelece uma obrigação autônoma por parte do empregador, que nem mesmo é condicionada à eventual exposição a agentes ensejadores de aposentadoria especial, estando, assim, desvinculada do eventual uso futuro do documento pelo interessado. Recurso a que se dá provimento, para reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para julgamento do feito. TRT 15ª Região 0011043-54.2019.5.15.0153 ROT - Ac. PJe 6ª Câmara. Rel. João Batista da Silva. DEJT 22 set. 2022, p. 4466.

57 - REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO MINORITÁRIO. Inviabilizada a execução contra a empresa reclamada e diante da desconsideração da personalidade jurídica, autoriza-se o redirecionamento contra o sócio, ainda que minoritário, administrador ou não, cuja participação societária transcorreu à época do contrato de trabalho, porquanto se beneficiou do trabalho prestado pelo exequente. TRT 15ª Região 0011115-15.2017.5.15.0055 AP - Ac. PJe 11ª Câmara. Rel. João Batista Martins César. DEJT 6 set. 2022, p. 15035.

58 - RESCISÃO POR JUSTA CAUSA. POSTAGEM EM REDE SOCIAL. PERÍODO DE LICENÇA MÉDICA. Ainda que reprovável postagem em rede social em período de licença médica destinada ao cuidado da saúde (período em que a empresa não conta com a força de trabalho do empregado e é obrigada a manter seus vencimentos), provado que as fotos postadas são de período anterior ao afastamento, o caso revela responsabilidade social que atenta a moralidade, mas não resulta em ato grave apto a justificar a justa causa aplicada. TRT 15ª Região 0010546-13.2020.5.15.0086 ROT - Ac. PJe 11ª Câmara. Rel. Eder Sivers. DEJT 8 jul. 2022, p. 12082.

59 - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. A terceirização é um fenômeno empresarial mundial e se instalou inexoravelmente em todos os ramos da atividade econômica, inclusive no âmbito da Administração Pública. O Supremo Tribunal Federal sepultou a celeuma relativa à responsabilidade subsidiária do tomador que terceiriza suas atividades, quaisquer, afastando definitivamente os debates na Tese de Repercussão Geral - Tema 725 -, no sentido de considerar a licitude da terceirização de atividade fim ou meio, com amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. O ordenamento jurídico protege o empregado quanto a inadimplências dos empregadores que se serviram de seu labor, remanescendo a obrigação ao tomador de serviços, como responsável subsidiário, para que o trabalhador não fique desamparado, abrangendo todos os direitos reconhecidos por decisão judicial. O art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993 não isenta o ente público de responsabilidade pelos créditos trabalhistas inadimplidos por seus contratados, porquanto a Administração Pública deve sempre contratar empresas idôneas e fiscalizá-las, de modo profícuo, quanto ao cumprimento das obrigações contratuais e legais. Nesse sentido, a responsabilidade subsidiária do ente público subsiste pela não fiscalização eficiente quanto ao cumprimento das obrigações da contratada, não bastando, para absolver a contratante, a mera alegação, sem a devida comprovação. TRT 15ª Região 0010026-98.2022.5.15.0113 ROT - Ac. PJe 4ª Câmara. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 13 maio 2022, p. 2730.

60 - SINGULARIDADE DO PROCESSO. INCOMPARABILIDADE COM PROVAS PRODUZIDAS NOUTRAS DEMANDAS. CONVENCIMENTO ESPECÍFICO DO JUIZ NO CASO EM QUESTÃO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. Os autos do processo encerram um universo próprio, por mais similar a outro, é único, limitado às manifestações das partes, termos e provas, conjunto produzido especificamente para o debate entre os litigantes, cuja finalidade é proporcionar ao julgador a formação do convencimento específico para dirimir o litígio. A atividade do Magistrado jamais será substituída por inteligência artificial, cujas soluções obedecem a um algoritmo, que não é capaz de abstrair as nuances de cada processo, somente captadas pela mente arguta e treinada do Magistrado, proferindo, à vista do colacionado, a Sentença. A isso se denomina devido processo legal, resultado do direito de defesa, garantido aos litigantes, igualmente. É regra constitucional pétrea, sustentáculo essencial do regime jurídico do Estado Democrático de Direito, prevista no art. 5º, inciso LV, da Constituição. TRT 15ª Região 0010373-12.2021.5.15.0067 RORsum - Ac. PJe 4ª Câmara. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 16 set. 2022, p. 3013.

61 - SUCESSÃO EMPRESARIAL. AUSÊNCIA DE SOLUÇÃO DE CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CONFIGURAÇÃO. Nos termos dos arts. 10, 448 e 448-A da CLT, a mudança na estrutura jurídica ou na propriedade da empresa não afeta os contratos de trabalho de seus empregados. No caso em tela, não houve solução de continuidade em relação ao contrato de trabalho mantido com o autor quando a segunda ré arrendou o parque fabril da primeira reclamada. Além disso, não houve a comprovação nos autos a respeito da devolução dos bens retirados pela arrendatária, para fins de manutenção e pintura, bem como a falta de pagamento das parcelas do arrendamento apesar de a arrendatária estar usufruindo do parque industrial com exploração da marca e dos produtos da recuperanda. TRT 15ª Região 0010978-05.2021.5.15.0116 ROT - Ac. PJe 8ª Câmara. Rel. Orlando Amâncio Taveira. DEJT 6 set. 2022, p. 13569.

62 - TEMA 1046 DO STF. NEGOCIADO *X* LEGISLADO. 1. A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NÃO É INSTRUMENTO PARA ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS HISTORICAMENTE CONQUISTADOS. 2. NÃO CABE AO JUDICIÁRIO PROMOVER UMA INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA DE CLÁUSULA COLETIVA PARA O EFEITO DE IMPOR A TRABALHADORAS E TRABALHADORES RETRAÇÕES DE DIREITOS. 1. Nos termos da tese enunciada no Tema 1046 pelo STF, a consideração da validade de cláusula normativa está condicionada à justificativa de que a norma geral não se encaixa de forma precisa nas condições em que o trabalho é realizado, permitindo-se, assim, a estipulação de outra que a substitua com vantagem, ou o seu afastamento, sem que disto resulte prejuízo ou abalo concreto na proteção jurídica do(a) trabalhador(a). Além disso, a validação está condicionada ao respeito dos "direitos absolutamente indisponíveis" e, por certo, o que já é tido como indisponível pela lei, como se dá com os direitos trabalhistas constitucionalmente assegurados, não pode ser transformado, arbitrariamente, em indisponível. Não existe a categoria jurídica de direitos "relativamente indisponíveis" ou "quase indisponíveis". É de suma importância advertir para o grave risco a que todos os cidadãos e cidadãs serão submetidos caso se, no afã de acatar as reiteradas pretensões de setores do poder econômico da redução de custos por meio da retração de direitos trabalhistas, se promova uma interpretação ampliativa do enunciado pronunciado pela mais alta Corte do país, no sentido da criação de subcategorização aleatória e casuística do conceito de "indisponibilidade", vez que isto constituiria uma porta aberta para que também os Direitos Fundamentais, os Direitos Humanos e os Direitos de Personalidade, todos indisponíveis como se sabe, se vissem submetidos a uma flexibilização arbitrária, podendo ser, por consequência, concretamente limitados ou afastados. De fato, quando se fala de negociação coletiva de trabalho, não se está tratando de um típico

