

THEMISRevista

Volume 05 • Número 09 • Jul-Dez 2024

JURÍDICA



REVISTA DE
PESQUISA
CIENTÍFICA

THEMIS REVISTA

Jurídica

Volume 05

Número 09

Julho - Dezembro 2024

Fadac

Sociedade Educacional Ltda.

THEMIS REVISTA JURÍDICA - ISSN 2763-8243 | ISSN-e 2763-8243

DOI: doi.org/10.55386/themis

Volume 05 - Número 09

Julho - Dezembro 2024

CONSELHO EDITORIAL

Editor-chefe: Prof. Dr. Paulo Cesar Baria de Castilho

Editor-adjunto: Prof. Dr. João Paulo Vani

Secretária adjunta: Larissa Rodrigues Serafim da Silva

Revisão de texto: Maria Clara Gonçalves Muanis

Produção gráfica: Grupo Editorial HN

CONSELHO CIENTÍFICO - BRASIL

Prof. Dr. Gentil de Faria

Prof. Dr. José Roberto Castro Neves

Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida

Prof. Dr. José Affonso Dallegre Neto

CONSELHO CIENTÍFICO - EXTERIOR

Prof. Dr. João Leal Amado (Portugal)

MANTENEDORA

Fadac Sociedade Educacional Ltda.

Av. José Munia, nº 5535, Sala 104, Jd. Redentor

15085-340 – São José do Rio Preto – SP

CNPJ 30.921.021/0001-00

THEMISRevista
JURÍDICA

REVISTA DE
PESQUISA
CIENTÍFICA

PREFÁCIO

Chegamos ao final do ano com mais um volume da *Themis Revista Jurídica*. A marca desta edição foi o volume recorde de artigos que foram submetidos à apreciação de nossos pareceristas, o que reforça o prestígio que este importante canal de pesquisa científica e acadêmica vem despertando em nossa comunidade jurídica.

Os vários artigos desta nova edição vieram de várias partes do país, o que revela o poder de divulgação da rede mundial de computadores e dos nossos queridos articulistas, que trataram de assuntos relacionados aos Direitos Humanos, Direito Tributário, Trabalho, Civil, Administrativo, Constitucional, Direito e Literatura, Hermenêutica, Processo do Trabalho, dentre outros.

Vários deles tratam da interdisciplinaridade, tema muito caro à vida acadêmica e profissional, uma vez que não existe um “direito estanque”, mas que, por tratar da incidência da norma sobre a vida humana, abarca vários aspectos da sociedade que sofrerão os impactos da interpretação normativa.

Este é mais um volume que ficará à disposição dos alunos da Faculdade Themis, tanto aqueles da graduação, quanto da pós-graduação, dado o elevado interesse dos temas aqui tratados.

Esperamos que nossa comunidade jurídica receba este volume com a mesma calorosa acolhida dos demais.

Boa leitura a todos!

Prof. Dr. Paulo Cesar Baria de Castilho

Editor-chefe

SUMÁRIO

Tributação e redistribuição de riqueza na perspectiva jurídica da fraternidade <i>Fernanda de Holanda Paiva Nunes</i> <i>Joedson de Souza Delgado</i>	7
O dano moral trabalhista nas lentes do STF <i>José Affonso Dallegrave Neto</i>	29
Limbo jurídico trabalhista previdenciário <i>Milton Vasques Thibau de Almeida</i>	71
A (a)tipicidade do contrato <i>built to suit</i> <i>Dyeinnize Della Jacoma</i> <i>Marcelo José Boldori</i>	103
Harmonização entre privacidade e transparência: a interação entre a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação (LAI) no contexto jurídico brasileiro <i>JacFrancine Gulicz</i> <i>Marcelo José Boldori</i>	119
A hermenêutica dos Direitos Humanos: integração entre as fontes internacionais e nacionais <i>Fernando Antônio de Lima</i>	147
Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e Refugiados na nova modernidade líquida <i>Roberta Soares da Silva</i> <i>Helga Alessandra Barroso Verbickas</i>	167

“Pejotização” e Terceirização: análise a partir da decisão do STF acerca da legalidade da terceirização da atividade-fim <i>Alex Dylan Freitas Silva</i> <i>Regiane Pereira Silva da Cunha</i> <i>Frederico Santiago de Mendonça</i>	191
Indenização por acidente de trabalho e a consolidação do novel entendimento do Tribunal Superior do Trabalho <i>Hélio Grasselli</i>	215
Aspectos tributários do Marco Legal das Garantias – economia para instituições financeiras e maior fomento ao crédito nacional <i>Rafael Spínola Castro</i> <i>Thaylan Granzotto</i>	227
Erro, ação desarrazoada e injustiça: decifrando os enigmas de “Édipo Rei” a partir das leituras de Knox, Foucault e Lévi-Strauss <i>André Gardesani</i>	249
Depoimento da parte e ônus da prova como regra de julgamento na chamada prova “dividida” <i>Júlio César Bebber</i>	281
Normas para publicação na Revista Themis	303

TRIBUTAÇÃO E REDISTRIBUIÇÃO DE RIQUEZA NA PERSPECTIVA JURÍDICA DA FRATERNIDADE

Taxation and redistribution of wealth from legal perspective of the fraternity

Fernanda de Holanda Paiva Nunes¹
Joedson de Souza Delgado²

ÁREA: Direito tributário. Direitos humanos.

RESUMO: O princípio jurídico da fraternidade exige o estabelecimento de uma política de ajuda mútua e redistribuição, que deve ser tão igualitária e elevada quanto possível (desde que o princípio da dignidade humana e da igualdade de liberdades não sejam violados). Diante desse cenário, as políticas fraternas de tributação e redistribuição não tencionam encolher a desigualdade – embora seja um objetivo louvável –, mas objetivam diminuir o sofrimento dos mais necessitados, garantindo, ao mesmo tempo, que todos tenham formas concretas de viver com dignidade. O artigo discorre sobre a relação entre a tributação e o desenvolvimento econômico-social e, ao mesmo tempo, apresenta o papel da tributação na justiça distributiva, abrindo oportunidades para mudar a situação que cria a desigualdade. A estratégia metodológica é dedutiva, baseada em pesquisa bibliográfica, que aqui é utilizada na análise de literatura, comparando conceitos, classificações e diferenças. É possível aferir que uma abordagem fraterna à tributação e à redistribuição de riqueza reconhece não só a importância da eficiência econômica, mas também a necessidade de solidariedade e justiça social na construção de uma sociedade mais justa e mais inclusiva.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da fraternidade. Redistribuição de riqueza. Tributação.

ABSTRACT: The legal principle of fraternity requires the establishment of a policy of mutual assistance and redistribution, which must be as egalitarian and high as possible (provided that the principle of human dignity and equal freedoms are

¹ Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT). Bacharela em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Advogada. E-mail: fernandanunes3@hotmail.com

² Doutorando em Direito na Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Servidor público federal. E-mail: joedson.delgado@hotmail.com

not violated). Given this scenario, fraternal taxation and redistribution policies do not intend to reduce inequality – although it is a laudable objective – but aim to reduce the suffering of those most in need, while ensuring that everyone has concrete ways of living with dignity. The article discusses the relationship between taxation and economic-social development and, at the same time, presents the role of taxation in distributive justice, opening opportunities to change the situation that creates inequality. The methodological strategy is deductive, based on bibliographical research, which is used here in literature analysis, comparing concepts, classifications, and differences. It is possible to conclude that a fraternal approach to taxation and wealth redistribution recognizes not only the importance of economic efficiency, but also the need for solidarity and social justice in building a fairer and more inclusive society.

KEYWORDS: Principle of fraternity. Redistribution of wealth. Taxation.

SUMÁRIO: Introdução. 2. Tributação e desenvolvimento econômico-social. 2.1 Elemento da tributação no desenvolvimento econômico-social. 2.2 Incentivos fiscais e seus reflexos no desenvolvimento econômico-social e na justiça fiscal. 3. Justiça distributiva e tributação. 3.1 Análise do direito tributário sob a perspectiva da justiça fiscal. 3.2 Tributação e desigualdade. 4 O que pode ser alterado neste estado de coisas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O Estado Social enfrenta constantemente os dilemas típicos da justiça distributiva, que são tão ou mais complexos que os da justiça restaurativa, determinando a forma como os recursos escassos são distribuídos dentro e fora do mercado. No *Welfare State*, mais ou menos eficiente, desenvolvido ou não, o direito indica, em última análise, as regras do jogo para a produção e circulação de bens e serviços numa perspectiva macroscópica.

O artigo parte dos pressupostos adotados na fraternidade, em que a tributação e a redistribuição de riqueza implicam não apenas os aspectos econômicos, mas também os valores de solidariedade, justiça e compaixão. Se existe de fato uma ligação entre solidariedade e fraternidade, as duas não se confundem, uma vez que o reconhecimento jurídico do princípio da fraternidade não conduz às mesmas consequências que o reconhecimento jurídico do princípio da solidariedade.

À luz desse contexto, o objetivo geral deste artigo é discorrer sobre a relação entre a tributação e o desenvolvimento econômico-social e, ao mesmo tempo, apresenta o papel da tributação na justiça distributiva, abrindo

oportunidades para mudar a situação que cria a desigualdade. Pretende-se discutir em que medida a tributação e a redistribuição da riqueza, a partir de uma perspectiva fraterna, exigem que todos tenham consciência da oportunidade que lhes é oferecida para ajudar os outros e, de forma mais geral, exigir que a riqueza seja redistribuída de uma determinada forma para alcançar um fim específico.

A estratégia metodológica é dedutiva, baseada em pesquisa bibliográfica, que é utilizada na análise de literatura, comparando conceitos, classificações e diferenças. A hipótese da pesquisa é que o princípio da fraternidade deverá desempenhar um papel mais importante do que antes, especialmente se for entendido, tal como o princípio da liberdade e da igualdade, como um princípio constitucional estrutural. Ademais, a fraternidade aplicada à tributação, além de maximizar a eficiência econômica, visa, também, garantir que todos os membros da sociedade tenham oportunidades justas e acesso a um padrão de vida digno.

Neste artigo, serão estudadas as principais funções que a fraternidade pode cumprir em políticas de desenvolvimento voltadas para a redução da pobreza e da desigualdade. A finalidade é compreender que o princípio da fraternidade exige, em um sistema liberal, o estabelecimento de mecanismos de assistência em que o sistema jurídico, econômico e social seja construído de tal forma que os mais necessitados não estejam em desvantagem.

Defende-se que a fraternidade os exorta a estabelecer uma sociedade que esteja constantemente focada na melhoria da situação dos mais necessitados, além de garantir um certo limiar de suficiência para todos. Por consequência, assegurará ganhos de equidade, isto é, melhorias qualitativas nos índices de desigualdade e pobreza e, com isso, contribuirá para o desenvolvimento e, conseqüentemente, para a fraternidade.

2. TRIBUTAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO-SOCIAL

É importante que as disposições da política fiscal do Estado sejam compatíveis com a estrutura da sociedade e que a confiança política da sociedade no Estado seja assegurada. Uma boa política fiscal deve promover o

desenvolvimento econômico-social, ter um impacto positivo na distribuição do rendimento, monitorizar e compreender automaticamente as mudanças nos rendimentos, despesas e riqueza, ser suficientemente justa e eficiente para garantir o financiamento necessário aos serviços públicos.

Se algumas classes e grupos sociais sofrerem mais severamente as obrigações impostas aos cidadãos pela política fiscal implementada pelo Estado, a distribuição de rendimentos entre os indivíduos e a paz social serão perturbadas. Isso acontece porque os grupos que sentem ou pensam sobre responsabilidade fiscal mais elevada podem voltar-se contra o Estado e outras classes. Se não for possível garantir a equidade da tributação para os contribuintes, o sucesso desejado não poderá ser alcançado através dos meios legais e administrativos necessários. Portanto, é necessário conhecer e eliminar os motivos que afetam negativamente a psicologia do contribuinte e causam relutância em pagar impostos.

2.1 Elemento da tributação no desenvolvimento econômico-social

A tributação é fator chave no desenvolvimento econômico-social e pode manifestar-se de forma positiva ou negativa. Pode-se dizer que a tributação é um fator negativo, uma externalidade negativa, quando é considerada custo de transação para quem paga, para os consumidores e empreendedores (geradores de riquezas). Impacta na formação dos preços, na produção e circulação de mercadorias/serviços. Assim, direta ou indiretamente, a tributação influencia no consumo, na disposição da qualidade de vida dos contribuintes, considerando a Análise Econômica do Direito em sua perspectiva de busca da minimização das perdas e/ou da maximização de ganhos.

A tributação deve ser levada em consideração no planejamento de desenvolvimento social, nos programas de atividades econômicas e gestão de resultados, tanto nos setores públicos quanto nos privados. Por representar custo, impacta no crescimento econômico, no direcionamento de investimentos empresariais, nas alocações de recursos, levando em consideração a escassez de recursos.

A principal razão da existência de um Estado é a prestação de serviços públicos adequados à sociedade que o forma, o que dá o direito de receber o

pagamento por esse serviço da mesma sociedade como uma obrigação pública. Embora tal situação dê ao Estado autoridade para tributar, para os contribuintes, o imposto, apesar de tudo, cria uma diminuição significativa do seu rendimento disponível e do seu patrimônio, sem compensação e com força legal.

A tributação também pode ser considerada como um fator positivo para a formação da justiça social, para redistribuição de renda, embora “justiça social” seja um termo de difícil conceituação jurídica, pois, por vezes, implica contextualização de casos específicos, para pessoas ou grupos beneficiados – por necessidade de ações afirmativas estatais, de assistencialismo ou de concessão de subsídios que desonerem os custos para estímulo de determinadas atividades produtivas. A tributação, portanto, é um fator econômico-social, com efeito, extrafiscal, até metafísico, pela realização de justiça social.

Em estudo acerca da equidade e progressividade na tributação brasileira, Paulo Caliendo (2018) faz algumas críticas referentes ao posicionamento de alguns autores, a exemplo de Thomas Piketty (2014), que incluem o tributo no centro dos problemas sociais, deixando de abordar o tributo como um custo – uma questão técnica de mercado –, para considerar ser ele um fator “político e filosófico” (entendimento de Piketty). Assim, o tributo serviria para redistribuição de renda, em uma finalidade social, sem levar em conta outros fatores como (des)estímulo ao trabalho e (des)estímulo à acumulação de capital e poupança, o que garantiria desenvolvimento social.

Caliendo (2018, p. 206) afirma que, nos argumentos, Piketty mescla questões econômicas e de utilidade social com “moralismo contra os mais ricos” e que a tributação sobre o patrimônio não representa, segundo o autor, um bom instrumento de redistribuição de renda, por não verificar com precisão a diferença econômica entre dois contribuintes, nem qual a linha de base de redistribuição e o quanto deveria ser redistribuído.

Para reduzir a desigualdade, a progressividade e a centralidade da tributação do capital não seriam o único motivo a considerar, mas outros fatores econômicos e de desenvolvimento são igualmente importantes ou ainda mais importantes do ponto de vista do desenvolvimento social e da redução da desigualdade: “pelo menos três variáveis impactam tanto ou mais que a

tributação progressiva: a redução da inflação, a redução dos juros, os entraves ao empreendedorismo” (Caliendo, 2018, p. 206).

Com viés político, o estudo das preferências que levam a escolhas pode ser encontrado na Análise Econômica do Direito, principalmente na vertente da *public choice* (escolha coletiva ou escolha pública), na qual a tributação é considerada uma escolha pública. Este viés da *Law and Economics* exige a consideração dos fenômenos coletivos, entendendo que os agentes individuais agem racionalmente e buscam alcançar seus próprios interesses (Mackay; Rousseau, 2020).

Diante da escolha pública, as ações dos governos agem com preocupação com os votos que atendem os interesses de determinados grupos ou indivíduos, como grupos de pressão e burocratas, vistos como participantes do processo político, e não da sociedade — portanto, significa afastar-se dos valores reais da democracia (Monteiro, 2007). Assim, os governos comprometem-se com metas de carga tributária e de capacidade fiscal de longo prazo, que priorizem o interesse público e se concentrem em metas de curto prazo que gerem votos.