negócio jurídico (civilista), e sim de um instituto jurídico posto a serviço da classe trabalhadora para, atendendo preceitos da ordem democrática, permitir a sua integração política, social e econômica na sociedade capitalista, de modo a possibilitar e instrumentalizar o ideal em torno da melhoria das condições de vida. Neste aspecto, aliás, reside o ponto mais problemático de uma interpretação do enunciado em questão, atribuindo legitimidade a "negócios jurídicos" que se apresentem como meros instrumentos de redução de direitos, que seria o de perverter os papéis dos sujeitos da negociação coletiva de trabalho, de modo a fazer com que os postulantes de direitos deixem de ser os representantes da classe trabalhadora, passando a ser aqueles que falam pelo poder patronal. Os permissivos de negociação trazidos no art. 7º, vale dizer, relacionam-se com o princípio, fixado no *caput* do mesmo artigo, da "melhoria da condição social" dos trabalhadores. Nada há, pois, em termos de previsão constitucional, que autorize a conversão da negociação coletiva em um instrumento a mais a serviço do poder econômico para a espoliação da classe trabalhadora, de modo a impor um rebaixamento de sua condição social. E cumpre não olvidar que, como a própria Constituição Federal estabelece, as conquistas legalmente instituídas integram o patamar mínimo desta condição. Não bastasse tudo isso, acresça-se que os direitos sociais devem se sobrepor aos interesses meramente econômicos, visto que a ordem econômica deve seguir "os ditames da justiça social" (art. 170 da CF), devendo, ainda, prevalecer o compromisso internacional constitucionalmente assumido em torno da prevalência dos Direitos Humanos (art. 4º, II, da CF). Certo é que, somados todos estes fatores jurídicos, políticos e até mesmo linguísticos, não resulta do enunciado da tese expressa no ARE 1.121.663, que, doravante, o "negociado prevalece sobre o legislado, para instrumentalizar a eliminação de direitos trabalhistas", como a muitos interessou dizer. Se a tese fosse esta, isto estaria dito de forma expressa no enunciado, mas, como é possível ver, para quem quer ver, não está. Em resumo, só serão consideradas constitucionais normas (cláusulas) de acordos e as convenções coletivas de trabalho que, tendo por realidade concreta uma questão que, diante da especificidade do trabalho realizado em determinado setor produtivo, colocando em contraste dois direitos fundamentais, limitem ou afastem um direito, o que pressupõe, no próprio sopesamento realizado, um elemento de vantagem compensatória, que não exige, por certo, explicitação especificada, de modo que não se desrespeite a essência dos direitos fundamentais, rol ao qual, inequivocamente, os direitos trabalhistas se inserem. Ou, dito de outro modo e sinteticamente: "São constitucionais os acordos e as convenções coletivas que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis". 2. O antecedente necessário deste debate é a

interpretação da cláusula normativa propriamente dita, e não se pode, por meio de interpretação extensiva, chegar ao resultado de uma redução de direitos, isto porque, segundo princípio básico da hermenêutica jurídica, as normas restritivas de direitos se interpretam restritivamente. Além disso, se os pressupostos jurídicos trazidos no Tema 1046 foram fixados para reafirmar que os sindicatos, como representantes legalmente instituídos da classe trabalhadora, não podem simplesmente reduzir direitos trabalhistas, é mais que evidente que não está dada esta possibilidade ao Judiciário de reduzir direitos por meio da interpretação, contrariando, inclusive, a vontade expressamente manifestada pelo legítimo representante da classe. Se o representante dos(as) trabalhadores(as) não anuiu explicitamente com qualquer redução de direitos, não pode o intérprete substituir o sindicato e impor um sentido à norma contrário àquele manifestado, ainda mais para impor aos trabalhadores e trabalhadoras uma situação de retração de direitos. TRT 15ª Região 0011299-84.2019.5.15.0027 ROT - Ac. PJe 4ª Câmara. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 20 set. 2022, p. 3094.

63 - TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE DO CONTRATANTE TOMADOR DE SERVIÇOS. O Supremo Tribunal Federal sepultou a celeuma relativa à responsabilidade da empresa que terceiriza suas atividades, quaisquer, afastando definitivamente os debates na tese de Repercussão Geral - Tema 725 -, no sentido de considerar a licitude da terceirização de atividade fim ou meio, com amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência. Ao terceirizar serviços, o tomador, ente público ou privado, assume a responsabilidade de eleger e vigiar a empresa contratada quanto às obrigações trabalhistas para com os trabalhadores que prestaram serviços em suas dependências, agindo com culpa ao não fiscalizar efetiva e eficazmente o cumprimento daquela que elegeu como sua contratada, matéria consolidada pelo enunciado da Súmula n. 331/TST. TRT 15ª Região 0011438-98.2021.5.15.0113 ROT - Ac. PJe 4ª Câmara. Rel. Dagoberto Nishina de Azevedo. DEJT 6 set. 2022, p. 8293.

64 - TRABALHO EM REGIÃO ENDÊMICA. Ao determinar que o seu empregado trabalhasse no Congo, África, região endêmica da malária, a empresa assumiu os riscos de uma fatalidade. Considerando-se o período de incubação da doença, assim entendido o lapso temporal entre a picada do mosquito transmissor infectado até o aparecimento dos primeiros sintomas, exsurge o caráter ocupacional da moléstia. Aplica-se ao caso a responsabilidade objetiva, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. FALECIMENTO DE EMPREGADO COM FILHOS MENORES. O art. 77, § 2º, da Lei n. 8.213/1991, considera dependentes os filhos com até 21 anos de idade. Na esfera civil, porém, para o fim de indenização por danos materiais, a questão é interpretativa. Presume-se que os filhos saudáveis possam se sustentar a partir dos

25 anos, não sendo possível admitir que isso ocorra a partir dos 21 anos. TRT 15ª Região 0011339-49.2016.5.15.0099 ROT - Ac. PJe 11ª Câmara. Rel. Laura Bittencourt Ferreira Rodrigues. DEJT 20 set. 2022, p. 7423.

65 - UBER DO BRASIL. MOTORISTA. RELAÇÃO DE EMPREGO RECONHECIDA. AVANÇOS TECNOLÓGICOS NÃO LEGITIMAM O TRABALHO PRECARIZADO. DIREITOS FUNDAMENTAIS NÃO SE VERGAM DIANTE DO PODER ECONÔMICO. NÃO HÁ PRIVILÉGIO NA SERVIDÃO. Do ponto de vista abstrato, o primeiro grande obstáculo que se tem verificado para a compreensão do trabalho prestado por intermédio de aplicativos situa-se na incompreensão do que seja, juridicamente, uma relação de emprego. Muitos julgados, que negam a existência de uma relação de emprego na situação em questão, apegam-se no argumento de que o trabalhador não está subordinado, apoiando-se, para tanto, em dois fatos: que o trabalhador tem liberdade para escolher seu horário de trabalho e que não é punido caso não trabalhe. O trabalhador, portanto, não estaria sob o comando do empregador e sua atividade seria autogestada, podendo-se, assim, também concluir que o que se tem, em concreto, é um trabalho prestado "pelo" aplicativo e não "para" o aplicativo, argumento este, inclusive, que aparece como ponto central do recurso apresentado pela reclamada nos presentes autos. A este respeito não se pode deixar de apontar para o aspecto meramente retórico da argumentação, pois o aplicativo não é sujeito de direito e, portanto, não poderia sequer ser considerado para efeito da análise jurídica. O aplicativo não tem vida própria, não expressa vontades, desejos e, portanto, não fixa metas ou comandos. Não é nada mais do que uma coisa, um objeto ou, mais especificamente, uma ferramenta. Argumentar, para negar o vínculo de emprego, que o trabalho é prestado "pelo" aplicativo e não "para" o aplicativo não tem qualquer significado concreto do ponto de vista jurídico, pois equivale a afirmar, com relação a um pedreiro, por exemplo, que este exerce seu trabalho "pelo" uso de uma "colher de pedreiro" e não "para" a ferramenta em questão. Ora, é evidente que o motorista não trabalha "para" o aplicativo, assim como o pedreiro não trabalha "para" a sua colher, e essa obviedade, extraída da lógica, não tem nenhuma repercussão jurídica. Os sujeitos envolvidos nesta relação são a entidade que atua como empreendedora, o motorista e o passageiro. A empresa Uber, inequivocamente, está integrada a esta relação na qualidade de entidade empreendedora, pois sua atividade, como ela própria apresenta em seu sítio eletrônico, é a de fornecer a ferramenta que possa interligar o motorista ao cliente: "Nosso principal serviço é desenvolver tecnologias que conectem motoristas parceiros e usuários a qualquer hora". Mas é evidente que faz muito mais do que isto, pois não apenas produz a "colher de pedreiro", como a mantém sob sua propriedade,

define os modos da sua utilização, estabelece os parâmetros da relação entre o motorista e o usuário, gerencia a execução da atividade e mantém para si parcela do proveito econômico proveniente do serviço prestado. É nítido, portanto, que a empresa Uber é o sujeito ativo desta relação, e não meramente proprietária da ferramenta. O motorista é outro evidente sujeito desta relação, e sua participação se dá com o exercício do trabalho necessário para que o serviço seja prestado. O motorista é um trabalhador, portanto. O outro sujeito é o usuário, que se vale dos serviços prestados, tanto pelo motorista, quanto pela Uber. Para chegar ao motorista, o usuário se vale do aplicativo, e depois se beneficia do transporte propriamente dito por meio da condução do motorista, sendo que, para tanto, paga o preço previamente fixado; um preço que engloba, sem delimitação concreta, os dois serviços. O usuário, portanto, integra a relação, fechando o ciclo. Não se trata, pois, de uma relação linear horizontal, como sugere a reclamada em seu sítio, na qual a Uber fornece a ferramenta e aquele que adquire a ferramenta a utiliza para a venda de serviço a uma terceira pessoa. O usuário, concretamente, estabelece um vínculo jurídico inicial com a Uber, na qualidade de consumidor do serviço por ela concretamente oferecido e não meramente "possibilitado". Embora, nos processos judiciais, tente construir outra versão para a realidade, no mundo extra autos a Uber explicita o serviço de transporte que vende ao consumidor e conclama, "Vá de Uber". O usuário, que atende o chamado e vai de Uber, firma, portanto, uma relação de consumo com a Uber e não com o motorista, que aparece na relação como mero executor do trabalho necessário à realização do serviço. Tanto é assim que se o usuário for acometido de algum dano durante o transporte a reparação certamente será buscada perante a Uber, e essa formulação tem sido reiteradamente acolhida pelos Tribunais estaduais. Fechado o ciclo das relações jurídicas formalizadas, o que se tem como resultado é: quem trabalha é o motorista e a sua participação é, unicamente, a entrega do trabalho. Um trabalho que se executa para a Uber, que dele depende para a implementação do seu empreendimento econômico, pouco importando avaliar se o empreendimento é lucrativo ou não, já que assume os riscos da atividade; o trabalho prestado não é um trabalho autônomo, pois o motorista não define, por si, as condições em que será prestado junto ao consumidor, não tendo autonomia nem mesmo com relação ao preço cobrado pelo trabalho. O fato de o trabalhador arcar com os custos da execução do transporte, sendo, inclusive, proprietário do veículo (isto quando não o aluga), serve apenas para aumentar o seu nível de dependência econômica frente àquele que o remunera pelo trabalho exercido e que, concretamente, se beneficia economicamente da situação, que é a própria Uber. A transferência para o trabalhador de parte dos custos do empreendimento apenas aumenta o nível de exploração do trabalho. Não há como negar, portanto, que se está

diante de uma nítida relação jurídica na qual o motorista vende sua força de trabalho para o implemento do empreendimento da Uber, e que se traduz, juridicamente, como uma autêntica relação de emprego, valendo lembrar que relação de emprego é o instituto jurídico criado exatamente para identificar este tipo de relação social, com o objetivo precípuo de delimitar o campo de aplicação dos direitos trabalhistas e de, ao mesmo tempo, garantir a efetivação desses direitos, tidos como parâmetros mínimos da relação capital-trabalho. A relação de emprego é o instituto fundamental dos compromissos em torno da essencialidade dos direitos humanos e da integração sócio-político-econômica da classe trabalhadora que foram assumidos na pactuação de reconstrução da sociedade capitalista e que dão origem à formação do Estado Social. A relação de emprego é concebida, pois, como um imperativo de ordem pública, na medida em que a integração ao projeto sócio-econômico-produtivo do Estado Social é automática, involuntária e vinculativa. A identificação de uma relação de emprego, por conseguinte, não é um favor que se faz ao trabalhador, nem uma pena que se impõe ao empreendedor. Bem ao contrário, representa revalidar e buscar conferir efetividade ao pacto em questão. Toda vez que se buscam argumentos para negar a relação de emprego em efetivas relações de exploração do trabalho pelo capital o que se tem como efeito é um passo dado em direção a todo desajuste social e humano que nos conduziram a duas guerras mundiais e que tem feito aumentar as desigualdades sociais, a fome, a miséria e as diversas formas de opressão, o que, por sua vez, constitui alimento à quebra da solidariedade e da própria razão, fortalecendo as bases de regimes autoritários e ditatoriais. Impressiona que depois de tantos anos de tentativa de superação da ordem liberal e consolidação do Estado Social ainda se conviva com práticas que retomam a época pré-capitalista, quando o argumento de "parceria" entre os proprietários de terras e os trabalhadores fornecia fundamento para a espoliação da condição humana destes. Não é à toa, portanto, que a relação entre os trabalhadores e as empresas detentoras de aplicativo é apresentada como "servidão moderna", "escravidão digital", ou, na expressão mais reduzida, "uberização". E a argumentação artificialmente criada e midiaticamente difundida ainda busca fazer acreditar que quem explora faz um "favor" para o explorado. Como se divulga com insistência, quem tem algum sonho poderá realizá-lo trabalhando "com" o aplicativo da Uber (e não "para" o aplicativo e, menos ainda, "para" a Uber), e o fará sem se submeter a um patrão, ou seja, sendo o seu "próprio chefe". Aqueles que conseguem alcançar essa condição são tidos, então, como seres privilegiados. Ostentariam, assim, como denuncia sarcasticamente Ricardo Antunes, o "privilégio da servidão"! TRT 15ª Região 0010112-89.2020.5.15.0032 ROT - Ac. PJe 6ª Câmara. Rel. Jorge Luiz Souto Maior. DEJT 8 set. 2022, p. 4430.

66 - UBER. MOTORISTA. RELAÇÃO DE EMPREGO. CARACTERIZAÇÃO. A liberdade de horário propiciada pela prestação de serviços mediante a utilização de plataformas digitais, por si mesma, não representa novidade alguma no âmbito da legislação laboral. Já existia desde a modalidade tradicional do trabalhador em domicílio, está igualmente presente no atual labor à distância (teletrabalho) e, naquilo que se refere à possibilidade de inatividade voluntária do trabalhador, encontra um paralelo perfeito na recente figura do contrato de trabalho intermitente. A exclusão do estado de dependência (subordinação) se perfaz pela possibilidade de **escolha real** da tarefa a executar, adicionada ao **poder efetivo** de se estabelecer quanto se quer receber, aspectos inexistentes na modalidade em análise, cujo verniz tecnológico, conquanto lhe agregue sofisticação ou modernidade, não desnatura a ocorrência de prestação pessoal em caráter dependente. Assim, e estando igualmente demonstrada no caso concreto a existência de onerosidade e habitualidade, reputam-se presentes, em tese, todos os requisitos exigidos pelo art. 3º da CLT. Recurso provido para o efeito de declarar-se a existência de contrato de trabalho entre as partes. TRT 15ª Região 0010214-10.2018.5.15.0153 ROT - Ac. PJe 4ª Câmara. Rel. Manoel Carlos Toledo Filho. DEJT 12 maio 2022, p. 2701.