A possibilidade de as escolhas de política fiscal e as alterações legislativas serem influenciadas pelos interesses políticos e econômicos de determinados indivíduos ou grupos significa que, devido ao aumento dos custos sociais e do poder estatal, deve ser dada muita atenção às medidas de apoio estatal. Embora os serviços públicos prestados pelo governo beneficiem certos grupos, os impostos geralmente impõem custos à sociedade como um todo. Portanto, o limite político da capacidade fiscal pode mudar de acordo com os diferentes interesses do governo.

Os impostos são as ferramentas mais importantes dos governos políticos para alcançar os seus objetivos econômicos e políticos. Segundo Delgado e Borges (2022), o imposto é principalmente uma expressão da política governamental.

Um partido que quer permanecer no poder geralmente quer tomar decisões que não ponham em risco o seu futuro político, cortando os impostos existentes ou introduzindo um novo imposto. Portanto, os primeiros períodos de força são momentos favoráveis para isso. Por outro lado, as eleições aproximam-se de períodos em que os impostos não são aumentados ou

mesmo reduzidos devido às preocupações eleitorais. Por outra perspectiva, uma vez que a sociedade está habituada a impostos antigos, os governos políticos geralmente preferem fazer alterações na estrutura dos impostos antigos em vez de introduzir novos impostos.

2.2 Incentivos fiscais e seus reflexos no desenvolvimento econômico-social e na justiça fiscal

Pompeu e Carneiro Jr. (2018), em abordagem jurídico-social, consideram que a tributação é justificada para manutenção da liberdade e da dignidade humana, pois representa o custeio de um poder central que assegura a ordem, o desenvolvimento da sociedade e o crescimento econômico. Os autores explicam, em concepção macroeconômica, que a tributação representa dignidade humana na redistribuição de riqueza, para proporcionar uma vida digna ao indivíduo e a sua família — com vistas a erradicar as desigualdades, tal como determina a Constituição Federal brasileira nos seus objetivos previstos no art. 3º, e como direciona a Organização das Nações Unidas na disposição dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável até o ano de 2030.

No mesmo sentido, Rossignoli e Saneshina (2017) afirmam que as normas constitucionais são atualmente consideradas cogentes e autoaplicáveis, devendo ser obedecidas imediatamente, principalmente quanto ao objetivo previsto no artigo 3º, III, da Constituição Federal: “III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (Brasil, 1988, s.p.). Para tanto, os autores sugerem que o sistema tributário deve ser efetivamente estabelecido de acordo com a capacidade contributiva e pela progressividade, para diminuição das desigualdades sociais.

O Estado deve ser, segundo Pompeu e Carneiro Jr. (2018), um financiador de recursos indispensáveis à dignidade humana (pela solidariedade social). Ainda, em um aspecto de abstenção, afirmam que o Estado não deve tributar o indivíduo e sua família de modo que prejudique o indispensável à liberdade, à autorrealização, ao bem-estar – à vida digna com a disponibilização de mínimo vital. Segundo estes autores, o mínimo vital encontra-se no âmbito da liberdade do indivíduo e não é uma discricionariedade do Estado. Especialmente em alguns casos, como a garantia de um desabrigado a ter um teto, mesmo que provisório, na falta de lei aprovada para que o Estado lhe

forneça uma casa. Além disso, este é um requisito mínimo crucial do ponto de vista da liberdade, do desenvolvimento, do crescimento econômico e da boa implementação de serviços públicos importantes.

Como se verá mais detalhadamente adiante, o sistema tributário brasileiro, segundo Rossignoli e Saneshina (2017), é de fato regressivo por tributar o consumo de forma igualitária, o que atinge incisivamente as pessoas mais carentes, com menor capacidade contributiva, representando um montante grande de sua renda – nisto demonstrada a injustiça do sistema tributário. Afirmam que a tributação brasileira não incide tão significativamente sobre o patrimônio e a renda, não representando tratamento tributário isonômico. Assim, a tributação não estaria contribuindo para o desenvolvimento econômico mais igualitário e para diminuir as desigualdades sociais, pois não tributa com alíquotas maiores os patrimônios e rendas maiores – não seria um sistema justo por desprezar a capacidade contributiva dos indivíduos.

Em uma conjuntura de conciliação de propósitos de interesses públicos e privados, a tributação moderna não estaria mais vinculada ao orçamento, com o objetivo, exclusivamente, de arrecadar recursos para o poder público. A União, os Estados e os Municípios podem dispor de incentivos para atender situações emergenciais de setores mais críticos afetados em razão de demandas pontuais, a exemplo da pandemia da Covid-19. Os incentivos podem vir por meio de leis de políticas públicas de desonerações a certos setores produtivos e a determinadas classes de consumidores por faixas de renda, para determinados produtos (Ribeiro, 2016).

No entanto, entende-se que a intervenção do Estado com políticas de incentivo deve ser uma excepcionalidade temporária, circunstancial, empregada apenas para minimizar efeitos de crise econômica e fiscal pela qual passa a sociedade, por exemplo. Especialmente para atender determinada região ou determinado setor produtivo, com vista à manutenção do equilíbrio para o desenvolvimento econômico-social, de modo que haja a possibilidade de investimentos, poupança e geração de riquezas.

As intervenções do Estado por meio de subvenções não podem criar desigualdades. Neste sentido, o entendimento de Coase (2017, p. 153) é o de que os arranjos sociais precisam ser considerados não somente pelo ponto de vista econômico, mas que “seja levado em consideração o efeito total desses arranjos, em todas as esferas da vida”.

Quanto à segurança jurídica no controle das finalidades das isenções, incentivos fiscais ou regimes especiais, Torres (2019, p. 668) afirma a necessidade de verificar a finalidade do tratamento favorecido para o desenvolvimento: “somente a finalidade do ato pode conferir solução a este complexo tema, dada a expectativa de confiança legítima que se forma em favor dos contribuintes que se aproveitam de incentivos, isenções ou benefícios fiscais”.

Mesmo diante da complexidade na interpretação da coerência no sistema tributário com todos os seus princípios e os princípios da Ordem Econômica, pela Análise Econômica do Direito, pode-se dizer que sobreleva em importância os princípios da capacidade contributiva e o princípio da livre concorrência, em uma análise para se chegar a um dos fins da tributação – a justiça fiscal, conforme será demonstrado na próxima seção.

3. JUSTIÇA DISTRIBUTIVA E TRIBUTAÇÃO

O critério defendido pela teoria jurídica distributiva é histórico. Os princípios históricos de justiça argumentam, portanto, que as situações ou ações passadas das pessoas determinam os seus vários direitos e direitos à propriedade. Na transição de uma distribuição para outra, se a data da segunda distribuição não corresponder aos fatos, os poderes do povo e os direitos de propriedade são violados.

Em contraste, outros tipos de justiça distributiva tomam como critério as condições do período atual, independentemente da historicidade. Se a distribuição é justa, é determinada pela forma como certas coisas são distribuídas (de acordo com quem possui o quê), à luz de alguns julgamentos de princípios estruturais. A justiça nesta época consiste em determinar quem possui o quê.

Os padrões utilitários ou igualitários avaliam se a distribuição é justa ou não de acordo com a justiça do período atual. Por exemplo, quando perguntamos se alguém faz algo que merece punição ou uma recompensa baixa, olhar para as circunstâncias atuais da pessoa é suficiente para efeitos de justiça. A justiça distributiva, por outro lado, investiga, em última análise, que tipo de poderes surgiram de processos de produção no passado, e não quem possui o quê, e decide se a distribuição é justa ou não em conformidade.

3.1 Análise do direito tributário sob a perspectiva da justiça fiscal

A justiça fiscal deve ser reconhecida não apenas como um ramo da ciência do direito que deve ser analisado precipuamente de forma dogmática. A relação obrigacional fisco *versus* contribuinte, o conhecimento a respeito das regras de apropriação de créditos dos impostos e as contribuições acerca das técnicas de compensação são, de fato, matérias importantes do ponto de vista prático, mas que registram apenas uma face do que a tributação representa.

A tributação, em especial quando é vista numa perspectiva de relação entre cidadão e Estado, em que o cidadão, através do cumprimento da obrigação tributária financia o Estado para que cumpra seu papel constitucional, deve ser compreendida como um instrumento de justiça sob o poder do Estado (Ávila, 2015). Nessa perspectiva, a tributação não se apresenta neutra sob o ponto de vista econômico-social, pois, nessa dimensão, mais importam os princípios da isonomia material e da capacidade contributiva.

Tal como as duas faces da mesma moeda, a justiça fiscal pode ser aplicada tanto às receitas como às despesas. No campo da receita, tem-se que a distribuição das cargas tributárias deve-se atentar ao princípio da capacidade contributiva, corolário da isonomia em seu aspecto material, cumprindo com os objetivos de desenvolvimento regional e diminuição das desigualdades sociais, de modo a considerar, inclusive, critérios de gênero e raça, conforme disposição expressa do art. 3º da Constituição Federal (Delgado; Nunes, 2023).

A exigência dos tributos precisa ser efetivada de forma justa, equanimemente distribuída, ao ponto de ser capaz de promover o desenvolvimento, a redistribuição da riqueza e a fraternidade. Melhor dizendo, deve-se buscar arrecadar mais daqueles que possuem maior capacidade de contribuir para a realização dos fins constitucionais do Estado.

Do lado das despesas, como contrapartida de uma arrecadação tributária justa e efetiva, verifica-se a efetivação da justiça no provimento de serviços públicos e políticas públicas especialmente destinadas àqueles que mais necessitam do amparo dos serviços e bens públicos (Caliendo, 2018).

Assim, para que seja possível ao Estado o oferecimento de políticas públicas de promoção da dignidade social, é de suma importância que haja uma arrecadação tributária substancial e justa, que arrecade mais daqueles que possuem mais. Desse modo, a riqueza pode ser distribuída entre toda a sociedade, por meio do oferecimento de serviços públicos indispensáveis, como educação, saúde, moradia e, até mesmo, políticas de transferência direta de renda.

Entretanto, no que toca à realização da justiça fiscal no campo da receita, verificam-se falhas graves em relação ao sistema tributário brasileiro atual. O sistema tributário brasileiro pode ser descrito como um sistema tributário fortemente marcado pela regressividade, em razão da alta concentração de tributos sobre o consumo, em detrimento da tributação sobre a renda e o patrimônio.

Os tributos incidentes sobre o consumo, por sua vez, possuem a característica de onerar indiretamente os contribuintes de forma que, ao contrário dos contribuintes de direito, não possuem relação pessoal e direta com a obrigação tributária e, por esta razão, não realizam o recolhimento dos tributos aos cofres públicos (obrigação conferida ao contribuinte “de direito”). Por onerar indiretamente o consumidor, os tributos sobre o consumo não respeitam a sua capacidade contributiva, de maneira que pessoas com rendas desiguais arcam com o mesmo montante de tributos incidentes sobre o consumo de um determinado bem ou serviço (Pompeu; Carneiro Jr., 2018).

Diz-se, por isso, que a tributação indireta ou sobre o consumo não respeita a isonomia material, o que se tenta mitigar pela aplicação do princípio da seletividade. Ocorre que a seletividade não é capaz de, isoladamente, reverter às nocividades da regressividade tributária em termos de justiça distributiva.

3.2 Tributação e desigualdade

Ressignificar o sentido de universalidade é abrir caminho para novos lugares de fala, com o objetivo de dar voz e visibilidade aos sujeitos considerados implícitos dentro da normatização hegemônica.

Ao considerar que as pessoas mais pobres e vulneráveis estão na base da pirâmide social — situação que atinge especialmente as mulheres e negros —, é possível afirmar que uma tributação regressiva sobre a renda, que atinge de maneira proporcionalmente mais gravosa os rendimentos do trabalho assalariado, contribui para o acirramento das desigualdades de gênero e de raça.

É necessário afirmar que medidas tendentes a aumentar a arrecadação tributária sobre grupos privilegiados, que dispõem de maiores recursos, além de representar a realização do princípio de justiça através da arrecadação, também contribui para que o Estado tenha maior disponibilidade de recursos. Isto é, para investir em políticas públicas, voltadas especificamente à melhoria das condições de vida de pessoas pobres e vulneráveis, promovendo a almejada justiça por meio dos gastos públicos (Rossignoli; Saneshima, 2017).

Ao comparar a tributação com base na incidência, observa-se que o Brasil tributa menos que os países da OCDE com base na renda, enquanto em média os impostos são mais baseados em bens e serviços. Essa característica descreve a natureza regressiva do sistema tributário brasileiro. Assim, as pessoas mais pobres e vulneráveis recebem menos rendimentos do que qualquer outro grupo populacional, tendem a utilizar todos os seus recursos para comprar bens e serviços para sustentar as suas famílias e, portanto, todos os rendimentos destas pessoas estão sujeitos à tributação.

O princípio constitucional da fraternidade prioriza a partilha dos recursos produzidos pela sociedade. O objetivo é minimizar ou priorizar o número mínimo de pessoas em risco. Não deve distribuir os recursos de forma igual, mas equitativa, garantindo que os mais vulneráveis da comunidade sejam apoiados diretamente, por exemplo, através do aumento da assistência social, ou indiretamente, como por meio do investimento em políticas de saúde e educação.

A fraternidade exige que não sacrifique uma minoria de pessoas — aquelas que já se encontram na posição mais vulnerável — pelo bem da maioria ou pelo acréscimo mais barato ao bem-estar geral. Se o imposto for reduzido ou mesmo abolido, os responsáveis pelo sistema deverão ser capazes de justificar que esta medida tem realmente efeitos benéficos para os mais vulneráveis.

Ao considerar que os tributos sobre o consumo não se preocupam com a capacidade contributiva dos contribuintes de fato, a falta de capacidade de parte da população para arcar economicamente com o ônus do tributo não é fator impeditivo para a sua exigência. Mesmo chefes de família, que contam às vezes com menos de um salário-mínimo por mês para se sustentarem e sustentarem a sua família, suportarão cargas tributárias elevadas sobre a aquisição de itens básicos de alimentação e saúde.

Até a seletividade dos tributos sobre o consumo, que deveria servir para tributar de forma mais intensa aqueles produtos considerados supérfluos, não contribui para mitigar o peso da tributação sobre o consumo. Produtos que compõem a cesta básica recebem alta incidência tributária, o que onera ainda mais os pobres (Pompeu; Carneiro Jr., 2018).

Não se preocupando com a justiça social no enfoque de gênero, verifica-se também a atribuição de uma maior carga tributária para produtos utilizados por mulheres, a exemplo de absorventes íntimos e anticoncepcionais, em comparação com produtos tipicamente masculinos. Ainda quando recaem mais pesadamente sobre cigarros e bebidas, por exemplo, que são produtos mais consumidos por homens, dentro do orçamento familiar, o reflexo desse gasto é a transferência do esforço para a compra de produtos de primeira necessidade por mulheres (Salvador, 2014).

Dessa forma, por todos os ângulos que se analisa a tributação regressiva no Brasil, seja pela ótica da tributação da renda, ou pela tributação do consumo, o que se verifica é que as pessoas pobres e negras se situam em situação de desvantagem e acirramento de sua condição de vulnerabilidade social.

4. O QUE PODE SER ALTERADO NESTE ESTADO DE COISAS

O atual sistema de tributação concentrado no consumo urge ser alterado com o reforço da progressividade da tributação sobre a renda, a partir da revogação da isenção sobre os lucros e dividendos e a ampliação da tributação sobre o patrimônio. Considera-se igualmente importante a promoção de uma justiça fiscal na perspectiva da despesa pública, introduzindo políticas públicas fraternas que tenham um impacto direto na melhoria das condições de vida dos pobres e vulneráveis (Araújo; Chai; Moraes, 2023). Nesse

sentido, o princípio da fraternidade exige que o Estado estabeleça um limite de suficiência correspondente ao princípio da dignidade humana e priorize os mais pobres na redistribuição da riqueza.

O princípio da fraternidade exige o estabelecimento de três limiares de suficiência:

- Limiar de sobrevivência na distribuição de bens e recursos para que todos possam satisfazer as suas necessidades essenciais.
- Limiar da dignidade humana, assumindo a possibilidade de dignificar a sociedade através do estabelecimento de proibições mínimas para proteger esta posição contra violações diretas (tortura, tratamento desumano e degradante, humilhação, estigmatização etc.).
- Limiar de dignidade rawlsiano estabelece uma suficiência que permite a todos manterem uma vida digna.