67 - VÍNCULO DE EMPREGO. CORRETOR DE IMÓVEIS. A profissão de corretor pressupõe autonomia do profissional, de modo que a submissão do trabalhador a metas propostas pela empresa subverte a lógica da atividade. O ponto central para se distinguir o corretor autônomo do empregado é a demonstração de prejuízo à sua autonomia, característica que objetiva resguardar sua isenção para oferecer aos seus clientes o melhor negócio, de acordo com seus objetivos, e não por imposição de uma carteira exclusiva da empresa construtora, com clara interferência na forma de execução das atividades. Havendo prejuízo à autonomia, consequentemente haverá a caracterização da subordinação do profissional, atraindo o reconhecimento do vínculo de emprego. O contrato de trabalho se caracteriza pela realidade dos fatos, e não por formalidades impostas pela empresa para desvirtuar a aplicação dos preceitos da legislação trabalhista. TRT 15ª Região 0011276-48.2018.5.15.0133 ROT - Ac. PJe 8ª Câmara. Rel. José Antônio Gomes de Oliveira. DEJT 8 jul. 2022, p. 6866.

68 - VÍNCULO EMPREGATÍCIO. NECESSIDADE DA PRESENÇA CONCOMITANTE DOS PRESSUPOSTOS DO ART. 3º DA CLT. NÃO CONFIGURAÇÃO. As circunstâncias definidoras da relação de emprego devem pressupor a presença dos requisitos do art. 3º da CLT, quais sejam: pessoalidade, onerosidade, habitualidade e subordinação. Ausentes tais circunstâncias, não se reconhece a relação empregatícia. TRT 15ª Região 0010964-60.2021.5.15.0006 ROT - Ac. PJe 11ª Câmara. Rel. Luis Henrique Rafael. DEJT 15 set. 2022, p. 5676.

SÚMULAS DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE EM DISSÍDIOS INDIVIDUAIS DO TRT DA 15ª REGIÃO*

Divulgadas de 9 de setembro de 2021 a 3 de março de 2023

(1 a 134 - constam nas edições anteriores deste periódico)

135 - TRABALHADOR RURAL. CORTE DE CANA-DE-AÇÚCAR. TROCA DE EITO OU TALHÃO. PREPARO DE FERRAMENTAS DE TRABALHO. TEMPO À DISPOSIÇÃO DO EMPREGADOR. O tempo despendido pelo empregado remunerado por produção, em atividades preparatórias de troca de eito ou talhão e de preparo de ferramentas, integra a jornada de trabalho para todos os efeitos, sendo devida a remuneração equivalente à hora de trabalho regular, ou extraordinária se ultrapassada a jornada normal.

136 - LEI ORGÂNICA. MUNICÍPIO DE CAFELÂNDIA. ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO E SEXTA PARTE. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR VÍCIO DE INICIATIVA. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. É formalmente inconstitucional o § 16 do art. 152 da Lei Orgânica Municipal de Cafelândia, que criou vantagens aos seus servidores municipais, por afronta à reserva prevista pelo art. 61, § 1º, inciso II, "a", da Constituição Federal, norma de observância obrigatória por força do princípio da simetria e que atribui privativamente ao chefe do Poder Executivo a iniciativa legislativa para disciplinar a matéria.

137 - INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE GUARATINGUETÁ. ISONOMIA DE VENCIMENTOS PARA SERVIDORES DOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO. É inconstitucional o § 1º do art. 82 da Lei Orgânica Municipal de Guaratinguetá, em sua redação original, no que previa isonomia de vencimentos entre servidores públicos dos Poderes Executivo e Legislativo Municipais, por afronta à norma do art. 37, inciso XIII, e, por simetria federativa, do art. 61, § 1º, II, "a", da Constituição Federal.

---

*O acórdão ao qual se refere o inciso IV do art. 194 do Regimento Interno deste Regional está disponiblizado na versão eletrônica da Revista.

138 - INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFO 3º DO ART. 3º DA LEI COMPLEMENTAR N. 1/2011 DO MUNICÍPIO DE ALUMÍNIO. É inconstitucional o disposto no § 3º do art. 3º da Lei Complementar n. 1/2011 do Município de Alumínio, em sua redação original, ao instituir, como subteto para os vencimentos dos professores, a remuneração do Secretário Municipal da Educação/Diretor de Departamento da Prefeitura, por violação ao art. 37, inciso XI, da Constituição Federal, que não admite, explícita ou implicitamente, a fixação de subteto único diferenciado. A remuneração dos servidores públicos municipais está submetida a teto único, consubstanciado no subsídio do prefeito municipal, sendo incompatível com a norma constitucional qualquer regra editada pelo legislador ordinário fixando teto remuneratório diverso.

139 - MUNICÍPIO DE PINDORAMA. ARTIGOS 3º E 4º DA LEI COMPLEMENTAR N. 2.271/2017. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. TRANSPOSIÇÃO DE CARGOS. PROFESSOR DE APOIO PARA PROFESSOR DE ENSINO FUNDAMENTAL I E II. AUSÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO. É inconstitucional o disposto nos arts. 3º e 4º da Lei Complementar n. 2.271/2017 do Município de Pindorama, em sua redação original, no que previa a investidura dos antigos ocupantes do cargo de Professor de Apoio nos cargos de Professor de Ensino Fundamental I e II, por violação ao art. 37, inciso II, da Constituição da República.

140 - LEI COMPLEMENTAR N. 2/2004 DO MUNICÍPIO DE JARDINÓPOLIS. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL E FORMAL. JORNADA SUPLEMENTAR SEM OS EFEITOS CONSTITUCIONAIS PRECONIZADOS PARA A JORNADA EXTRAORDINÁRIA: USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. ARTIGOS 7º, INCISO XVI, E 22, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. São material e formalmente inconstitucionais os §§ 3º e 4º do art. 13 da Lei Complementar n. 2/2004 do Município de Jardinópolis, tal como incluídos pela Lei Complementar Municipal n. 3/2017, por afronta material ao art. 7º, inciso XVI, da Constituição Federal, e por usurpação da competência privativa da União para legislar sobre direito do trabalho, como prevista no art. 22, inciso I, da Constituição Federal.

ATOS NORMATIVOS

ATOS NORMATIVOS

Portaria GP n. 18, de 1º de mar. 2023, DEJT 1º mar. 2023, p. 2-3 (Cad. Adm.)

Atualiza a composição do Comitê de Gestão Participativa do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Portaria GP n. 14, de 27 de fev. 2023, DEJT 28 fev. 2023, p. 1-2 (Cad. Adm.)

Atualiza a composição da Comissão de Acessibilidade e Inclusão do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Portaria GP n. 13, de 13 de fev. 2023, DEJT 14 fev. 2023, p. 1-2 (Cad. Adm.)

Atualiza a composição da Comissão Gestora do Plano de Logística Sustentável - PLS, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Portaria GP n. 12, de 2 de fev. 2023, DEJT 2 fev. 2023, p. 1-2 (Cad. Adm.)

Altera a composição do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas - NUPEMEC-JT, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Portaria GP n. 11, de 27 de fev. 2023, DEJT 28 fev. 2023, p. 2 (Cad. Adm.)

Atualiza a composição do Comitê Gestor Regional do Sistema Integrado de Gestão Orçamentária e Financeira (SIGEO-JT), do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Portaria GP n. 9, de 31 de jan. 2023, DEJT 31 jan. 2023, p. 1-2 (Cad. Adm.)

Atualiza a composição do Comitê Gestor Regional do Trabalho Seguro, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Portaria GP n. 8, de 30 de jan. 2023, DEJT 31 jan. 2023, p. 2 (Cad. Adm.)