A suficiência é uma teoria da distribuição de bens e recursos. Entre os principais autores desta doutrina, encontramos Harry Frankfurt, Amartya Sen Martha Nussbaum e John Rawls. O gozo das liberdades reconhecidas no sistema jurídico exige que todos tenham os recursos necessários para concretizar oportunidades suficientemente amplas (políticas, sociais, culturais e econômicas). Neste sentido, a fraternidade é necessária para a verdadeira igualdade de todos.

A igualdade econômica não é moralmente importante porque enfatiza não o que os outros têm, mas o que cada pessoa precisa. Como salienta Frankfurt (2011), “exagerar o significado moral da igualdade econômica é contraproducente”. A discussão leva à alienação dos indivíduos, desviando-os daquilo que lhes é fundamental, para que todos tenham o suficiente. A busca da igualdade como um valor intrínseco impede as pessoas de se concentrarem no que é verdadeiramente valioso: perceber e medir o que a sua própria natureza e vida pessoal exigem.

Na medida em que torna o sistema tributário mais justo e progressivo, permite ao Estado arrecadar seus impostos de forma mais eficiente, o que

proporciona a implementação e manutenção de políticas partidárias baseadas em classe social, gênero e raça (Ferrari; Diniz; Oliveira, 2023). Desse modo, os efeitos positivos causados por políticas públicas com recortes de classe social, gênero e raça também justificam a necessidade de se buscar um sistema tributário mais fraterno, justo, progressivo e que arrecade com base na capacidade contributiva de cada um de seus cidadãos, para fazer frente a despesas públicas necessárias ao atendimento de direitos sociais, especialmente de grupos mais vulneráveis.

Nem sempre a tributação tem um impacto direto na vida de determinados grupos populacionais, a exemplo das mulheres negras, e, portanto, alterações pontuais no sistema tributário podem não repercutir diretamente na diminuição da sua condição de vulnerabilidade social (Ferreira, 2007). Por isso, é preciso rever o sistema como um todo, de modo a torná-lo mais progressivo e efetivo para fins de distribuição de renda.

A título de exemplificação, mulheres, notadamente as mulheres negras, possuem nível de renda tão baixo que, em sua maioria, sequer são alcançadas pela tributação sobre a renda, por estarem abaixo da faixa de isenção. Nesse sentido, alterar a tributação da renda com a revogação da isenção sobre os lucros e dividendos, por mais justa que tal medida seja, não terá efeitos imediatos sobre este grupo populacional se, além disso, não for revisto o peso da tributação sobre o consumo e não for realizado investimento público em serviços destinados à melhoria das suas condições de vida.

É preciso ter em mente também que nem todas as alterações no sistema tributário, com vistas a uma igualdade de gênero, abarcam as mulheres. Cite-se, como exemplo, o Recurso Extraordinário nº 576.967 (Brasil, 2020), proferido em sede de Repercussão Geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no que tange à exclusão do salário maternidade da base de cálculo das contribuições previdenciárias devidas pelas empresas.

A maioria dos ministros do STF entendeu que o salário-maternidade deveria ser excluído da base de cálculo da contribuição social patronal, por não ser um valor pago em decorrência do trabalho e por considerar que a tributação poderia aliviar a desigualdade de gênero no mercado de trabalho, o que coloca as mulheres em desvantagem competitiva em relação aos homens. Nesse caso, por fazerem jus ao recebimento do referido benefício previdenciário, decorrente da maternidade, elas se tornariam mais onerosas aos empregados.

dores, que pagariam um valor maior de Contribuição Previdenciária à União e, portanto, menos vantajosa seria a sua contratação, o que representa uma competição injusta no mercado de trabalho por questão de gênero.

Embora a decisão dos ministros do STF seja em todos os sentidos louvável, quando se olha detalhadamente a realidade social das mulheres, especialmente das mulheres negras, tal entendimento dificilmente afeta suas vidas, porque essas mulheres são negras. Esta percepção tem pouco efeito nas suas vidas, porque estas mulheres constituem a maioria das pessoas que trabalham informalmente e, portanto, a grande maioria daqueles que não têm direito à segurança social ou ao salário.

É claro que não caberia ao Supremo analisar esta questão nesta decisão, que não ultrapassou os limites de um caso individual. Mudar o sistema tributário nem sempre beneficia todas as mulheres precisamente porque as formas de opressão que entram na vida das mulheres colocam-nas numa vulnerabilidade mais profunda do que os homens (Ambrosano, 2021).

É relevante, também, analisar a justiça fiscal efetivada no campo das despesas públicas, implementando políticas públicas que abordem as desigualdades sociais, de gênero e raciais para melhorar o acesso à educação, à saúde e a uma vida digna para as pessoas pertencentes a estes grupos. Nesse sentido, a isonomia tributária, segundo Humberto Ávila (2015), exige uma relação entre os sujeitos e uma correlação estatística baseada em uma análise constante de perspectivas, para manter os direitos básicos dos contribuintes apesar da dominância.

Conciliar os interesses públicos e privados é difícil quando se considera a necessidade de promover o empreendedorismo, a necessidade de rendimentos, a realização dos direitos fundamentais do país e a preservação dos bens públicos. No entanto, a tarefa do Estado é principalmente alcançar a justiça fiscal, para evitar o aparecimento de um desequilíbrio entre contribuintes com capacidades diferentes. Ou seja, produzir a equalização oposta em favor daqueles que já têm maior poder político e econômico.

CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi apresentar argumentos que demonstrem que, utilizando diversos indicadores sociais (saúde, educação, renda), a fraternidade deve ter o cuidado de distribuir recursos e bens a grupos vulneráveis (como pobres, mulheres e negros), uma vez que todos devem ter o suficiente para atingir o limiar adequado. Evidenciou-se a necessidade de estudar a justiça tributária também de um ponto de vista transversal, o que não é feito no Brasil, onde a maior parte das pesquisas na área tributária concentra-se nas discussões de dogmas jurídicos.

O Brasil tem um sistema tributário regressivo, com impostos sobre o consumo mais elevados do que a renda e a riqueza. Assim, verificou-se que a maior carga fiscal recai sobre as pessoas com rendimentos mais baixos, que gastam quase toda a sua renda no consumo de bens e serviços, porque a sua capacidade de acumular bens e fazer investimentos é muito baixa.

Esta situação expressa uma estrutura social que normaliza escolhas políticas, econômicas e jurídicas que levam à deterioração das pessoas vulneráveis. O problema da desigualdade social, de gênero e racial é grave, histórico e muitas vezes normalizado. Isso apenas mostra a necessidade de considerar as relações sociais, econômicas, jurídicas e políticas, especialmente porque o grupo que vive à margem da sociedade representa a maioria da população brasileira.

A visão fraterna enfatiza a importância de abordar as raízes estruturais da desigualdade, como a discriminação, o acesso desigual a recursos e oportunidades e estruturas econômicas injustas, que podem envolver não apenas iniciativas redistributivas, mas também políticas que promovam a igualdade. Desta forma, uma abordagem jurídica fraterna à tributação e à redistribuição da riqueza reconhece não só a importância da eficiência econômica, mas também a necessidade de solidariedade e justiça social na construção de uma sociedade mais justa e mais inclusiva.

REFERÊNCIAS

AMBROSANO, Danielle Victor. **Justiça fiscal e desigualdade de gênero e raça no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/44227> Acessado em: 4 mai. 2024.

ARAÚJO, Daniel da Silva; CHAI, Cássius Guimarães; MORAES, Vitor Hugo Souza. A educação fiscal como meio de reafirmação da cidadania no Estado Democrático de Direito. **Direito Tributário e suas repercussões socioeconômicas**, v. 2/ Ana Paula Basso, André Luna, Joedson de Souza Delgado e Antônio de Moura Borges (org). Andradina: Meraki, 2023.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. Receita Federal. **Carga tributária no Brasil 2017**: análise por tributos e bases de incidência. Brasília: Ministério da Fazenda, 2018. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estu-dos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2017.pdf>. Acesso em: 1 maio 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 576.967**. Relator: Min. Roberto Barroso, 05 de agosto de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344732542&ext=.pdf>. Acesso em: 1 maio 2024.

CALIENDO, Paulo. A tributação progressiva da renda e a redistribuição da renda: O caso do Brasil. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 20, n. 40, p. 190-214, jul. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5752/P.2318-7999.2017v20n40p190-214> Acessado em: 4 mai. 2024.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução de He-loisa Gonçalves Barbosa. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

DELGADO, Joedson de Souza; NUNES, Fernanda de Holanda Paiva. Impacto da Política Fiscal sobre os Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, [S. l.], v. 50, n. 2, p. 671–688, 2023. Disponível em: <https://doi.org/10.14393/RFADIR-50.2.2022.67499.671-688> Acesso em: 6 mai. 2024.

DELGADO, Joedson de Souza; BORGES, Antônio de Moura. A tributação internacional em tempos de economia digital. **Direito Tributário e suas repercussões socioeconômicas**/ Ana Paula Basso e André Luna (org). Andradina: Meraki, 2022.

FERREIRA, Alexandre Henrique Salema. **Política Tributária e Justiça Social**: Relações entre tributação e os fenômenos associados à pobreza. Campina Grande: Eduep, 2007.

FERRARI, Luiane Selina Nogueira; DINIZ, Caroline; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. Pobreza Menstrual à luz do Sistema Tributário Nacional. **Direito Tributário e suas repercussões socioeconômicas**, v. 2/ Ana Paula Basso, André Luna, Joedson de Souza Delgado e Antônio de Moura Borges (org). Andradina: Meraki, 2023.

FRANKFURT, Harry. Reflections of My Career in Philosophy. In: **Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association**. American Philosophical Association, 2011. p. 89-107. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41575752> Acessado em: 4 mai. 2024.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MONTEIRO, Jorge Vianna. **Como funciona o governo: escolhas públicas na democracia representativa**. FGV Editora, 2007.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POMPEU, Gina Marcilio; CARNEIRO JUNIOR, Antonio Mendes. Desenvolvimento humano e mínimo vital: uma justa tributação. **Revista de Direito Internacional Tributário e o Direito Internacional Econômico** – RDIET, Brasília, v. 13, n. 2, p. 30-56, jul./dez., 2018. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rdiet/article/view/10194> Acessado em: 4 mai. 2024.

RIBEIRO, Maria de Fátima. A política desonerativa da União e o impacto no orçamento dos entes subnacionais (Tema 653 da Repercussão Geral. RE 705.423). In: GOMES, Marcus Lívio; ABRAHAM, Marcus; TORRES, Heleno Taveira (Coords.). **Direito Financeiro na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: homenagem ao ministro Marco Aurélio**. Curitiba: Editora Juruá, 2016, p. 347-366.

ROSSIGNOLI, Marisa; SANESHIMA, Cristiano Floriano. Desenvolvimento, distribuição de renda e sistema tributário brasileiro: algumas inter-relações. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande, v. 3, n.2, p. 217 – 240, jul. / dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.21671/rdu-fms.v3i2.4079> Acessado em: 4 mai. 2024.

SALVADOR, Evilásio. **As implicações do sistema tributário brasileiro nas desigualdades de renda**. Inesc – Instituto de Estudos Socioeconômicos. Brasília, 2014. Disponível em: <https://rb.gy/qct4yn> Acesso em: 2 mai. 2024.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do sistema constitucional tributário**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

Submissão: 06.mai.2024

Aprovado: 19.ago.2024

O DANO MORAL TRABALHISTA NAS LENTES DO STF

Moral Damages in Labor Relations Through the Lens of the Brazilian Supreme Court

José Affonso Dallegrave Neto¹

RESUMO: Trata-se de trabalho que busca a classificação jurídico-científica atual do instituto do dano moral ante as decisões do Supremo Tribunal Federal – STF. Analisou-se temas importantes, como o arbitramento do valor compensatório da indenização e a possibilidade do empregador também ser o destinatário do dano moral, tema ainda pouco explorado pela doutrina pátria. Por fim, analisou-se o dano moral indireto, também conhecido como *dano em ricochete*. Utilizou-se do método dedutivo, por meio da análise da doutrina e jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

PALAVRAS-CHAVE: Dano moral; Arbitramento; Dano em ricochete; Interpretação conforme a Constituição.

ABSTRACT: This study seeks to provide a current legal-scientific classification of the concept of moral damages in light of the decisions issued by the Brazilian Supreme Court (STF). It examines key topics such as the determination of compensatory indemnification amounts and the possibility of the employer being the recipient of moral damages, an area still underexplored in Brazilian legal scholarship. Lastly, the paper analyzes indirect moral damages, also known as “bystander damages.” The study employs a deductive method, analyzing legal doctrine and case law, including decisions from the Superior Court of Justice (STJ).

KEYWORDS: Moral damages; Assessment of indemnification; Bystander damages; Constitutional interpretation.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Dano material: emergente e lucro cessante. 2. O catálogo proeminente dos direitos existenciais. 3. Conceito de dano moral. 4. Fixação do valor do dano moral. 5. Arbitramento, teto e tabelamento. 6. Dano moral sofrido pelo empregador. 7. O tema à luz do sistema jurídico. 8. Dano moral dos

¹ Advogado. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (FDUNL). Especialista em Ciências Humanas: História, Sociologia e Filosofia pela PUC-RS. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho - ABDT – e da Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho - JUTRA. Endereço eletrônico: < neto@dallegrave.com.br >. Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/1059179735454693> >.

familiares da vítima. 9. A decisão do STF acerca do dano em ricochete. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

No dia 26 de junho de 2023, o Supremo Tribunal Federal julgou quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIn n. 5870, 6050, 6069 e 6082) relativas ao capítulo de “Dano Extrapatrimonial” trazido pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17). Trata-se de decisão com repercussão geral dentro do chamado *controle concentrado de constitucionalidade*. Vale dizer: aludido julgado da Excelsa Corte tanto em ADIn quanto em ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) e ADC (Ação Declaratória de Constitucionalidade) possuem efeito vinculante e eficácia *erga omnes* para todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública.

Se antes da Constituição Federal de 1988 a legitimidade era exclusiva do Procurador Geral, após ela, nos termos do art. 103, são legitimados para arguir essa via concentrada o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partidos políticos com representação no Congresso Nacional, Confederações Sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional. Assim, na atenta observação de Gilmar Ferreira Mendes, o sistema concentrado nada mais é do que um instrumento de correção da via difusa, sobretudo porque confere maior prestígio à via de controle abstrato por parte do STF e sua competência exclusiva na função de guardião da Constituição (art. 102). Ademais, dentro do sistema de fiscalização da constitucionalidade de normas, a via concentrada é de maior presteza, objetividade e celeridade processual.

Por outro lado, o chamado *controle difuso de constitucionalidade* é mais democrático, eis que incidental a qualquer caso concreto, de qualquer instância do Judiciário, seja ela monocrática ou colegiada, podendo ser arguida tanto pelas partes quanto Ministério Público ou terceiro interveniente no processo. Nesta via difusa, a norma não será declarada inconstitucional em

abstrato, mas apenas de modo indireto como fundamento da decisão judicial específica daquela pretensão concreta e com efeitos inter partes².

Para melhor compreensão da aludida decisão do STF acerca do dano extrapatrimonial trabalhista, cabe sublinhar a existência de técnicas de decisão utilizadas pela Excelsa Corte, quando do sistema de fiscalização da constitucionalidade da norma (*in concreto* ou *in abstracto*)³. No caso particular, conforme será demonstrado, o julgado prevaemente de lavra do Ministro Gilmar Mendes adotou a *interpretação conforme a Constituição*. Nesta técnica não há declaração de inconstitucionalidade propriamente dita, mas apenas a eliminação de hipóteses incompatíveis com o texto constitucional. Na observação de Bastos, nestes casos, apesar da ADI ser julgada improcedente, a norma em debate permanece somente com a interpretação que se harmoniza com o texto constitucional conforme as lentes do Tribunal⁴. Assim constou da Ementa do julgado em comento:

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. 2. Reforma Trabalhista. Artigos 223-A e 223-G, §§ 1º e 2º, da CLT, na redação dada pela Lei nº 13.467/2017. Parâmetros para a fixação do quantum indenizatório dos danos extrapatrimoniais. 3. Ações conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme a Constituição, de modo a estabelecer que: 3.1. As redações conferidas aos art. 223-A e 223-B, da CLT, não excluem o direito à reparação por dano moral indireto ou dano em ricochete no âmbito das relações de trabalho, a ser apreciado nos termos da legislação civil; 3.2. Os critérios de quantificação de reparação por dano extrapatrimonial, previstos no art. 223-G, caput e §1º, da CLT deverão ser observados pelo julgador como critérios orientativos de fun-

² Registre-se a ressalva de mutação do art. 52, X, da CF, proposto pelo Ministro Barroso, quando das decisões do próprio Pleno do STF, ao julgar arguição incidental de constitucionalidade em recurso extraordinário com repercussão geral, devendo-se atribuir efeito vinculante e eficácia *erga omnes* (“processo de abstratização do controle difuso com o objetivo de maior integridade à teoria dos precedentes” observa). Neste sentido: STF plenário ADIn 3406/RJ e 3470/RJ.

³ Neste tema, cabe também registrar a possibilidade de modulação de efeitos nos termos do artigo 27 da Lei 9869/99, *verbis*: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. Outra técnica existente é a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, ocasião em que o Tribunal poderá considerar inconstitucional uma hipótese de aplicação da lei, sem que haja alteração alguma no texto normativo.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1999, pág. 177

damentação da decisão judicial. É constitucional, porém, o arbitramento judicial do dano em valores superiores aos limites máximos dispostos nos incisos I a IV do § 1º do art. 223-G, quando consideradas as circunstâncias do caso concreto e os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da igualdade. (STF; ADI 6.082; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Gilmar Mendes; Julg. 26/06/2023; DJE 18/08/2023)

A fim de tornar mais didática a exposição e, considerando que a referida decisão do STF enfrentou diretamente os artigos 223-A e 223-G e, de modo indireto, os artigos 223-B, 223-C e 223-D, todos da CLT, iremos comentar a nova jurisprudência da Excelsa Corte de modo incidental sobre cada ponto a seguir destacado.

1. DANO MATERIAL: EMERGENTE E LUCRO CESSANTE

Pode-se conceituar dano como lesão a interesses juridicamente tuteláveis; é a ofensa ao patrimônio material ou imaterial de alguém. Sergio Cavaliere Filho define o dano como “a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade etc.”⁵.

O dano constitui a essência da responsabilidade civil, sobretudo nos casos de responsabilidade objetiva em que se dispensa a própria investigação da culpa do agente (Tema 932 do STF)⁶. Sem dano pode até existir responsabilidade penal, mas jamais civil. A indenização, quando dissociada do dano, é locupletamento indevido.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho, para que o dano seja indenizável é necessário preencher três requisitos: a) violação de um interesse material ou moral de uma pessoa física ou jurídica; b) certeza do dano, não sendo

⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71.

⁶ Eis a tese extraída do Tema 932 do STF: “O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade”.

possível compensar a vítima por um suposto dano abstrato; c) subsistência do dano no momento de sua exigibilidade em juízo⁷.

Quando o dano repercute sobre o patrimônio da vítima, entendido como aquele suscetível de aferição em dinheiro, denominar-se-á dano material ou patrimonial. Ao contrário, quando a implicação do dano violar direito geral de personalidade, atingindo interesse imaterial, dir-se-á dano moral ou extrapatrimonial. Luciano Martinez adverte acerca da impropriedade desta classificação (patrimonial/extrapatrimonial), a qual parte de perspectiva estreita e meramente contábil do conceito de patrimônio:

“Sustenta-se isto porque o dano imaterial é, em verdade, um dano ao patrimônio intangível do sujeito lesado. Apesar de inserido no plano meramente sensível e, por isso, intocável, o objeto violado é um patrimônio, etimologicamente identificado como tudo aquilo que é adquirido em ação (*monium* significa ação) intergeracional, de pai (*patri* — provém de *pater*, raiz da palavra pai) para filho. Aliás, o texto constitucional reconhece a existência de patrimônio imaterial em seu art. 216, seguindo a linha conceitual da UNESCO.”⁸

Além dessa questão onomástica, impende registrar outras distinções. O dano material encerra perdas e danos que alcançam os danos emergentes e os lucros cessantes (art. 402 e 403 do CC e art. 223-F, § 2º, da CLT), exigindo-se assim a prova concreta do prejuízo sofrido pela vítima.

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS EMERGENTES. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO PRÉVIA DAS DESPESAS EFETUADAS. O dano material emergente se define pela perda visível, pela diminuição patrimonial quantificável, por aquilo que efetivamente o ofendido perdeu, motivo por que a indenização dessa natureza requer a existência de comprovação prévia dos valores despendidos. Recurso provido parcialmente para deferir

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39-40.

⁸ MARTINEZ, Luciano. O dano moral social no âmbito trabalhista. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, n. 17, ano XVII, p. 56, 2009. Reza o aludido art. 216 da CF: Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I — as formas de expressão; II — os modos de criar, fazer e viver; III — as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV — as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V — os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

o ressarcimento apenas em relação às despesas com consultas médicas comprovadas nos autos. (TRT 7ª R.; ROT 0000347-42.2021.5.07.0013; Rel. Des. Emmanuel Teófilo Furtado; DEJTCE 30/08/2023; Pág. 253)

O valor do dano moral, por sua vez, deverá ser arbitrado pelo juiz. E assim o faz, nomeadamente, visando à compensação financeira da vítima⁹ e a punição patrimonial do agente, sendo desnecessária a prova da dor ou do prejuízo em concreto, o qual é presumido da própria violação à personalidade da vítima, conforme já decidiu há anos o STJ:

Dispensa-se a prova do prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por sua vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo — o seu interior. De qualquer forma, a indenização não surge somente nos casos de prejuízo, mas também pela violação de um direito. (STJ, Resp 85.019, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 18.12.1998)

A propósito, transcreve-se perspicaz observação de Maria Celina Bodin de Moraes acerca da presunção de que a ofensa à personalidade implica inevitável dano moral:

Em consequência, depois de restar superada a máxima segundo a qual *não há responsabilidade sem culpa*, tendo-se encontrado na teoria do risco um novo e diverso fundamento da responsabilidade, desmentido se vê hoje, também, o axioma segundo o qual não haveria responsabilidade sem a prova do dano, substituída que foi a comprovação antes exigida pela presunção *hominis* de que a lesão a qualquer dos aspectos que compõem a dignidade humana gera dano moral.¹⁰

O dano material enseja, por sua natureza, uma precisão matemática e integral do prejuízo econômico da vítima (*restitutio in integrum*), ao contrário do dano moral, que encerra função mais compensatória e menos reparatória. Sobre o assunto, João Casillo faz interessante observação:

⁹ Nas lições de Clayton Reis, “o dinheiro é uma forma de proporcionar meios para que a vítima possa minorar o seu sofrimento, por meio da aquisição de bens ou utilizando-o em programas de lazer”. *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 89.

¹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 159-160.

O princípio da *restitutio in integrum* aplica-se de maneira mais apropriada ao dano patrimonial, pois no dano não patrimonial em verdade há mais uma compensação do que efetivamente uma restituição ao *status quo ante*. Mesmo assim, esta compensação visaria, pelo menos em tese, a restituir à pessoa ofendida o seu estado de espírito anterior ao dano.¹¹

À luz do que foi apresentado, o dano material alcança tanto o dano atual quanto o futuro. Aquele é conhecido como dano emergente, constituindo-se tudo aquilo que se perdeu e que seja suscetível de liquidação, aplicando-se a teoria da diferença (*differenztheorie*) entre o patrimônio anterior e posterior à inexecução contratual ou ao fato gerador. O *damnum emergens* assim como o lucro cessante estão contemplados no art. 402 do Código Civil¹². Observa-se da parte final deste dispositivo a definição de *lucrum cessans* como a perda do ganho esperável, a frustração da expectativa de lucro, a diminuição potencial do patrimônio do ofendido, apurado segundo um juízo razoável de probabilidade, de acordo com o normal desenrolar dos fatos¹³.

Conforme lembra Hans Fischer, enquanto o dano positivo ou emergente tem uma base firme, pois se refere sempre a fatos passados, o lucro cessante é dominado pela incerteza que resulta de se operar com entidades imaginárias, sendo seguro apenas verificar que tais resultados não iriam se verificar “se não fosse a interposição do acontecimento danoso”¹⁴. Com efeito, o lucro cessante, ao envolver um prejuízo diferido, pode se manifestar sob dupla forma: continuação do dano atual ou dano futuro propriamente dito. Assim, por exemplo, em um acidente de trabalho os gastos com a permanência do tratamento médico ou fisioterápico são danos futuros continuados, enquanto o prejuízo oriundo do período em que a vítima estará impedida de trabalhar implicará dano futuro propriamente dito¹⁵.

¹¹ CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 84. O jurista paranaense lembra que a expressão remonta ao antigo direito romano: *restitutio in integrum in genere sic solet definiri: Ut sit pristini status amisi recuperatio* (a integral restituição assim pode ser definida: que seja a recuperação do estado primitivo perdido).

Art. 402 do Código Civil: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

¹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 72.

¹⁴ FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução: António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938. p. 49.

¹⁵ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 11. Boa parcela

Consigne-se que a Lei 13.467/17 introduziu novos dispositivos à CLT (artigos 223-A a 223-G), alcunhado “Título II-A - *Do Dano Extrapatrimonial*”. Apesar deste rótulo, observa-se que a Reforma Trabalhista também trouxe regramento atinente ao “dano patrimonial”, conforme se observa de seu art. 223-F, § 1º e 2º ao contemplar a acumulação da indenização por dano material e moral, além de esclarecer, a exemplo do que já havia feito o Código Civil, que a composição das perdas e danos compreendem os lucros cessantes e os danos emergentes¹⁶.

2. O CATÁLOGO PROEMINENTE DOS DIREITOS EXISTENCIAIS

Até pouco tempo atrás, persistia certa dúvida acerca do cabimento da reparação do dano moral no campo da responsabilidade civil contratual¹⁷. Não obstante o art. 1.059 do Código Civil de 1916 fazer menção apenas ao dano emergente e ao lucro cessante, deixando de se reportar ao dano moral, o Código Civil de 2002, em seu art. 186, fez questão de contemplar expressamente o direito à tal reparação, assim constando: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, *ainda que exclusivamente moral*, comete ato ilícito.”

É bem verdade que aludido dispositivo do diploma civil em vigor se reporta aos *atos ilícitos*, dando a entender que se refere apenas à responsabilidade extracontratual. Contudo, para melhor compreensão desse quadro, é preciso registrar que, a partir da Carta Constitucional de 1988, um novo paradigma surgiu para estudar o direito privado. Trata-se do *direito civil*-

da doutrina inclui o dano decorrente da “perda de uma chance” como uma espécie de dano material; outros o consideram como um *tertium genus* que se soma ao dano material e moral.

¹⁶ Reza o aludido art. 223-F da CLT: *A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. § 1º Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial. § 2º A composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.*

¹⁷ Conforme registra Sérgio Cavalieri Filho, “numa primeira fase negava-se ressarcibilidade ao dano moral, sob fundamento de ser ele inestimável. Chegava-se, mesmo, ao extremo de considerar imoral estabelecer um preço para a dor. Aos poucos, entretanto, foi sendo evidenciado que esses argumentos tinham por fundamento um sofisma, por isso que não se trata de *pretium doloris*, mas de simples compensação, ainda que pequena, pela tristeza injustamente infligida à vítima”. *Op. cit.*, p. 75.

-*constitucional*, ou seja, o direito civil esquadrihado e interpretado à luz dos novos valores solidários e princípios existenciais estampados na Constituição Federal.

Nessa nova esteira, o constituinte brasileiro, dada a importância do tema e o exemplo do modelo alemão, trouxe regra que desenha verdadeira cláusula geral de proteção à personalidade, qual seja, o art. 1º, III, que assegura a dignidade da pessoa humana como fundamento de todo Estado Democrático de Direito¹⁸. Assim, toda a ordem jurídica deve ser interpretada à luz do princípio da máxima efetividade dos direitos de personalidade, igualmente plasmados no art. 5º, V e X, da Carta, *verbis*:

“V — É assegurado o direito da resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X — São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Cumpra registrar que os quatro valores tutelados nesse inciso X (intimidade, vida privada, honra e imagem) nem de longe são tidos como *numerus clausus*. Conforme observa Paulo Netto Lôbo, a orientação majoritária é a “da tipicidade aberta”, ou seja, os tipos previstos na Constituição e na legislação civil são apenas enunciativos, “não esgotando as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade”¹⁹. Nas lições de Meirelles, nas situações existenciais não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam a categoria do *ser*; momento em que titularidade e realização “coincidem com a existência mesma do valor”, atraindo, por isso, tutela jurídica aberta e proeminente²⁰.

Acerca deste tema, registra-se que o próprio STF, ao enfrentar o pedido de inconstitucionalidade arguido pelo Conselho Federal da OAB, na ADI 6069, esclareceu que o art. 223-C, ao apontar os bens jurídicos passíveis de

¹⁸ Em igual sentido é a Constituição da República de Portugal. Art. 26º, 2, da CRP: “A lei estabelecerá garantias efectivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias”.

¹⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 353.

²⁰ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar. 2009, pág. 36.

tutela, assim o faz apenas de forma exemplificativa. Na referida decisão em comento, o Ministro Gilmar Mendes consignou que tal arguição “não ultrapassa uma simples problemática de interpretação legislativa”. Em suas palavras e com as mais devidas vênias, asseverou:

Entendo que essa argumentação de inconstitucionalidade se assenta *equivocadamente* em uma *interpretação assaz restritiva da norma*. O art. 223-C simplesmente dispõe que *a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física*. Não me parece ter havido qualquer tentativa do legislador ordinário de conferir às expressões *honra* ou *intimidade* qualquer conteúdo normativo taxativo²¹.

Nesta nova toada aberta e existencialista, o aludido Código de 2002 inovou ao introduzir capítulo específico, intitulado *Dos direitos da personalidade*, arts. 11 a 21, relacionando alguns direitos da pessoa, como o de proteção ao corpo, nome, sobrenome e pseudônimo. A Consolidação das Leis do Trabalho, até antes da Reforma Trabalhista de 2017, não havia se ocupado detidamente dos direitos de personalidade do empregado, com algumas raras exceções como a dos casos de vedação à revista íntima após o expediente (art. 373-A, VI, CLT). Tudo ficava limitado ao plano meramente patrimonial, próprio da época em que a CLT foi editada, em 1943. Contudo, sendo o empregado necessariamente pessoa física (art. 3º da CLT), os direitos de personalidade se encontram, inevitavelmente, em todo e qualquer contrato de trabalho, observa Estêvão Mallet²². Na atualidade, não mais se discute a admissão do dano moral em matéria contratual, o qual, nas lentes de Sergio Severo, pode se manifestar pelo:

- a) não cumprimento de uma obrigação;
- b) cumprimento defeituoso;
- c) quebra de deveres secundários derivados da boa-fé.²³

²¹ Destarte, pela adequada exegese que norteia os direitos fundamentais, qualquer bem inerente à personalidade humana deve ser prontamente tutelado pela ordem jurídica. A decisão foi julgada em junho de 2023 e publicada no DJE em 18/08/2023.

²² MALLET, Estêvão. *Direitos de personalidade e direito do trabalho*. Revista *LTr*, n. 68-11, p. 1309, nov. 2004.

²³ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 58.

Geralmente, em tais conjeturas, o dano moral se encontra cumulado com o dano material, o que é juridicamente possível, se considerarmos que ambos colimam indenizar interesses diversos, ainda que partindo de um mesmo fato jurídico gerador. Nessa direção é a correta Súmula n. 37 do STJ e o art. 223-F da CLT.

Das três formas mencionadas, a de maior incidência é o dano moral oriundo do descumprimento de *dever anexo de conduta*, o qual se subdivide em dever de proteção, informação e lealdade. Se de um lado é comum o empregador cumprir regularmente a sua obrigação principal (pagar salário), de outro, verifica-se, amiúde, o seu total desrespeito em relação aos direitos de personalidade do trabalhador.