Atualiza a composição do Comitê Gestor Regional do PJe, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Portaria GP n. 7, de 25 de jan. 2023, DEJT 26 jan. 2023, p. 1-2 (Cad. Adm.)
Atualiza a composição do Comitê de Erradicação do Trabalho Infantil e de Estímulo à Aprendizagem, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Portaria GP n. 4, de 16 de jan. 2023, DEJT 17 jan. 2023, p. 2 (Cad. Adm.)
Institui o Grupo de Trabalho para Acompanhamento da Destinação de Valores do Acordo entre o MPT e a Pirelli.

Portaria GP n. 3, de 16 de jan. 2023, DEJT 19 jan. 2023, p. 3-4 (Cad. Adm.)
Atualiza a composição da Comissão de Gestão de Teletrabalho, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Portaria GP n. 2, de 16 de jan. 2023, DEJT 19 jan. 2023, p. 5-6 (Cad. Adm.)
Nomeia a Coordenadora-Geral do Laboratório de Inovação e dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região - LIODS/TRT15.

Portaria GP n. 1, de 16 de jan. 2023, DEJT 19 jan. 2023, p. 4-5 (Cad. Adm.)
Atualiza a composição do Comitê Gestor Regional da Inovação, do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Portaria GP-CR n. 3, de 22 de fev. 2023, DEJT 23 fev. 2023, p. 1-2 (Cad. Adm.)
Trata da suspensão de prazos processuais em decorrência do Estado de Calamidade Pública reconhecido em função das chuvas ocorridas no litoral norte do Estado de São Paulo.

Portaria GP-CR n. 1, de 1º de fev. 2023, DEJT 3 fev. 2023, p. 2 (Cad. Adm.)
Suspende os prazos processuais no período de 30 e 31 de janeiro de 2023, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Portaria GP-VPJ-CR n. 1, de 2 de fev. 2023, DEJT 6 fev. 2023, p. 1-2 (Cad. Adm.)
Altera a Portaria GP-VPJ-CR n. 7/2012, que padroniza as rotinas no âmbito do Processo Judicial Eletrônico - PJe - de Primeiro Grau.

Provimento GP-CR n. 1, de 16 de jan. 2023, DEJT 17 jan. 2023, p. 2-4 (Cad. Adm.)

Dispõe sobre a realização das audiências nas unidades judiciárias de 1º grau, no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 13, de 24 de set. 2021, DEJT 28 set. 2021, p. 1-2 (Cad. Adm.) e p. 1 (Cad. Judiciário)

Aprova a Súmula n. 135 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 11, de 8 de set. 2022, DEJT 9 set. 2022, p. 5-6 (Cad. Adm.) e p. 1 (Cad. Judiciário)

Aprova a Súmula n. 136 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 12, de 9 de set. 2022, DEJT 12 set. 2022, p. 9-10 (Cad. Adm.) e p. 1-2 (Cad. Judiciário)

Aprova as Súmulas n. 137 e 138 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 14, de 11 de out. 2022, DEJT 13 out. 2022, p. 3 (Cad. Adm.) e p. 1 (Cad. Judiciário)

Aprova a Súmula n. 139 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 4, de 17 de fev. 2023, DEJT 27 fev. 2023, p. 1-2 (Cad. Adm.) e p. 133-134 (Cad. Judiciário)

Aprova a Súmula n. 140 da Jurisprudência dominante do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

Resolução Administrativa n. 3, de 25 de jan. 2023, DEJT 25 jan. 2023, p. 2-4 (Cad. Adm.)

Institui o trabalho remoto, altera o Ato Regulamentar n. 10/2018, que dispõe sobre o teletrabalho no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, e dá outras providências.

Resolução Administrativa n. 1, de 9 de jan. 2023, DEJT 11 jan. 2023, p. 2-4 (Cad. Adm.)

Regulamenta a prestação de serviço voluntário no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

ÍNDICE

ÍNDICE DO EMENTÁRIO

Ação declaratória

- Ação declaratória de inexistência de ato jurídico. *Querela nullitatis*. Ação rescisória. Dualidade. Concurso eletivo 279

Acidente

- Acidente de percurso causado por terceiro. Transporte não fornecido pelo empregador. Ausência de nexo causal. Equiparação a acidente de trabalho apenas para fins de infortunística. Indenização por danos morais e materiais indevida 279
- Acidente de trabalho. Ônus da prova..... 280

Acordo

- Ação rescisória. Art. 966, inciso III, do CPC. Desconstituição de sentença homologatória de acordo extrajudicial. Inexistência de lide simulada. Arrependimento tardio. Improcedência 279

Adicional

- Adicional de insalubridade. Base de cálculo. Agentes comunitários de saúde. Vencimento ou salário-base. Lei Federal n. 11.350/2006, alterada pela Lei n. 13.342/2016..... 280
- Adicional de insalubridade. Cumulação de percentuais em razão da exposição a agentes insalubres distintos. Impossibilidade..... 281
- Adicional de insalubridade. Grau médio. Exposição do trabalhador a ruídos, sem a devida proteção. Devido 281
- Adicional de insalubridade. Manipulação de solventes contendo hexano 281
- Adicional de insalubridade. Trabalho a céu aberto. Fonte natural de calor. Nova redação do Anexo III da NR-15. Portaria SEPRT 1.359, de 9.12.2019. Improcedente 281
- Direito do trabalho. Cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Impossibilidade..... 289
- Revisão da sentença. Adicional de insalubridade. Ausência de prova efetiva da cessação da condição de nocividade. Improcedência do pedido revisional 284

Administração

- Administração pública. Terceirização de serviços. Responsabilidade subsidiária. Reconhecimento 282

Alçada

- Recurso ordinário. Ação anulatória de Termo de Ajuste de Conduta (TAC). Valor dado à causa pela parte autora e não impugnado pela parte contrária. Valor de alçada. Procedimento da Justiça do Trabalho. Irrecorribilidade da sentença..... 301

Cerceamento

- Cerceamento de defesa. Inexistência. Diligência inútil..... 285
- Cerceamento do direito de fazer prova. Configurado 285

Cláusula normativa

- Tema 1046 do STF. Negociado *x* legislado. 1. A negociação coletiva não é instrumento para aniquilação de direitos trabalhistas historicamente conquistados. 2. Não cabe ao Judiciário promover uma interpretação ampliativa de cláusula coletiva para o efeito de impor a trabalhadoras e trabalhadores retrações de direitos 308

Coisa julgada

- Coisa julgada. Não ocorrência. Acordo homologado em processo anterior com cláusula de quitação geral..... 286

Competência

- Agravo de petição. Revisão de sentença que decide relação jurídica de trato continuado. Competência funcional do juiz da causa originária. Desnecessidade de interposição de ação revisional 283
- Recurso ordinário. Pedido de fornecimento de PPP para fins de aposentadoria especial. Obrigação de natureza trabalhista, oriunda do contrato de trabalho. Autonomia em relação ao eventual uso posterior do documento. Competência da Justiça do Trabalho reconhecida 305

Concurso

- Benefício ajustado em edital de concurso 285

Contrato

- Recurso ordinário. Extinção do contrato de trabalho..... 300

Cooperativa

- Cooperativa de crédito. Sequestro do trabalhador. Indenização devida 287

Corretor de imóveis

- Vínculo de emprego. Corretor de imóveis..... 314

Dano

- Ausência de pagamento de salário por período superior a 3 meses. Dano moral..... 300
- Dano moral configurado. Tratamento constrangedor, desrespeitoso e vexatório à trabalhadora por superior hierárquico. Devida indenização reparatória 287
- Dano social. Prática usual de estímulo a lides simuladas 288
- Indenização por danos materiais. Falecimento de empregado com filhos menores..... 310