Assim, em evidente extrapolação do exercício do seu *jus variandi*, o empregador, aproveitando-se de sua posição hierárquica superior, ora trata seu empregado com menoscabo, injuriando-o e destratando-o na presença de colegas, ora age com rigor excessivo, exigindo-lhe produtividade desumana por meio da imposição de horas extras e de expedientes extenuantes. Nesse sentido, adverte com propriedade o jurista Valdir Florindo:

Como sabemos, na relação de emprego existem abusos, por parte do empregador, atingindo a honra, a dignidade daquele que lhe presta serviços e que colabora para com o crescimento da produção, e que absolutamente não pode ser tratado com indiferença e insensatez, e sim com seus próprios valores, pois a pessoa humana é a fonte e fulcro de todos os valores. Essa questão é fundamental, tendo razão a preocupação apontada, pois o Direito do Trabalho possui princípios protetivos, em especial o magno princípio de proteção ao trabalhador.²⁴

Hoje já se sabe que a melhor interpretação jurídica é sempre aquela que contempla a acumulação de dano material e moral. A propósito, sublinha-se

²⁴ FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 67. A propósito do que estamos a denunciar, veja essa notícia publicada no site do Tribunal Superior do Trabalho: “Oi vai indenizar instalador que teve de se hospedar em quarto de motel com colega em viagem de trabalho”. Na matéria publicada no site do TST, em 15 de agosto de 2016, consta que a empresa enviou 10 trabalhadores ao Rio de Janeiro, hospedando-os, por 30 dias, em 5 quartos de um Motel. O instalador alegou que teve sua imagem e honra ofendidos, vez que passou a ser alvo de chacotas e piadas. No RR a Oi sustentou que “não ficou comprovado o dano moral”. A Rel. Min. Kátia Arruda ressaltou que o dano é presumido (*in re ipsa*), já que o fato de alojar empregados em um quarto de motel para dividir a mesma cama, por si só, se trata de ocasião vexatória. Decisão unânime da 6ª Turma: Dano moral em R\$ 10 mil (o número do processo foi omitido para preservar a intimidade do trabalhador).

que o fato de a CLT enunciar que a ofensa moral praticada pelo empregador ou pelo empregado constitui causa de resolução contratual (art. 482, *j* e *k*, e art. 483, *e*) não afasta o pleito de indenização por danos morais, uma vez que as lesões produzidas encerram facetas e tutelas diferentes²⁵. Logo, no caso de a empresa ferir a honra do seu empregado, este poderá pleitear cumulativamente: a) rescisão indireta do contrato de trabalho com a indenização trabalhista daí resultante (verbas rescisórias e multa do FGTS); b) indenização civil pelos danos morais; c) representação criminal por meio de ação penal própria (crime contra a honra). Ademais, o próprio *caput* do mencionado art. 483 ratifica esta ilação, ao dispor que o empregado poderá considerar rescindido o contrato e “*pleitear a devida indenização*”, quando o empregador incorrer em alguma das faltas graves arroladas neste dispositivo. Da mesma forma, a empresa também poderá ser vítima de dano moral e pleitear a devida indenização, conforme será visto adiante.

3. CONCEITO DE DANO MORAL

Quanto ao conceito de dano moral, percebemos certa hesitação da doutrina ao longo dos anos. Há autores que adotam uma concepção residual de danos extrapatrimoniais, declarando serem todos aqueles “danos que não têm repercussão de caráter patrimonial”²⁶. Há uma segunda corrente, encabeçada pelos irmãos Mazeaud, que vincula o dano extrapatrimonial como “aquele que causa uma dor moral à vítima” (*pretium doloris*)²⁷. Em posição intermediária a essas duas correntes, há aqueles que, como Savatier, sustentam ser todo sofrimento humano não resultante de uma perda pecuniária-

²⁵ SOUZA, Marco Antônio Scheuer de. *O dano moral nas relações entre empregados e empregadores*. Erechim: Edelbra, 1998. p. 196.

²⁶ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Responsabilidade...*, p. 189.

²⁷ MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Leon. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tradução: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Título original: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. Buenos Aires: EJE, 1961. p. 424. Oportuno transcrever a seguinte ementa: “O mero dissabor não pode ser alçado ao patamar do dano moral, mas somente aquela agressão que exacerba a naturalidade dos fatos da vida, causando fundadas aflições ou angústias no espírito de quem ela se dirige.” (STJ, Resp. 215.666, 4ª Turma, Rel. Ministro César Asfor Rocha, DJ 29.10.2001).

ria (*toute souffrance humaine ne résultant pás d'une pertepercuniaire*)²⁸. Em igual sentido, Clayton Reis traz o seguinte conceito de dano moral:

Trata-se de uma lesão que atinge os valores físicos e espirituais, a honra, nossas ideologias, a paz íntima, a vida nos seus múltiplos aspectos, a personalidade da pessoa; enfim, aquela que afeta de forma profunda não bens patrimoniais, mas que causa fissuras no âmago do ser, perturbando-lhe a paz de que todos nós necessitamos para nos conduzir de forma equilibrada nos tortuosos caminhos da existência.²⁹

Uma terceira corrente sustenta que a dor não é a causa da reparação nem mesmo é ela que configura o direito violado, não havendo, pois, outras hipóteses de danos morais “além das violações aos direitos de personalidade”³⁰. Finalmente, hoje já se fala de dano moral como *lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela*, observa Rosenthal³¹. Particularmente, entendemos que o dano moral se caracteriza pela simples violação de um direito geral de personalidade, sendo a dor, a tristeza ou o desconforto emocional da vítima sentimentos presumidos de tal lesão (presunção *hominis*) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo, conforme já julga o STJ há muito tempo:

Na concepção moderna da reparação do dano moral, prevalece a orientação de que a responsabilidade do agente se opera por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto. (STJ; Resp. 173.124, 4ª Turma, Rel. Ministro César Asfor Rocha, julgado em 11.9.2001, DJ 19.11.2001)

Observa-se que esse silogismo não dispensa o autor de seu ônus probatório, mas apenas aponta para presunção da dor moral decorrente de com-

²⁸ SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. 12. ed. Paris: General, 1951. t. II, p. 92.

²⁹ REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 205.

³⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 364. Em sentido próximo, Paulo Eduardo Vieira de Oliveira prefere a expressão *dano pessoal* a dano moral, “por corresponder melhor à definição real intrínseca propriamente dita (portanto lógica e ontologicamente mais perfeita), do dano pelo objeto que menoscaba: a pessoa humana”. O dano pessoal no direito do trabalho. *Revista da AMATRA III*, p. 3, mar./abr. 2002.

³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, pág. 295.

provados fatos constitutivos que ensejaram a ofensa ao seu direito geral de personalidade:

DANO MORAL. PROVA. A jurisprudência uniformizadora da SBDI- 1 desta Corte entende que a caracterização do dano moral se dá pela violação de um direito geral de personalidade, sendo suficiente para fins de responsabilidade a demonstração do evento, dispensada a prova do prejuízo quanto à lesão à honra, visto que sentimentos como a tristeza, a angústia, a dor emocional da vítima são apenas presumidos (presunção hominis) e, por isso, prescindíveis de comprovação em juízo. (TST; RR 0000133-93.2013.5.09.0007; Sexta Turma; Rel. Min. Augusto Cesar Leite de Carvalho; DEJT 25/08/2023; Pág. 4988)

Em igual direção doutrinária, Maria Bodin de Moraes conceitua dano moral como lesão à dignidade humana, sobretudo pelas consequências dela geradas. Assim, toda e qualquer circunstância que atinja a condição humana, ou que (mesmo longinquamente) negue a sua qualidade de pessoa, “será automaticamente considerada violadora de sua personalidade e, se concretizada, causadora de dano moral a ser reparado”. Ao complementar sua ideia, Moraes acentua que “a simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial (ou de um ‘interesse patrimonial’) em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora da tutela, será suficiente para garantir a reparação”.³²

Importa sublinhar que aludidos direitos de personalidade manifestam-se tanto fora quanto dentro da esfera dos contratos. Assim, o cidadão empregado, quando da execução do contrato de trabalho, tem seus direitos de personalidade salvaguardados, inclusive contra eventuais abusos da parte do empregador. Caso o trabalhador seja ofendido em sua honra, privacidade, nome, imagem, entre outros, haverá lesão a um interesse imaterial que é tutelado pelo direito, e a reparação desse dano moral estará enquadrada na responsabilidade civil contratual, sobretudo porque agente e vítima ostentam a figura jurídica de contratante (empregado e empregador) no momento da consumação do dano.

³² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 188. Sobre o tema, Paulo Eduardo Vieira de Oliveira observa que “os sentimentos íntimos de humilhação, constrangimento, vergonha ou revolta, por mais nobres que sejam, são acidentais na configuração do dano pessoal e não integram seu conceito ontológico”. O dano pessoal no direito do trabalho. *Revista da AMATRA III*, p. 5, mar./abr. 2002.

O mesmo pode-se dizer em relação aos danos morais decorrentes do acidente do trabalho. A responsabilidade civil da empresa também será do tipo contratual, sendo a prescrição aplicável a do art. 7º, XXIX, da CF e a competência da Justiça do Trabalho para julgar eventuais litígios daí decorrentes (art. 114, VI, da CF). Registre-se, contudo, a existência de equivocada corrente que insiste em dizer que tais danos acidentários são delituais, porquanto decorrentes de ato ilícito, enquadrando-se, pois, na responsabilidade extracontratual. Diante dessa premissa, propugnam pela aplicação do prazo prescricional previsto no art. 205 do Código Civil e pela fluência dos juros moratórios a partir do evento danoso na forma da Súmula n. 54 do STJ. Tal corrente sustenta que os interesses tuteláveis, nesses casos, não decorrem do contrato, mas da lei.

Ocorre que o direito de personalidade, ao mesmo tempo em que se aplica a todos os cidadãos, independentemente de estarem investidos da condição de contratante/contratado, irradia seus efeitos tutelares também na esfera contratual. A atual visão de contrato comutativo é dinâmica, reconhecendo não só as obrigações principais, como também os *deveres anexos de conduta*, pautados na boa-fé, confiança negocial e dignidade da pessoa humana. Com efeito, quando o empregado é ofendido em sua honra, durante a execução do contrato de trabalho, estaremos diante da lesão de um direito de personalidade, mas também de um dever contratual anexo de conduta.

É bem provável que a resistência de parte da doutrina em admitir a existência de danos morais contratuais incida no conceito de direito de personalidade, como absoluto (além de indisponível, irrenunciável, imprescritível e imaterial). Assim, considerando que o dano moral se caracteriza pela violação de um direito de personalidade — e sendo esse um direito absoluto e eficaz contra todos (*erga omnes*) —, boa parte dos estudiosos, seguindo esse silogismo, acabou por asseverar que a reparação do dano moral é sempre extracontratual. Ocorre que os direitos de personalidade também irradiam seus efeitos na órbita contratual, sendo, nessa medida, considerados direitos *relativos* aos contratantes.

A inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos da personalidade, dos quais o direito à intimidade constitui uma espécie. (TRT, 3ª Região, 2ª Turma, RO n. 16.022-2001, Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros, DJMG 9.2.2002, p. 6)

Destarte, a espúria invasão de privacidade do empregado, por exemplo, é ao mesmo tempo uma ofensa a um direito fundamental e uma lesão ao dever anexo do contrato, qual seja o de tratamento leal, digno e protetivo. Há aqui um evidente direito relativo ao contratante. Francisco Amaral, ao mesmo tempo em que enquadra os direitos de personalidade como absolutos — porque eficazes contra todos —, admite a possibilidade de existência da classe dos chamados *direitos de personalidade relativos*³³.

Em face de tais argumentos, a jurisprudência, antes mesmo do advento do atual Código Civil de 2002, já vinha aceitando o cabimento do dano moral contratual. Quanto à doutrina, a corrente majoritária sempre defendeu a possibilidade da reparação do dano moral tanto na órbita contratual quanto extracontratual. A propósito, Clayton Reis a vincula como um marco no processo evolutivo das civilizações:

A constatação da existência de um patrimônio moral e a consequente necessidade de sua reparação, na hipótese de dano, constituem marco importante no processo evolutivo das civilizações. Isto porque representa a defesa dos direitos do espírito humano e dos valores que compõem a personalidade do *homo sapiens*. Afinal, esses valores sempre constituíram a causa motivadora que impulsiona os homens e as civilizações no curso da história.³⁴

4. FIXAÇÃO DO VALOR DO DANO MORAL

No campo da responsabilidade civil, o solidarismo constitucional manifesta-se na postura dos julgadores em buscar a reparação efetiva do dano infligido ao trabalhador, enxergando-o em sua essência, não apenas como sujeito de direito abstrato, mas antes como gente em sua dimensão humana e merecedora de dignidade.

Não se ignore que o verdadeiro sentido da indenização dos danos morais consolida uma ideia de plena indenização, protegendo “de forma integral o

³³ AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 1, p. 248. “Consequentemente (os direitos de personalidade) são absolutos, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais. Absolutos porque eficazes contra todos (*erga omnes*), admitindo-se, porém, direitos de personalidade relativos, como os direitos subjetivos públicos, que permitem exigir do Estado uma determinada prestação, como ocorre, exemplificativamente, com o direito à saúde”, completa Amaral.

³⁴ REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 7. Registre-se que a 1. ed. foi publicada em 1991.

ser humano em todos os seus valores”. Para tanto, faz-se mister um “aprofundamento do exame de todos os resultados vivenciados pela vítima na sua intimidade”, em virtude das agressões de que foi imolada, completa Reis³⁵.

Até o advento da Reforma Trabalhista de 2017, a legislação positiva era propositadamente omissa na tarifação dos danos morais e assim o fazia de forma acertada, vez que, pela própria natureza dos direitos imateriais de personalidade, não é possível fixar valores nominais a todas as situações concretas, indiscriminadamente. Não se ignora que a natureza da indenização do dano moral não é a de reparar (restaurar) o prejuízo, sendo isso possível apenas em relação aos danos materiais. Deveras, a natureza jurídica da indenização do dano moral é a de compensar financeiramente (recompensar) a vítima do dano moral. Assim, o valor pecuniário fixado deve representar uma alegria ou lenitivo à vítima, com o propósito de compensar o sofrimento da sua dor, a qual é presumida pela simples violação do direito de personalidade.

Conforme preceitua o art. 946 do CC, combinado com o art. 509, I, CPC, o juiz deve arbitrar o valor da condenação por dano moral³⁶. Diante dessa forma aberta de arbitramento pelo julgador, a doutrina apresenta vários critérios objetivos para que se possa fixar um valor justo, razoável e consentâneo com a natureza jurídica dessa espécie de indenização.

À luz do sistema aberto, cabe ao julgador, atento aos parâmetros relevantes para aferição do valor da indenização por dano moral, fixar o *quantum* indenizatório com prudência, bom senso e razoabilidade, sob pena de afronta ao princípio da restauração justa e proporcional. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST; AIRR 0000791-88.2015.5.05.0612; 3ª Turma; Rel. Min. Alberto Bresciani; DEJT 28.10.2016; p. 2317)

Ressalta-se que qualquer critério sugerido pela doutrina ou jurisprudência deverá estar respaldado na natureza jurídica da indenização, nas regras

³⁵ REIS, Clayton. O verdadeiro sentido de indenização dos danos morais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 81, 87 e 93.

³⁶ Art. 946, CC. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar. Art. 509, CPC/15: Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor: I — por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação.

da legislação civil e nos valores da Constituição da República. Com efeito, a efetiva reparação do dano moral, mormente aquele advindo da relação empregatícia, deve representar função compensatória-preventiva³⁷.

Assim, o valor da indenização deve retratar, ao mesmo tempo, uma recompensa financeira pela dor da vítima e uma punição ao agente capaz de desestimular a reiteração da prática leviana. Observa-se que, pelo Dicionário Aurélio, a palavra *recompensar* pode tanto ser utilizada como prêmio a um serviço ou auxílio, como no sentido de “dar algo cujo valor ou importância são considerados uma boa retribuição a (esforços, dedicação, sofrimento etc.)”.

Carlos Alberto Bittar preconiza que a teoria da reparabilidade dos danos morais conta com componentes centrais que lhe conferem a expressão necessária para uma efetiva realização de suas funções, a saber: “a de trazer satisfação ao interesse lesado e, de outra parte, inibir comportamentos antissociais do lesante, ou de qualquer membro da coletividade”³⁸. José Cairo Júnior, após sistematizar o tema, sustenta a existência de cinco pilares que deverão ser levados em conta para a fixação da indenização do dano moral, quais sejam: a) condição pessoal da vítima; b) capacidade financeira do ofensor; c) intensidade do ânimo de ofender; d) gravidade; e) repercussão da ofensa³⁹.

Assim, em relação ao caráter *recompensador* do dano, além da avaliação da situação pessoal financeira da vítima, deve-se conjugar “*gravedad del ilícito y magnitud del daño*”⁴⁰. Quanto ao caráter *sancionatório*, além dos quesitos anteriores (necessidade pessoal da vítima, gravidade do ilícito e magnitude do dano), há de se considerar a capacidade econômica do agente, pois

³⁷ A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, promovida pela Anamatra e com o apoio do TST, no ano de 2007, aprovou o seguinte entendimento: “Súmula n. 51. O valor da condenação por danos morais decorrentes da relação de trabalho será arbitrado pelo juiz de maneira equitativa, a fim de atender ao seu caráter compensatório, pedagógico e preventivo.” O evento foi realizado nos dias 21 a 23 de novembro de 2007 na sede do TST e com a participação de ministros e magistrados do Brasil inteiro. Da mesma forma, houve representação dos advogados e procuradores do trabalho. Pessoalmente, tive a honra de compor o grupo de juristas convidado para atuar como moderador na IV Comissão que versou sobre *Responsabilidade civil do empregador*.

³⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 237.

³⁹ JÚNIOR, José Cairo. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003. p. 103.

⁴⁰ ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993. p. 319.

em uma empresa de grande porte somente a indenização vultosa será capaz de acoimá-la a ponto de inibir a reiteração do ilícito praticado. Quanto à vítima, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade e, portanto, merece a maior proteção possível⁴¹.

5. ARBITRAMENTO, TETO E TABELAMENTO

De forma surpreendente, a Reforma Trabalhista não só trouxe um tabelamento de dano moral, como também criou uma espécie de “teto de valor”. Ademais, não se pode deixar de consignar veemente crítica aos valores pífios propostos pela malsinada Lei 13.467, em vigor a partir de novembro de 2017. A medida, além de banalizar a prática do dano moral, surgiu na contramão da política universal que colima fixar valores capazes de desestimular a prática ilícita do agente causador do dano. Assim, ao intérprete caberá proceder a interpretação mais larga possível, a fim de prestigiar a reparação integral da vítima, princípio que norteia o instituto da Responsabilidade Civil.

Com efeito, havendo várias ofensas ao patrimônio imaterial do trabalhador, cada uma delas deverá ser influenciada pela respectiva faixa normativa de que trata o art. 223-G, § 1º, da CLT. Não por acaso que o referido artigo utiliza a expressão “*ofensa de natureza leve, média, grave ou gravíssima*”. Logo, havendo múltiplas lesões à personalidade do trabalhador, haverá múltiplas indenizações.

Observa-se que esta *acumulação* mencionada no texto da lei refere-se aos valores de cada pedido autônomo (*non bis in idem*). Interpretação diversa (conferindo igual indenização para uma e para várias ofensas acumuladas)

⁴¹ CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. cit., p. 42. Neste sentido é a ementa: “O arbitramento do valor da indenização por dano moral deve levar em consideração a extensão do dano sofrido, a condição econômica da vítima e a capacidade financeira do ofensor, além do princípio da razoabilidade, em parâmetros que atendam às funções compensatória, punitiva e educativa.” (TRT 12ª R.; RO 0000137-75.2015.5.12.0008; 3ª Câmara; Rel. Juiz Nivaldo Stankiewicz; DOESC 25.11.2016). Observa-se que o binômio *necessidade da vítima e capacidade econômica do agente* é utilizado como critério legal para a fixação de alimentos provisionais, nos termos do art. 1.694, § 1º, do Código Civil. Por analogia, tal regra de binômio axiológico passou a se estender à indenização do dano moral.

será considerada inconstitucional por afronta aos já referidos princípios da Constituição, neles incluído o da isonomia. Vale dizer, se em uma determinada situação jurídica se constatar inúmeros agravos, o valor da indenização não poderá ser o mesmo daquela em que se verificar uma única ofensa, uma vez que não se pode tratar de modo igual situações desiguais. Observa-se que o legislador ratificou esta esteira de modulação/acumulação, ao apontar graus de ofensa relacionados nos incisos I a IV, do art. 223, § 1º, da CLT, como critério informativo para cada insulto analisado individualmente.

Ainda neste tema, impende lembrar o alcance do art. 5º, incisos V e X, e § 2º, da Constituição Federal⁴², os quais asseguram, a todos, indenização por dano moral, com resposta *proporcional ao agravo*, sendo inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, sem excluir outros direitos e garantias decorrentes dos princípios adotados pela Constituição. Ora, um dos fundamentos da República é a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e a máxima efetivação dos direitos fundamentais. Com base nesse quadro constitucional, a indenização será sempre medida “pela extensão do dano” (conforme estabelece o *caput* do art. 944 do Código Civil). Não se ignora que todo direito infraconstitucional, CLT inclusive, submete-se a essas diretivas proeminentes que conferem eficácia ao sistema jurídico do tipo aberto e indenização proporcional a cada afronta⁴³.

Com o advento da Reforma Trabalhista de 2017, houve a introdução de inúmeros critérios objetivos para o magistrado arbitrar o valor do dano moral, nos termos do artigo 223-G da CLT, *verbis*:

⁴² CF, art. 5º, V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁴³ DANO MORAL. FIXAÇÃO. CRITÉRIOS. O arbitramento do valor da indenização requer observância de determinados critérios, tais como a situação social e econômica das partes envolvidas, o caráter punitivo pedagógico da medida, a vedação ao enriquecimento ilícito. Mostrando-se desproporcional o valor fixado na sentença, necessária à sua redução, de acordo com os critérios delineados no art. 223-G da CLT. (TRT 3ª R.; ROT 0010976-38.2022.5.03.0147; Nona Turma; Rel. Des. Rodrigo Ribeiro Bueno; Julg. 30/08/2023; DEJTMG 01/09/2023; Pág. 3579)

Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I — a natureza do bem jurídico tutelado; II — a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III — a possibilidade de superação física ou psicológica; IV — os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V — a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI — as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; VII — o grau de dolo ou culpa; VIII — a ocorrência de retratação espontânea; IX — o esforço efetivo para minimizar a ofensa; X — o perdão, tácito ou expresso; XI — a situação social e econômica das partes envolvidas; XII — o grau de publicidade da ofensa.

Após esquadriñar estes fatores de acordo com o caso concreto, o julgador deverá mensurar a natureza e a quantidade das ofensas para então fixar a devida indenização. Além disso, constatada a reincidência entre partes idênticas, o juiz deverá dobrar o valor, conforme dispõem as normas da CLT trazidas pela Lei 13.467/17:

Art. 223-G, § 1º: Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

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

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

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

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

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

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

De uma apressada leitura destes dispositivos, chega-se à conclusão de que o legislador acabou por criar um quadro de tabelamento e teto de valor do dano moral (cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido), o que, desde logo, surpreendeu os operadores do direito. Não por coincidência que inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram interpostas perante o Supremo Tribunal Federal. Em voto de lavra do Ministro Gilmar Mendes, prevaleceu o entendimento de que o dano moral não está sujeito à

tarifação, conforme Súmula 28 do STJ em relação à Lei de Imprensa, contudo, “isso não equivale, evidentemente, à proibição de métodos que ajudem a estabelecer a quantificação do dano extrapatrimonial”. Aliás, o Congresso Nacional, quando da Reforma de 2017, “pretendia reagir à suposta ausência de objetividade dos critérios utilizados pela magistratura trabalhista”, completa o Acórdão.

Logo, “compreendo que a norma impugnada não deve ser julgada *in totum* inconstitucional com pronúncia de nulidade”. Isso porque “os parâmetros fixados no art. 223-G, tanto nos incisos I a XII do caput do dispositivo quanto no próprio § 1º, podem validamente servir de critérios, ainda que não exaurientes, para a definição do *quantum* da reparação extrapatrimonial pelo magistrado trabalhista”, assinalou o corpo da decisão que julgou a ADI 6082, não sem antes ratificar que tais critérios e valores jamais poderão servir como “teto” ou limite pecuniário da condenação:

Repiso, porém, que tais critérios, em especial o valor-referência do salário, não podem ser utilizados como “teto”, sendo possível que o magistrado, diante das especificidades da situação concreta eventualmente, de forma fundamentada, ultrapasse os limites quantitativos previstos nos incisos I a IV do § 1º (do art. 223-G, da CLT).

Ao final, por maioria de votos⁴⁴, a Excelsa Corte não chegou a declarar a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos, preferindo optar pela técnica da *interpretação conforme à Constituição*, estabelecendo, por consequência, que tanto os valores quanto os critérios da CLT são apenas orientativos (não exaurientes) aos juízes do trabalho:

Assim, por todo o exposto, julgo parcialmente procedente as ADI para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 223-G da CLT, assentado que os critérios neles fixados não impedem que decisão judicial devidamente motivada que dialogue com os parâmetros legais fixe indenização por dano extrapatrimonial em quantia superior aos limites previstos nos incisos I, II, III e IV do § 1º do dispositivo legal⁴⁵.

⁴⁴ Ficaram vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, que entendiam pela procedência do pedido de inconstitucionalidade do art. 223-G, da CLT.

⁴⁵ Trata-se do Processo: STF; ADI 6.082; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Gilmar Mendes; Julg. 26/06/2023; DJE 18/08/2023.

Em igual sentido caminha a jurisprudência trabalhista, conforme se vê no Acórdão do Tribunal do Trabalho mineiro:

DANOS MORAIS. CRITÉRIOS PARA APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO. Acerca da apuração da indenização por danos morais devida no caso concreto, deve ser observada a decisão do STF no julgamento conjunto das ADIs nºs 6.050, 6.069 e 6.082, considerado o disposto no art. 223-G, caput e § 1º, da CLT, como fixador de *critérios orientativos, mas que não constituem teto para o arbitramento das indenizações* por danos extrapatrimoniais. (TRT 3ª R.; ROT 0010652-21.2022.5.03.0156; 11ª. Turma; Rel. Des. Marcelo Lamago Pertence; DEJTMG 30/08/2023; Pág. 2578)

6. DANO MORAL SOFRIDO PELO EMPREGADOR

Em relação à possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral, o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o tema em sentido positivo, conforme a sua Súmula n.227, aplicada às relações de emprego⁴⁶. Sublinha-se que a jurisprudência desta Corte e, em igual sentido, a dos pretórios trabalhistas⁴⁷ também firmaram posição de que a indenização, nestes casos, aplica-se restritivamente aos casos de lesão à *honra objetiva* (difamação), sendo impróprio falar em honra subjetiva da empresa (calúnia ou injúria), conforme se depreende desse emblemático acórdão:

⁴⁶ “É admissível o pedido formulado pela empresa a título de dano moral, compreendendo-se como tal o dano à imagem ou a bens imateriais (inteligência da Súmula n. 227 do STJ).” (TRT 12ª R.; RO 0002610-30.2014.5.12.0053; 6ª Câmara; Relª Juíza Teresa Regina Cotosky; DOESC 2.5.2016)

⁴⁷ “DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. LESÃO À HONRA OBJETIVA DA EMPRESA. A noção de dano moral, após a Constituição Federal de 1988, não mais se restringe ao *pretium doloris*, estendendo-se também à pessoa jurídica que tem seu nome ou imagem atacados. A proteção constitucional objetiva resguardar a imagem ou credibilidade da empresa, pois, embora a pessoa jurídica não seja titular da honra subjetiva (afeta exclusivamente ao ser humano) é detentora da honra objetiva que, uma vez violada, acarreta o dever de reparação (art. 186 do CCB/02). Assim, na esfera trabalhista, se o empregado lesar a honra da empresa, para qual trabalha, deve arcar com o ônus de reparação da lesão perpetrada. *In casu*, o contexto probatório comprovou, sobejamente, que a reclamante, no exercício de suas funções, não honrou a confiança que lhe foi depositada, na medida em que passou “a maquiagem as contas da reclamada, bem como aquelas pessoais da sócia”, repassando cheques de alunos para outras contas, falsificando extratos bancários, não providenciando o pagamento de plano de saúde, não recolhendo FGTS, COFINS e INSS, não pagando contas particulares da sócia, utilizando-se de cartão de crédito da sócia para uso próprio, informando o seu endereço para interceptar cobranças, não pagando fornecedores etc., culminando com sua dispensa por justa causa, cuja indenização ao empregador se impõe. Reforça esse entendimento o disposto no art. 52 do CC/2002, bem como a Súmula n. 227 do STJ.” (TRT 3ª R.; RO 1114/2004-005-03-00.4; 2ª Turma; Relª Juíza Conv. Maria Cristina; DJEMG 9.2.2011)

A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso, desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua. (STJ, 4ª Turma, REsp 60.033-2-ME, Rel. Min. Ruy Rosado, RSTJ 85/268-274, DJ 27/11/1995)

Neste ponto, importa indicar a distinção feita por Miguel Reale entre *dano moral objetivo* (atinente à dimensão moral da pessoa em seu meio social, envolvendo prejuízo à sua imagem) e *dano moral subjetivo* (correlacionado com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade e intimidade psíquica, causando-lhe dor ou sofrimento próprio), os quais “devem sofrer inequívoca reparação”⁴⁸.

Como se vê, o entendimento prevalecente na doutrina e na jurisprudência colima proteger a imagem mercantil da pessoa jurídica (a sua marca comercial). E assim o faz a partir de um viés patrimonial da interpretação do art. 52 do Código Civil, o qual dispõe: “aplica-se às pessoas jurídicas, *no que couber*, a proteção dos direitos da personalidade”. Entrementes, cabe registrar outro importante segmento doutrinário, que pugna por uma reelaboração dogmática deste ponto. Assim, a lógica patrimonial deve se amoldar àquela existencial atinente à dignidade da pessoa humana, a qual se encontra no vértice hierárquico do ordenamento, leciona Gustavo Tepedino: “a empresa privada, na esteira de tal perspectiva, deve ser protegida não já pelas cifras que movimenta, ou pelos índices de rendimento econômico por si só considerados, mas na medida em que se torna instrumento de promoção dos valores sociais e não patrimoniais.”⁴⁹

Com outras palavras, a empresa merecerá tutela jurídica como “um instrumento privilegiado para a realização das pessoas que é capaz de congre-

⁴⁸ REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. In: *Temas de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 23. A propósito deste tema, é o famoso processo espanhol de ofensa à honra subjetiva de empregador/pessoa física, caso Isabel Preysler e o ato ilícito de sua empregada doméstica (v. g. TC espanhol n. 115/2000). In: ABRANTES, José João. *Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho em especial, a reserva da intimidade da vida privada*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 21/22.

⁴⁹ TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 52-53.

gar em seu âmbito de atuação”⁵⁰, incluindo-se não só o próprio empresário, mas também os fornecedores, clientes e trabalhadores a ela relacionados. Percebe-se, pois, que as duas correntes doutrinárias admitem o cabimento da indenização por dano moral em prol da empresa, ainda que com fundamentos diversos. Por sua vez, a aludida Reforma Trabalhista de 2017 fez questão de trazer dispositivo específico, apontando os valores da pessoa jurídica a serem tutelados:

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

Observa-se que todos eles se incluem no aludido conceito de imagem e honra objetiva, cujas ofensas implicam prejuízos econômicos passíveis de indenização. Nesta situação, em que não cabe falar em presunção ou dano *in re ipsa*, atraindo a necessária comprovação do dano alegado pela vítima (*in casu*: o prejuízo do empregador):

DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. ART. 5º, X, CRFB. SÚMULA Nº 227, STJ. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Em termos probatórios, nos casos de dano moral em face da pessoa jurídica, por estarem envolvidas questões objetivas da seara comercial, não se deve lançar mão da presunção *in re ipsa*, cabendo à parte demonstrar claramente os efetivos danos à pessoa jurídica, conforme decorre dos artigos 818 da CLT e 373, I, do CPC. (TRT 9ª R.; ROT 0000143-42.2023.5.09.0863; 6ª Turma; DJE 04/09/2023)

Na atualidade, os casos mais frequentes de dano moral sofrido pelo empregador versam sobre excessos de expressões publicadas em redes sociais ou em sites de reclamação (*WhatsApp, Facebook, Reclameaqui, Consumidor.gov; Instagram, LinkedIn*). Diante do caso concreto, ao julgador cabe ponderar qual direito prevalecerá em detrimento de outro: a liberdade de expressão do empregado ou a lesão à imagem da empresa. Sublinha-se que neste tema há inúmeros incisos do artigo 5º da Constituição Federal que devem ser alinhados e ponderados:

⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 52-53. O jurista carioca complementa: “a lesão à reputação de uma empresa comercial atinge — mediata ou imediatamente — os seus resultados econômicos, em nada se assemelhando, por isso mesmo, à chamada honra objetiva, com os direitos da personalidade”.