Deserção

- Agravo de instrumento em recurso ordinário. Decisão do juiz singular que denega processamento a recurso ordinário por deserção, com fundamento na própria sentença recorrida. Nulidade reconhecida, por incompetência funcional. Ulterior indeferimento da gratuidade pelo relator. Ausência de recurso subsequente. Preclusão. Agravo improvido..... 282
- Recurso ordinário. Deserção. Preparo. Custas processuais. Justiça gratuita. Indeferimento..... 301

Doença

- Doença do trabalho. Laudo negativo quanto ao nexo. Ausência de outras provas. Doença degenerativa. Improcedência do pedido.... 289

- Doença ocupacional não comprovada. Laudo pericial conclusivo pela inexistência de nexo causal 289
- Doença ocupacional. Nexo de causalidade. Ausência. Reparação indevida 290
- Trabalho em região endêmica 310

ECT

- Adicional de Atividade de Distribuição e/ou Coleta externa. Cumulação com o adicional de periculosidade 280
- Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Carteiro motorizado. Cumulação do pagamento do AADC - Adicional Atividade Distribuição e Coleta externa - e do adicional de periculosidade. Possibilidade. Tema Repetitivo n. 15 do TST 291
- Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Coparticipação do empregado no custeio do plano de saúde. Sentença normativa proferida pelo TST no Dissídio Coletivo n. 1000295-05.2017.5.00.0000 291

Execução

- Redirecionamento da execução. Responsabilidade de sócio minoritário 306

Falta ao serviço

- Faltas ao serviço. Ausência de limbo previdenciário. Salários indevidos 300

FGTS

- Atraso no recolhimento do FGTS. Parcelamento da dívida firmado perante a Caixa Econômica Federal em momento anterior à autuação. Nulidade do auto de infração e da penalidade aplicada 285
- Prova dos recolhimentos do FGTS 300

Honorários

- Honorários advocatícios. Beneficiário de justiça gratuita 300

- Honorários sucumbenciais. Isenção ao beneficiário da justiça gratuita. Inconstitucionalidade do § 4º do art. 791-A da CLT. Julgamento plenário do STF na ADI 5766 292

Horas extras

- Horas extras. Labor externo. Art. 62, inciso I, da CLT 293

Jurisdição

- Relação jurídica de trato continuado. Cessação do cumprimento pelo devedor por deliberação própria. Impossibilidade. Cláusula de reserva de jurisdição 284

Justa causa

- Dispensa por justa causa. Validade. Comentário de cunho racista a colega, no local de trabalho. Prova oral positiva da conduta prevista na alínea "j" do art. 482 da CLT 289

- Justa causa 285

- Justa causa. Briga entre funcionários. Configurada 293

- Justa causa. Não comprovação dos requisitos necessários. Reversão 294

- Rescisão por justa causa. Postagem em rede social. Período de licença médica 306

Limite da condenação

- Limitação da condenação ao valor indicado na inicial. Ausência de previsão legal. Negativa da plena prestação jurisdicional 294

Motorista

- Intervalo intrajornada. Ampliação além do limite legal de duas horas. Possibilidade. Motoristas e cobradores 293

- Recurso ordinário. Incompetência da Justiça do Trabalho. Motorista carreteiro autônomo. ADI 3961 e ADC 48/DF. Constatado o cumprimento dos requisitos da Lei n. 11.442/2007. Relação comercial a ser averiguada pela Justiça Comum 302

- Uber do Brasil. Motorista. Relação de emprego reconhecida. Avanços tecnológicos não legitimam o trabalho precarizado. Direitos fundamentais não se vergam diante do poder econômico. Não há privilégio na servidão..... 311

- Uber. Motorista. Relação de emprego. Caracterização 314

Nulidade

- Embargos de declaração do exequente. Matéria de ordem pública. Nulidade processual por negativa de prestação jurisdicional. Reconhecimento de ofício 290

- Nulidade da sentença. Cerceamento de defesa. Dificuldades do advogado para acessar a sala de audiência telepresencial. Configurada 295

- Nulidade processual. Produção de prova pericial. Indeferimento de novos esclarecimentos e de novos quesitos complementares. Cerceamento de defesa. Não configurado..... 296

Obrigação de fazer

- Recurso ordinário. Obrigação de fazer. Astreinte. Ausência de natureza de cláusula penal. Inexistência de limitação legal ao seu valor ou periodicidade 304

- Obrigação de fazer. Prazo de cumprimento. Fazenda pública 305

Pedido líquido

- Pedido líquido. Condenação em valor superior ao pleiteado. Julgamento *ultra petita* 291

Perícia

- Perícia. Componente probatório. Valoração do juiz. *Judex peritus peritorum* 296

Petição inicial

- Petição inicial. Cumulação eventual de pedidos 304

- Recurso ordinário. Interpretação do pedido inicial. Desconsideração de eventuais falhas ou omissões na argumentação da parte autora. Aproveitamento da peça de ingresso 304

Ponto facultativo

- Ponto facultativo. Atividade "essencial". Pagamento dobrado devido 297

Prescrição

- Prescrição de ofício. Não afronta ao princípio da proteção. Compatibilidade com o processo do trabalho. Precauções 298

Procedimento sumaríssimo

- Procedimento sumaríssimo. Acórdão consistente em certidão de julgamento. Omissão ou negativa de prestação jurisdicional. Não configuração 298

Prova

- Produção de prova oral. Indeferimento. Pertinência da prova. Cerceamento de defesa 298
- Prova da insuficiência de recurso. Declaração da parte ou de seu advogado com poderes específicos. Situação de penúria 299
- Prova dividida não existe como instituto processual e, portanto, não é uma regra de julgamento 299
- Prova. Solidez indispensável. Condição para observância do princípio do livre convencimento..... 280

Recuperação judicial

- Empresa em recuperação judicial. Dispensa do pagamento de custas para recorrer 292

Relação de emprego

- Vínculo empregatício. Necessidade da presença concomitante dos pressupostos do art. 3º da CLT. Não configuração 314

Rescisão

- Desconto na rescisão. Empréstimo consignado. Limite legal. Validade 288

Responsabilidade

- Responsabilidade subsidiária. Terceirização. Administração pública 307

Revogação de lei

- Gratificação salarial. Cessação por ordem do Tribunal de Contas do Estado. Efeito não vinculante perante o Poder Judiciário 302

- Município de Penápolis. Vale alimentação ou vale cesta básica, da Lei Municipal n. 442/1995 e suas alterações posteriores. Cessação do fornecimento a empregado aposentado por invalidez, a partir da vigência da Lei Municipal n. 2.343/2019. Contrato de trabalho iniciado anteriormente à lei revogadora. Possibilidade. Prevalência do entendimento da Súmula Vinculante n. 55 do STF como reconhecida nas duas Turmas do STF. Recurso da parte reclamante não provido 295

- Recurso ordinário. Empregada municipal. Gratificação salarial recebida por largo período. Ulterior revogação da norma que a previa. Inaplicabilidade à reclamante. Princípios da segurança jurídica e da boa-fé 301

Singularidade do processo

- Singularidade do processo. Incomparabilidade com provas produzidas noutras demandas. Convencimento específico do juiz no caso em questão. Devido processo legal 307

Sucessão empresarial

- Sucessão empresarial. Ausência de solução de continuidade da prestação de serviços. Configuração 308

Terceirização

- Terceirização. Responsabilidade do contratante tomador de serviços 310

ÍNDICE ONOMÁSTICO*

ÁBILE, José Carlos
- Cerceamento de defesa 285
- Concurso 285
- Justa causa 285
- Prova FGTS 300
- Prova penúria 299
- Recuperação judicial 292

AGUIAR, Fábio Bueno de
- Doença do trabalho 289

ALMEIDA FILHO, Roberto Nobrega de
- Justa causa 289
- Lei revogada município 295

ANJOS, Alexandre Vieira dos
- Contrato de trabalho 300
- Dano moral 300
- Falta ao serviço 300
- Honorários advocatícios 300

AZEVEDO, Dagoberto Nishina de
- Acidente de trabalho 280
- Doença ocupacional 289

*Para facilitar e enriquecer a consulta, optou-se pelo índice onomástico acrescido do título em relação aos artigos, identificados como tais, e dos assuntos em relação às demais seções.