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

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

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; (...)

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

Assim, quando da colisão de direitos fundamentais incidente em cada caso concreto, ao juiz caberá aplicar o princípio da proporcionalidade, ponderando a tutela do maior valor jurídico em detrimento daquele de menor importância, além das cláusulas pétreas próprias desta matéria⁵¹:

CRÍTICA AO EMPREGADOR EM REDE SOCIAL. A Constituição Federal garante a *liberdade de expressão*, vedando a *prévia censura*. Em mesmo patamar, assegura reparação, *veda o anonimato e reconhece o direito de resposta*. Com isso, estabelece que o exercício da liberdade de expressão condiciona-se à responsabilidade. Divulgação em rede social tem potencial de atingimento de milhões de pessoas, sem contar as infinitas republicações. Uma vez lançada no ambiente virtual, a palavra não mais se cala. Os efeitos de crítica contundente ao empregador, que não se estriba, sequer, em confiável veracidade, impedindo ao agredido direito de resposta, ensejam a quebra da fidedignidade do contrato. (TRT-2ª R., 9ª T., ROT1000818-72.2014.5.02.0321, DEJT: 27/03/2015)⁵²

⁵¹ Conforme assinala o festejado professor da Universidade Nova de Lisboa, o princípio teve origem no direito administrativo para controlar o poder derivado da intervenção pública e “expandiu-se para o direito privado, máxime para as situações contratuais de poder-sujeição”; o objetivo é impor “limites à prevalência de uma parte sobre a outra e transformar assim essas situações de poder em situações de equilíbrio ou, pelo menos, de desequilíbrio tolerável.” ABRANTES, José João. *Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho em especial, a reserva da intimidade da vida privada*. Coimbra: Almedina, 2014.p. 18.

⁵² Em sentido diverso: “MANIFESTAÇÃO DA EMPREGADA EM REDE SOCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO DA FALTA GRAVE. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO CONCRETO E GRADAÇÃO DAS PENAS. Na hipótese, é incontroverso o fato de que a reclamante publicou em seu perfil nas redes sociais a seguinte frase: Escrava na empresa Correios. Sabe-se que a liberdade de expressão é preceito fundamental assegurado a todos os indivíduos, que encontra guarida na Constituição Federal, especialmente, no seu artigo 5º, IV. Não obstante, como qualquer garantia constitucional, o seu exercício possui limites que devem ser observados, de modo que a livre manifestação do pensamento ou opinião nunca poderá se sobrepor à esfera jurídica de outrem, sob pena de configuração do uso abusivo de tal liberdade. (...) Contudo, de modo objetivo, tem-se que a referida conduta, por si só, não serve como justo motivo para o término

Na atenta observação doutrinária de Mello, o exercício do direito de crítica do empregado nas redes sociais é pleno, dada a liberdade de expressão e a preservação do direito de identidade do empregado, não havendo que falar em dano moral em prol da empresa manifestações que sequer revelam crimes contra a honra, nem tampouco incorrem em abuso de direito (a exemplo de insultos ou utilização de termos excessivos, tendentes a afetar o regular funcionamento da organização ou do correto cumprimento do contrato)⁵³. Às vezes pode acontecer que o ato do empregado, capaz de macular a reputação da empresa, tenha ocorrido sem qualquer repercussão significativa, ou intenção de prejudicar o empregador, ocasião em que a indenização postulada restará prejudicada⁵⁴.

Registra-se que a Lei 13467/17, ao introduzir o já mencionado art. 223-G à CLT, fixou critérios objetivos ao julgador no momento de arbitrar o valor do dano moral, os quais se aplicam tanto à pessoa física quanto à jurídica. Após ponderar tais circunstâncias, o juiz arbitraré a indenização nos termos dos aludidos §§ 1º a 3º do referido art. 223-G⁵⁵. Observa-se que o § 2º do aludido dispositivo deixa claro que se o ofendido for o empregador/pessoa jurídica, o valor da indenização levará em conta os mesmos parâmetros do parágrafo anterior, considerando, para tanto, o valor do salário contratual do empre-

do contrato de trabalho, uma vez que, ao contrário do disposto no acórdão regional, não possui o condão de ofender a honra e imagem da ré em gravidade se permita a aplicação direta da pena máxima à empregada, considerando o já mencionado sentido coloquial emprestado à expressão, que afasta, inclusive, a subsunção exata à proibição prevista em norma interna da empresa. (TST; RR 1000864-41.2018.5.02.0444; 7ª Turma; Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão; DEJT 23/06/2023; Pág. 6515)”.

⁵³ MELLO, Cristiane. *Direito de crítica do empregado nas redes sociais e a repercussão no Contrato de Trabalho*. SP: LTr, 2015, pág. 125

⁵⁴ OPINIÃO EM REDES SOCIAIS. JUSTA CAUSA. Comprovado que a manifestação do trabalhador não se tratou de ofensa pessoal, mas simples desabafo pessoal, sem a utilização de palavras de baixo calão, acrescido ao fato de que foram poucas “curtidas” e nenhum comentário depreciativo, conclui-se que não houve repercussão suficiente para macular a imagem da empregadora. (TRT-15. RO: 0010474-87.2015.5.15.0090, DJ: 06/02/2017)

⁵⁵ Art. 223-G, § 1º da CLT: “Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I — ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II — ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III — ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV — ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido. § 2º - Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor. § 3º - Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.”

gado ofensor. Logo, quanto maior o cargo e a remuneração do agente, maior será o valor da indenização da vítima (pessoa jurídica).

7. O TEMA À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO

Ao contrário dos sistemas jurídicos herméticos, próprios do Positivismo do século XIX, o atual sistema pátrio é aberto justamente porque possibilita a inserção de novos elementos dentro da ordem jurídica. Contudo, essa absorção dinâmica encontra limites nos próprios contornos da Constituição Federal. Com outras palavras, novas regras infraconstitucionais são bem-vindas ao sistema jurídico aberto, desde que não conflitem com os diques formais (regras de hierarquia, delegação e competência) e materiais (regras de valores, princípios e conteúdo). E, assim, cada vez que uma nova regra editada confronta com tais limites, será inconstitucional e, portanto, inválida.

Nessa esteira, pode-se dizer que é inconstitucional o art. 223-A da CLT, proposto pela Lei 13467, ao (tentar) impor regramento restritivo à matéria, ao dispor: “aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho **apenas** os dispositivos deste Título”. Ora, não cabe ao legislador ordinário alijar expressamente o alcance de outras normas ligadas ao tema, sobretudo normas constitucionais e civis. Não se ignora que o sistema jurídico contém regras próprias de integração, revogação e harmonização. Uma delas é justamente a submissão das leis ordinárias à Lei Maior. Não existe microssistema jurídico (CLT, CDC, CC, CPC etc.) divorciado do sistema constitucional. Vale dizer: assim como o sistema solar tem o sol em seu centro, cujas luzes alumiam os demais planetas, o sistema jurídico tem na Constituição Federal a sua centralidade, iluminando e influenciando todos os microssistemas que orbitam em torno dela. Nesta toada, a Suprema Corte brasileira, quando do Voto conjunto da ADI 5870, 6.050, 6.069 e 6.082, redigido pelo Ministro Gilmar Mendes, conferiu *interpretação conforme a Constituição*, assim constando:

A disciplina legislativa em momento algum afastou – e nem poderia afastar – a aplicação dos princípios constitucionais que regem as relações de trabalho, seja no âmbito do regramento dos danos extrapatrimoniais, seja em qualquer outra dimensão das relações jurídicas trabalhistas.

Ainda que a norma prevista no art. 223-A expressamente circunscreva o tratamento da reparação extrapatrimonial às disposições do Título II-A, é inequívoco que, ao apreciar cada caso concreto, o magistrado deverá proceder a uma interpretação íntegra do ordenamento jurídico pátrio, no que se insere o inafastável respeito aos princípios constitucionais.

Despiciendo ainda observar que eventuais lacunas na aplicação da legislação trabalhista poderão ser colmatadas pelos juízes por meio do recurso à analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Disso resulta que, ao menos naquilo que não implicarem contrariedade expressa ao regime da CLT, os parâmetros fixados no Título IX do Código Civil, poderão ser supletivamente aplicados às relações trabalhistas. (destaques nossos)⁵⁶

O mesmo silogismo também se aplica em relação à necessária integração da lei previdenciária na seara trabalhista dos acidentes, a exemplo da figura da *concausa* prevista no art. 21, I, da Lei 8213/91⁵⁷. Tal dispositivo, em conjunto com o art. 223-E da CLT (“são responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na *proporção da ação* ou da omissão”), levou a doutrina e a jurisprudência a concluir que, em caso de *concausa*, será possível ao julgador reduzir o valor da indenização:

PATOLOGIA DO TRABALHO. NEXO DE CONCAUSALIDADE. Reconhecido o *nexo de concausalidade* entre o labor e a patologia de que padeceu a trabalhadora no ombro direito, equiparada a acidente de trabalho (art. 21, inciso I da Lei nº 8.213/91), na correta proporcionalidade constatada pela perícia, a responsabilidade do empregador pelos danos decorrentes é mero corolário, na forma do previsto no art. 186 do Código Civil, combinado com o contido nos arts. 2º e 223-E da *Lei Consolidada* (CLT), sendo devidas as indenizações pelos danos morais e materiais advindos do agravamento da patologia pelo labor. CRITÉRIO DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. O valor da indenização por danos morais deve ser arbitrado tomando-se em consideração a contribuição da empresa para o surgimento ou agravamento da patologia, de acordo com o critério da proporcionalidade e as balizas constantes do art. 944 do Código Civil, especialmente *após a decisão do Excelso*

⁵⁶ Trata-se do Processo: STF; ADI 6.082; DF; Tribunal Pleno; Rel. Min. Gilmar Mendes; Julg. 26/06/2023; DJE 18/08/2023.

⁵⁷ Art. 21. “Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação”;

Supremo Tribunal Federal proferida nas ADI 5.870; 6.050; 6.069 e 6.082. (TRT 24ª R.; ROT 0025004-47.2021.5.24.0022; 2ª. Turma; Rel. Des. Francisco das Chagas L. Filho; DEJTMS 04/09/2023; Pág. 1967)

8. DANO MORAL DOS FAMILIARES DA VÍTIMA

Dano por ricochete é aquele que advém do verbo ricochetear. Vale dizer, algo que se movimentava e muda o seu curso. A doutrina francesa criou a teoria do “*le dommage par ricochet*”, também chamado de dano indireto ou reflexo. Oportuna, a propósito, a observação feita por Yusef Cahali:

Embora o dano deva ser direto, tendo como titulares da ação aqueles que sofrem, de frente, os reflexos danosos, acolhe-se também o dano derivado ou reflexo (ou por ricochete), de que são os titulares que sofrem, por consequência, aqueles efeitos, como no caso do dano moral sofrido pelo filho diante da morte de seus genitores e vice-versa.⁵⁸

Assim, no caso de o acidentado falecer, em decorrência de acidente ou doença ocupacional, poderão ingressar com ação de dano moral todos aqueles que mantinham permanente convivência ou estreito laço afetivo com o *de cuius*. Repare que aqui os demandantes agirão em nome próprio, e não em substituição à dor do acidentado. O sofrimento e a angústia que originam o dano moral, nesse caso, não se dão pela incapacidade laborativa do acidentado, mas pela perda abrupta de um ente querido, sendo legítimos para pleitearem essa espécie de dano moral não aqueles “a quem o morto devia alimentos” (art. 948, II, CC), mas aqueles que conviviam com o falecido e com ele mantinham intensa afeição.

Interessante transcrever a decisão abaixo, de lavra do Ministro do STJ, Napoleão Nunes Maia Filho, a qual bem traduz a finalidade e o cabimento do dano moral reflexo, também chamado de dano em ricochete (ou por ricochete):

DANO MORAL REFLEXO. PRECEDENTES. 1. Não obstante a compensação por dano moral ser devida, em regra, apenas ao próprio ofendido, tanto a doutrina quanto à jurisprudência tem admitido a possibilidade dos paren-

⁵⁸ CAHALI, Yusef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 116.

tes do ofendido e a esses ligados afetivamente, postularem, conjuntamente com a vítima compensação pelo prejuízo experimentado, conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo. 2. Trata-se de hipótese de danos morais reflexos, ou seja, embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros. É o chamado dano moral por ricochete, cuja reparação constitui direito personalíssimo e autônomo dos referidos autores. 3. No caso em apreço, não pairam dúvidas que a esposa e o filho foram moralmente abalados com o acidente que vitimou seu esposo e pai, atualmente sobrevivendo em estado vegetativo, preso em uma cama, devendo se alimentar por sonda, respirando por traqueostomia e em estado permanente de tetraplegia, sendo que a esposa jamais poderá dividir com o marido a vicissitudes da vida cotidiana de seu filho, ou a relação marital que se esvazia, ou ainda, o filho que não será levado pelo pai ao colégio, ao jogo de futebol, ou até mesmo a colar as figurinhas da copa do mundo. 4. Dessa forma, não cabe a este relator ficar enumerando as milhões de razões que atestam as perdas irreparáveis que sofreram essas pessoas (esposa e filho), podendo qualquer um que já perdeu um ente querido escolher suas razões, todas poderosamente dolorosas; o julgamento de situações como esta não deve ficar preso a conceitos jurídicos ou pré-compreensões processuais, mas leva em conta a realidade das coisas e o peso da natureza da adversidade suportada. 5. Esta Corte já reconheceu a possibilidade de indenização por danos morais indiretos ou reflexos, *sendo irrelevante, para esse fim, até mesmo a comprovação de dependência econômica entre os familiares lesados*. Precedentes. (STJ); AgRg-REsp 1.212.322; Proc. 2010/0166978-7; SP; 1ª Turma; DJE 10.6.2014)

Conforme assinala José de Aguiar Dias⁵⁹, nenhuma dificuldade ocorre quanto aos parentes próximos da vítima, pois neste caso a convivência e o prejuízo se presumem. São os casos de irmãos do acidentado, por exemplo, em que caberá à parte *ex-adversa* demonstrar o contrário, qual seja que naquele caso excepcional não havia proximidade entre eles⁶⁰. Quanto à dor propriamente dita dos familiares, esta será sempre presumida. Vale dizer

⁵⁹ DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954. t. II, p. 782.

⁶⁰ “ACIDENTE DE TRABALHO. MORTE DO TRABALHADOR. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR RICOCHETE. AÇÃO AJUIZADA PELOS IRMÃOS DO EMPREGADO. Trata-se de dano moral reflexo ou indireto, também denominado dano moral por ricochete, cujo reconhecimento prescinde de prova de que os parentes dependessem economicamente da vítima, pois de danos materiais não se trata. Em princípio, apenas se ficasse demonstrado que os irmãos da vítima não tivessem nenhum vínculo afetivo ou nenhuma convivência familiar com ela é que se poderia afastar a presunção in re ipsa dos danos morais, o que não é o caso dos autos, pois não consta no acórdão recorrido nada nesse sentido. Precedentes do TST e do STJ.” (TST; RR 0001578-23.2012.5.15.0070; 6ª Turma; Relª Min. Kátia Magalhães Arruda; DEJT 26.6.2015; p. 1893)

que não se pode exigir que os autores da ação, partes legítimas que mantinham estreito laço afetivo com o *de cuius*, tenham que provar em juízo que a aludida morte do acidentado implicou angústia, aflição ou grave sentimento de pesar, uma vez que tais infortúnios constituem dano moral *in re ipsa*⁶¹.