- Perícia 296
- Procedimento sumaríssimo 298
- Prova solidez 280
- Responsabilidade subsidiária 307
- Singularidade do processo 307
- Terceirização 310

BARBOSA, Mafalda Miranda

- Os desafios do teletrabalho ao regime da responsabilidade por acidentes de trabalho: breve reflexão (artigo) 189

CASAGRANDE, Vinicius Magalhães

- O sistema de precedentes judiciais para a segurança jurídica das decisões (artigo) 55

CÉSAR, João Batista Martins

- Execução sócio minoritário 306
- Justa causa 293
- Nulidade 295

COCA, Eleonora Bordini

- Ação declaratória 279

COOPER, Fábio Allegretti

- Alçada 301
- Honorários sucumbenciais 292

FELICIANO, Guilherme Guimarães

- A proteção brasileira de dados pessoais nas relações de trabalho: síntese de uma abordagem crítico-construtiva de base principiológica e humanista (artigo) 131

FERREIRA, Estêvão Fragallo

- Uberização do trabalho na América Latina: análise da (des) proteção normativa dos entregadores de aplicativo no Brasil e México (artigo) 255

FERREIRA, Otávio Bruno da Silva

- Uberização do trabalho na América Latina: análise da (des) proteção normativa dos entregadores de aplicativo no Brasil e México (artigo) 255

FERREIRA, Paulo Augusto

- Adicional de insalubridade 280, 281

JANON, Renato da Fonseca

- O complexo de Argos: os limites da prova digital de geolocalização (artigo) 93

LEVY, Paula Araújo Oliveira

- As recentes decisões do STF sobre a prevalência dos requisitos formais da relação jurídica como fator de definição de competência material (artigo) 67

LIMA, Samuel Hugo

- Discurso de posse do Exmo. Desembargador Presidente do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região 25
- Pedido líquido 291
- Plano de saúde ECT 291
- Prescrição 298

LOCKMANN, Ana Paula Pellegrina

- Doença ocupacional 290
- Nulidade 296

MACHADO, João Alberto Alves

- Acidente de percurso 279

MARINONI, Luiz Guilherme

- A revisão da decisão proferida no IRDR (artigo) 35

MOREIRA, Teresa Coelho

- Tecnologias disruptivas e a proteção do trabalho humano (artigo) 223

NASR, Luciana Mares

- Deserção 282

OLIVEIRA, José Antônio Gomes de

- Corretor de imóveis 314

PELEGRINI, Edison dos Santos

- Ação rescisória acordo 279

PISTORI, Gerson Lacerda

- Adicional de insalubridade 281

QUERIDO, Danilo Eduardo

- O banco de horas pactuado por meio de acordo individual de trabalho: uma violação frontal ao texto constitucional brasileiro e a tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil (artigo) 173

RAFAEL, Luis Henrique

- Adicional de insalubridade 281
- Dano moral 287
- Justa causa 294
- Relação de emprego 314
- Rescisão 288

RODRIGUES, Laura Bittencourt Ferreira

- Danos materiais 310
- Região endêmica doença 310

SANT'ANNA, Renato Henry

- Deserção 301

SANTISO, Susana Graciela

- Nulidade processual 290

SANTOS, Erodite Ribeiro dos

- Adicional ECT 291

SANTOS, Lorival Ferreira dos

- Adicional ECT 280
- Administração pública 282
- Cerceamento de defesa 285
- Produção de prova 298

SILVA, João Batista da

- Adicional de insalubridade 284
- Competência 283, 305
- Cooperativa de crédito 287
- Gratificação salarial 302
- Jurisdição 284
- Lei revogada município 301
- Obrigação de fazer multa 304
- Obrigação de fazer prazo 305
- Pedido inicial 304
- Petição inicial 304

SIVERS, Eder

- Justa causa 306

SOARES, Pollyana Esteves

- Uberização do trabalho na América Latina: análise da (des) proteção normativa dos entregadores de aplicativo no Brasil e México (artigo) 255

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz

- Cláusula coletiva 308
- Coisa julgada 286
- Dano social 288
- Limite da condenação 294
- Motorista 311
- Ponto facultativo 297
- Prova dividida 299

SOUZA, José Pedro de Camargo Rodrigues de

- Motorista 302

STORER, Luciane

- Adicional de insalubridade 281
- Cumulação de adicionais 289
- Intervalo motoristas e cobradores 293

TAVEIRA, Orlando Amâncio

- Horas extras 293
- Sucessão empresarial 308

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos

- Atraso FGTS 285
- Motorista 314

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO

- Atos normativos 319
- Súmulas 315

NORMAS PARA SUBMISSÃO E PUBLICAÇÃO

A **Revista do Tribunal** tem periodicidade semestral, sendo composta de uma abertura e de um corpo principal formado pelas seções: **Seção Especial**; **Artigos**, que é subdividida nas subseções Doutrina Nacional, Doutrina Internacional e Trabalhos do Meio Científico; **Jurisprudência**, que contém seleção de ementas, súmulas e teses prevalecentes do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região no período; **Atos Normativos**, que elenca as principais normas editadas pelo Tribunal, também durante o semestre.

A **Seção Especial** destaca discursos e palestras proferidos no Tribunal ou em eventos por ele patrocinados.

A seção **Artigos** compõe-se de artigos técnicos, de reflexão teórica, ou relatos de pesquisas e experiências profissionais. A subseção Trabalhos do Meio Científico destina-se à publicação de resenhas de pesquisas em andamento ou recém-concluídas no meio acadêmico, dissertações e teses, contendo descrição do tema de estudo, objetivos, métodos e técnicas de investigação, resultados, principais conclusões e outras informações pertinentes.

A seleção de trabalhos para a publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista. Os artigos encaminhados à Revista serão enviados, sem identificação do autor, para exame de pareceristas, que recomendarão ou não a sua publicação. A publicação dos artigos ocorre conforme a aprovação e priorização dos textos pelo Conselho Editorial. Eventualmente, os trabalhos com sugestões de alterações, de acordo com as recomendações do seu Conselho Editorial ou dos pareceristas, poderão ser submetidos ao autor, que delas terá ciência para manifestação, e caso não haja nenhuma objeção, serão consideradas aprovadas dentro do prazo de dez dias. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do conteúdo editorial. Serão priorizados os artigos inéditos. Não serão devolvidos aos seus autores os originais dos trabalhos, quer tenham sido publicados ou não.

As opiniões emitidas pelo autor em seu trabalho são de sua exclusiva responsabilidade, não representando, necessariamente, o pensamento do TRT da 15ª Região.

O envio de conteúdo editorial para a publicação na **Revista do Tribunal** implica automaticamente em autorização do autor para a futura e eventual publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico. A remessa ou publicação dos trabalhos não acarretará direitos autorais ou qualquer remuneração a seus autores. Como contrapartida pela cessão, o autor receberá quatro exemplares da Revista impressa onde publicado o conteúdo editorial de sua autoria. A **Revista** fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às Normas de Publicação.

ELABORAÇÃO DOS TRABALHOS

Pela natureza da publicação, os artigos deverão ter um mínimo de sete laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques) e não deverão exceder vinte laudas, incluindo notas de rodapé e referências, redigidos em português, observando a ortografia oficial, **com exceção** dos artigos enviados para a publicação em Doutrina Internacional. Os parágrafos devem ser justificados, com recuo de 2cm na primeira linha, com títulos e subtítulos em caixa alta e centralizados, e devem ter entrelinha

1,5cm. As margens superior e inferior devem ser configuradas com 2cm e as laterais com 3cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4 e a fonte a ser utilizada Times New Roman, corpo 12. O sistema de chamada utilizado é o Autor-data. Tabelas, figuras e quadros deverão ser elaborados e enviados em arquivo próprio e inseridos, no devido local, no corpo do texto.

Os artigos deverão conter, com destaque, no início do texto: resumo de até cem palavras e palavras-chave (de três a cinco palavras).

Visando ampliar a divulgação, os artigos conterão título, resumo e palavras-chave em inglês, elaborados preferencialmente pelo autor. Caso necessário, a **Revista** providenciará a inserção.

O envio do material deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: **revistadotribunal@trt15.jus.br**. De modo alternativo, recebemos arquivos em CD-ROM ou *pen drive*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

Para que os artigos possam ser enviados para a apreciação sem a identificação do autor, deverão ser precedidos por uma página, da qual se fará constar: título do trabalho e nome do autor. Ao lado do nome do autor deverá constar o símbolo "*" e, no rodapé da página, após o símbolo "*", breve *curriculum* com o nome do autor, a situação acadêmica, os títulos, as instituições às quais pertença e a principal atividade exercida, o endereço completo para correspondência, telefone, *e-mail* e a relação da produção intelectual. Esta lauda será separada do artigo antes de ser enviada ao parecerista.

Caso o artigo tenha sido divulgado anteriormente em eventos públicos (congressos, seminários etc.) ou se tratar de trabalho acadêmico de conclusão de um curso ou pesquisa, também deverá ser feita referência ao evento, curso ou pesquisa no rodapé da primeira lauda. Se o artigo for referente a resultados de pesquisa, ou envolver seres humanos, deverá ser acompanhado das devidas autorizações.

Trabalhos do Meio Científico: o texto deve estar redigido com no máximo vinte e cinco laudas. Deve ser indicado, na primeira lauda, além do solicitado no parágrafo anterior, qual o tipo de trabalho, a área de conhecimento, a instituição de ensino e o nome do professor orientador, se for o caso.

A Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas, da Escola Judicial, que assessora o Conselho Editorial da **Revista do Tribunal**, procederá às necessárias revisões gramaticais e alterações de ordem editorial (normalização bibliográfica), e à adequação dos trabalhos a serem publicados às normas disciplinadas pela ABNT, caso necessário.

Agradecimentos e auxílios recebidos pelo autor podem ser mencionados ao final do artigo, antes das Referências.

Endereço para a correspondência:
Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região
Seção de Pesquisa e Publicações Jurídicas
Rua Barão de Jaguara, 901 - 5º andar - Centro - Campinas/SP - CEP 13015-927
Telefone: (19) 3236-2100 ramal 2040 | *e-mail*: revistadotribunal@trt15.jus.br

NORMS FOR SUBMISSION AND PUBLICATION

The **Revista do Tribunal** is published every six months, consisting of an opening and a main body formed by the sections: **Special Section**; **Articles**, which is subdivided into the subsections National Doctrine, International Doctrine and Works of the Scientific Environment; **Jurisprudence**, which contains the selection of syllabus, judicial precedents and prevailing theses of the Regional Labor Court of the 15th Region in the period; **Normative Acts**, which lists the main rules issued by the Court, also during the semester.

The **Special Section** highlights speeches and lectures given at the Court or at events sponsored by it.

The **Articles** section is made up of technical articles, of theoretical reflection, or reports of research and professional experiences. The subsection Scientific Papers is intended for the publication of reviews of research in progress or recently concluded in the academic environment, dissertations and theses, containing a description of the subject of study, objectives, methods and techniques of investigation, results, main conclusions and others pertinent information.

The selection of works for publication is the responsibility of the Editorial Board of the Magazine. The articles sent to the Journal will be sent, without identifying the author, for review by referees, who will recommend or not their publication. The articles are published according to the approval and prioritization of the texts by the Editorial Board. Eventually, the works with suggestions for changes, according to the recommendations of its Editorial Board or of the referees, may be submitted to the author, who will be aware of them for manifestation, and if there is no objection, they will be considered approved within the term of ten days. The identity of those responsible for analyzing the editorial content will not be informed. Unpublished articles will be prioritized. The originals of the works will not be returned to their authors, whether they have been published or not.

The opinions expressed by the author in his work are his exclusive responsibility, and do not necessarily represent the thinking of the TRT of the 15th Region.

Sending editorial content for publication in **Revista do Tribunal** automatically implies authorization by the author for future and eventual publication or distribution in printed or electronic media. The sending or publication of the works will not result in copyright or any remuneration to their authors. In return for the assignment, the author will receive four copies of the printed magazine where the editorial content of his authorship is published. The Journal is authorized to make changes and corrections to adapt the text to the Publication Standards.

PREPARATION OF WORKS

Due to the nature of the publication, the articles must have a minimum of seven pages (each page must have 2,100 touches) and must not exceed twenty pages, including footnotes and references, written in Portuguese, observing the official spelling, **with the exception** of the articles sent for publication in International Doctrine. Paragraphs must be justified, with a 2cm indentation in the first line, with titles and subtitles in uppercase and centralized, and must have a

1.5cm between the lines. The top and bottom margins must be set at 2cm and the sides at 3cm. The formatting of the paper size must be A4 and the font to be used Times New Roman, body 12. The calling system used is the Author-data. Tables, figures and charts must be prepared and sent in a proper file and inserted, in the appropriate place, in the body of the text.

The articles should contain, with emphasis, at the beginning of the text: abstract of up to one hundred words and keywords (three to five words).

In order to expand the dissemination, the articles will contain title, abstract and keywords in English, preferably prepared by the author. If necessary, the **Revista** will provide the insertion.

The material must be sent by electronic mail to the address: **revistadotribunal@trt15.jus.br**. Alternatively, we receive files on CD-ROM or thumb drive. The use of a Microsoft Word processor is recommended. If another processor is used, the files must be written in RTF format (common to all word processors).

In order for articles to be sent for review without identifying the author, they must be preceded by a page, which will include: title of the work and name of the author. Next to the author's name, the symbol "*" must appear and, at the bottom of the page, after the symbol "*", a brief *curriculum* with the author's name, academic status, titles, institutions to which he belongs and the main activity performed, full address for correspondence, telephone, e-mail and list of intellectual production. This page will be separated from the article before being sent to the referee.

If the article has previously been published at public events (congresses, seminars etc.) or if it is academic work to conclude a course or research, reference should also be made to the event, course or research at the bottom of the first page. If the article refers to research results, or involves human beings, it must be accompanied by the appropriate authorizations.

Scientific works: the text must be written with a maximum of twenty-five pages. In the first page, in addition to what was requested in the previous paragraph, the type of work, the area of knowledge, the educational institution and the name of the supervising professor, if applicable, must be indicated.

The Legal Research and Publications Section of the Judicial School, which advises the Editorial Board of **Revista do Tribunal**, will carry out the necessary grammatical revisions and editorial changes (bibliographic standardization), and the adaptation of the works to be published to the rules disciplined by ABNT, necessary case.

Acknowledgments and assistance received by the author can be mentioned at the end of the article, before the References.

Mailing address:
Regional Labor Court of the 15th Region
Judicial School of the Regional Labor Court of the 15th Region
Research and Legal Publications Section
Rua Barão de Jaguara, 901 - 5th floor - Centro - Campinas / SP - CEP 13015-927
Telephone: (19) 3236-2100 ext. 2040 | e-mail: revistadotribunal@trt15.jus.br