Ao considerar que o paradigma que norteia a Responsabilidade Civil encontra-se estribado no princípio da máxima tutela da vítima, nada mais consentâneo do que incluir, nesta proteção, o patrimônio moral e material dos terceiros que se vêem atingidos por manterem estreito laço afetivo. Ainda que distintos, a causa reflexa do prejuízo encontra-se relacionada com a causa direta, *in casu* o acidente do trabalho.

DANO MORAL EM RICOCHETE. A jurisprudência e a doutrina há muito reconhecem que o dano moral pode ocorrer *não apenas à vítima direta, mas indiretamente (por ricochete) àqueles que estão próximos*, que integram o núcleo familiar sanguíneo e até mesmo por afinidade. *A lesão à vítima é de tamanha gravidade que transborda o sofrimento personalíssimo, atingindo várias pessoas no entorno de sua vida social*. É o caso, normalmente, do(a) cônjuge, companheiro(a), filho(a) e genitores, os quais, normalmente estão próximos no convívio e o abalo moral em uma das pessoas atinge a todos, indiretamente. Há uma presunção (relativa) de abalo moral aos descendentes, cônjuge, ascendentes e irmãos, pois incluídos nos limites do núcleo familiar, seja sanguíneo, seja por afetividade/afinidade. Por ser uma presunção relativa, é possível que a parte contrária demonstre que, a despeito da proximidade sanguínea, não havia qualquer envolvimento entre as partes; há muito romperam, entre outros fatos que revelem a desconsideração com o outro. Não comprovado esse afastamento, é devida a indenização. (TRT 4ª R.; ROT 0020504-42.2021.5.04.0523; 6ª. Turma; DEJTRS 10/08/2023)

Na esfera da Justiça do Trabalho sempre que se fala em dano reflexo, ou por ricochete, o primeiro exemplo que vem à mente é o da dor do filho, em face da morte por acidente de trabalho de seu pai, ou mesmo da dor da esposa pela morte do marido trabalhador. Todavia, importa sublinhar a existência de dano por ricochete em casos que não houve necessariamente óbito da vítima direta. A título de exemplo, mencionam-se a dor dos filhos em ver

⁶¹ ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL EM RICOCHETE. Em relação aos parentes do pequeno círculo familiar, ou seja, a família propriamente dita (pai, mãe, cônjuge, filhos e também os irmãos), o dano moral ocorre *in re ipsa*, não demandando, portanto, maiores indagações. Para além desse pequeno círculo, a indenização é devida caso comprovada a estreita relação. (TRT 3ª R.; ROT 0011143-43.2022.5.03.0151; 7ª. Turma; DEJTMG 31/08/2023; Pág. 1992)

seus pais submetidos a condições análogas à de escravo; o constrangimento social dos familiares em conviver com calúnias e difamações injustas contra seu filho; a dor do cônjuge em ver sua esposa sendo assediada sexualmente pelo chefe; ou mesmo a aflição da mulher em ver seu marido lesado em acidente de trabalho, de forma a prejudicar sua locomoção, ou restringir sua vida afetiva:

O dano moral reflexo pode se caracterizar ainda que a vítima direta do evento danoso sobreviva. É que o dano moral em ricochete não significa o pagamento da indenização aos indiretamente lesados por não ser mais possível, devido ao falecimento, indenizar a vítima direta. É indenização autônoma, por isso devida independentemente do falecimento da vítima direta. (TRT 18ª R.; ROT 0010080-06.2021.5.18.0052; 1ª. Turma; DJEGO 15/08/2023; Pág. 1166)

Em relação ao montante devido da condenação, há um rateio em partes iguais, de forma similar à partilha do dano material e do crédito do *de cujus* em relação ao FGTS, consoante aplicação analógica do art. 77, § 1º, da Lei n. 8.213/91, e do art. 1º da Lei n. 6.858/80⁶², respectivamente. Nesse sentido, caminha a jurisprudência do TST e do STJ:

Quanto ao valor da condenação deve ser global e partilhado entre todos os que se encontram legitimados a receber a verba. Vale dizer: a todos aqueles que mantinham laço afetivo com o falecido. (STJ, 4ª Turma, Resp 163484/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 20.8.1998)

Quanto à possibilidade da adoção do critério de rateio entre todos os legitimados, cabe a aplicação analógica do art. 77 da Lei n. 8.213/91 (a pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais). (TST; RR 0000081-36.2013.5.08.0101; 6ª Turma; Rel. Min. Augusto Cesar Leite de Carvalho; DEJT 14.3.2014; p. 862)

Em situações especiais e justificadas, ao julgador cabe arbitrar valor diferenciado de acordo com a circunstância do caso e da proximidade mantida entre o falecido e as partes demandantes. Muitas vezes, acontece de deter-

⁶² Reza o art. 1º da Lei n. 6.858/80: “Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP, não recebidos em vida pelos respectivos titulares, *serão pagos, em quotas iguais*, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento”. Reza a Lei n.º 8.213/91: art. 77: “A pensão por morte, havendo mais de um pensionista, será rateada entre todos em parte iguais. § 1º Reverterá em favor dos demais a parte daquele cujo direito à pensão cessar”.

minados entes próximos do falecido postularem, em ação judicial separada, o seu quinhão correspondente à indenização reflexa; às vezes, em momento posterior ao rateio do valor global feito em acordo ou por sentença judicial. Neste caso, à parte interessada caberá buscar sua parte na divisão, sem por meio de ação autônoma ou em ação de regresso contra aqueles que foram inicialmente beneficiados. O que não se admite é o agente-empregador ter que pagar novo valor sob o mesmo título; fato que importaria *bis in idem*.

ACIDENTE DE TRABALHO. FALECIMENTO DO TRABALHADOR. INDE-
NIZAÇÃO POR DANO MORAL EM RICOCHETE. TRANSAÇÃO REALIZADA
PELO CÔNJUGE EM AÇÃO DIVERSA. SUBSISTÊNCIA DO DIREITO DE AÇÃO
DOS DEMAIS ATINGIDOS. PROVIMENTO. A morte de trabalhador em de-
corrência de acidente de trabalho presumivelmente ocasiona dano moral
em ricochete sobre o núcleo familiar imediato, tendo os atingidos direito
personalíssimo de reclamar a respectiva indenização, seja em conjunto,
seja individualmente, porquanto referida pretensão não decorre do di-
reito sucessório, sendo antes individual, requerido em nome próprio por
cada Demandante. Por outro lado, não há na legislação pátria determina-
ção de direito de preferência sobre a reparação moral, nem obrigação de
que todos os que se sintam atingidos demandem em conjunto, de maneira
que o entendimento do Tribunal *a quo*, de que o fato de ter a viúva realiza-
do acordo em outra ação reclusatória, percebendo idêntica indenização,
tem o condão de retirar dos pais e irmã do empregado falecido o direito a
pleitear a reparação em comento afrontou diretamente o inciso X do art.
5º da CF, alcançando conhecimento o recurso de revista, no particular, e
devendo ser provido para declarar que os Autores têm legitimidade para
pleitear a indenização por dano moral decorrente do óbito do trabalhador
vitimado por acidente de trabalho. (TST; RR 0159000-71.2009.5.01.0065;
5ª Turma; Rel. Des. Conv. Tarcísio Régis Valente; DEJT 27.11.2015; p. 1664)

9. A DECISÃO DO STF ACERCA DO DANO EM RICOCHETE

Um dos dispositivos mais controvertidos, trazidos pela Reforma Traba-
lhista de 2017, refere-se ao art. 223-B, da CLT, na parte em que declara que
o dano moral trabalhista somente se dá em relação aos *titulares exclusivos*
do direito à reparação. Eis a redação: “Art. 223-B. Causa dano de natureza
extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial
da pessoa física ou jurídica, as quais são as *titulares exclusivas do direito à*
reparação.”

De uma interpretação precipitada, poder-se-ia concluir que, com a vigência desse dispositivo, os autores do dano reflexo estariam excluídos do conceito de “titular exclusivo do direito à reparação”. Ledo engano, pois tanto do ponto de vista sistêmico-constitucional quanto do próprio conceito de dano em ricochete persiste tal direito juridicamente reconhecido. Senão vejamos.

Conforme visto, o chamado dano reflexo ou por ricochete constitui dano moral próprio daqueles que mantêm estreito laço afetivo com a vítima do acidente de trabalho. Vale dizer: o que é reflexo ou indireto não é a titularidade do direito, mas tão somente o seu fato gerador, qual seja o acidente de trabalho ou a doença ocupacional. Assim, no dano moral reflexo há uma causa mediata (o acidente propriamente dito) e outra imediata, cujos titulares são aqueles que se veem ofendidos em sua esfera moral ou existencial, diante da injusta morte ou incapacidade de seu ente querido.

Ademais, o dano moral reflexo também subsiste pela melhor interpretação sistêmica-jurídica, mormente em relação ao alcance do art. 5º, incisos V e X, e § 2º, da Constituição Federal⁶³, os quais asseguram a todos a respectiva indenização por dano moral, além do direito de resposta proporcional ao agravo. Aliás, não se pode esquecer de dois fundamentos da República: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) e a máxima efetividade dos direitos fundamentais. Assim, qualquer sujeito que se veja ofendido em sua personalidade, aqui incluída a dor de perder injustamente um ente querido por acidente de trabalho, terá direito a indenização por dano moral, prevista no art. 5º, X, da Constituição Federal.

Nessa esteira, pode-se dizer que eventual interpretação do art. 223-B da CLT, que restrinja o amplo espectro do dano moral, previsto na Constituição da República (art. 5º, X, combinado com o art. 1º, III, e com o § 2º do art. 5º), será inválida por ofensa à ordem constitucional. Neste sentido, quando da decisão do STF na ADI 6050/DF, o Ministro Gilmar Mendes, seguido pela maioria de seus pares, conferiu a seguinte interpretação conforme à Constituição:

⁶³ CF, art. 5º, V: é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Penso que uma interpretação que desconsiderasse a possibilidade de acionamento da Justiça do Trabalho pela hipótese de dano em ricochete resultaria em estado de absoluta inconstitucionalidade. Essa leitura do art. 223-B da CLT faria com que o largo âmbito de proteção do art. 5º, inciso V, da CF restasse esvaziado, na medida em que se inviabilizaria a reparação de danos por acidente de trabalho que resultasse, por exemplo, em morte da vítima. (...) Por esses motivos, *entendo ser necessário conferir interpretação conforme à Constituição, afastando-se qualquer interpretação que impeça o exercício de pretensão, em juízo, de reparação de dano extrapatrimonial na Justiça do Trabalho pela hipótese do dano em ricochete ou dano reflexo.*

Como se vê, sob as corretas lentes do STF, não cabe ao legislador ordinário reduzir o alcance de normas constitucionais, sobretudo as que conferem direitos fundamentais a *todos*, como é o caso do art. 5º, X, da CF. Quando o constituinte, nesta cláusula pétreia, assegurou a indenização por dano moral, incluiu a hipótese do familiar ou sujeito com estreito laço afetivo, que teve sua dignidade afetada ao ver incapacitado ou morto um de seus queridos entes, em razão de um acidente ou doença ocupacional.

Por último, cabe sublinhar que não se confunde a Ação da genitora do falecido, ao postular direito específico do *de cuius*, com a sua própria demanda, pleiteando dano reflexo (ou em ricochete). São direitos distintos, sendo que o exercício de um não exclui o do outro:

Coisa julgada. Acordo arbitral. É certo que o direito transacionado era do espólio, transmitido por sucessão hereditária. Contudo, na presente demanda, a pretensão recai sobre direito próprio da genitora, decorrente da morte de seu filho. Trata-se do denominado dano moral indireto, também chamado dano em ricochete, caracterizado pelo fato de atingir e, por conseguinte, legitimar pessoas diversas daquelas que foram vítimas do ato praticado. O fato de a viúva ter celebrado acordo arbitral sobre direito do *de cuius*, na qualidade de sucessora, não pode incidir como óbice à genitora deduzir em juízo direito próprio. (TST; AIRR 0000910-43.2012.5.11.0012; 3ª Turma; Relª Desª Conv. Vania Maria da Rocha Abensur; DEJT 19.6.2015; p. 2726)

Quanto à competência material para julgar o dano moral reflexo, até pouco tempo havia controvérsia entre os operadores do direito. De um lado os que sustentavam a alçada da Justiça Comum, pelo fato de os autores postularem direitos próprios de afeição; de outro, os que defendiam a

competência da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, VI, da Constituição Federal. De nossa parte, conforme sustentamos alhures⁶⁴, o fator determinante para atrair a competência trabalhista (*vis attractiva*) reside no fato de os autores pleitearem “ação de indenização decorrente da relação de trabalho”, conforme prevaleceu, *a posteriori*, perante a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e do Supremo Tribunal Federal (STF 1^a T., RE-AgR 503043/SP, DJ 1^o.6.2007) ⁶⁵.

CONCLUSÃO

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidades, conferiu importante interpretação ao Título II – *Do Dano Extrapatrimonial*, trazido pela Lei 13.467/17. Apesar deste rótulo, observa-se que a Reforma Trabalhista também trouxe regramento relativo ao “dano patrimonial”, a exemplo do art. 223-F, § 1^o e 2^o, que contempla a acumulação da indenização por dano material e moral e esclarece que a composição das perdas e danos compreendem os lucros cessantes e os danos emergentes.

A aludida decisão teve repercussão geral dentro do chamado *controle concentrado de constitucionalidade*, produzindo efeito vinculante e eficácia *erga omnes* para todos os órgãos do Judiciário e da Administração Pública. Tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes, no julgado prevaleceu a adoção da técnica da *interpretação conforme a Constituição*. Assim, não houve

⁶⁴ E assim o fizemos desde a 3^a edição da obra “*Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*”, publicado pela Editora LTr em 2008.

⁶⁵ Eis as decisões: “Compete à Justiça do Trabalho apreciar e julgar pedido de indenização por danos morais e patrimoniais, decorrentes de acidente do trabalho, nos termos da redação originária do art. 114 c/c inciso I do art. 109 da Lei Maior. Precedente: CC n. 7.204. Competência que remanesce ainda quando a ação é ajuizada ou assumida pelos dependentes do trabalhador falecido, pois a causa do pedido de indenização continua sendo o acidente sofrido pelo trabalhador. Agravo regimental desprovido.” (STF 1^a T., RE-AgR 503043/SP, Carlos Ayres Britto, DJ 1^o.6.2007). O TST segue a mesma orientação: “ACIDENTE DO TRABALHO. Dano moral por ricochete. Competência da justiça do trabalho. Desde o julgamento, pelo STF, do Conflito de Competência n. 7.545, em 14.8.2009, já não persistem dúvidas de que a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações em que os familiares de empregado falecido em acidente de trabalho postulam, em nome próprio, indenizações por danos morais e/ou patrimoniais daí decorrentes.” (TRT 4^a R.; RO 0000536-50.2013.5.04.0541; 7^a Turma; Rel. Juiz Conv. Manuel Cid Jardim; DEJTRS 27.3.2015; p. 151)

declaração de inconstitucionalidade propriamente dita, mas apenas a eliminação de hipóteses incompatíveis com o texto constitucional.

Em relação ao art. 223-C da CLT, a Excelsa Corte esclareceu que, ao apontar os bens jurídicos passíveis de tutela, o dispositivo o fez de modo apenas exemplificativo, sendo equivocada conferir qualquer interpretação restritiva nesta matéria dos direitos de personalidade.

Sem dúvida, o dispositivo mais polêmico da Reforma encontra-se no art. 223-G, ao prever tabelamento, critérios objetivos e (suposto) teto de valor para o arbitramento do dano moral. Neste particular, o STF, apesar de afastar a pronúncia de nulidade por inconstitucionalidade da norma, adotou a *interpretação conforme* para estabelecer que os critérios acrescidos à CLT são apenas orientativos (não exaurientes), e os valores de referência contidos podem ser ultrapassados pelos juízes do trabalho, uma vez que não são nem devem ser interpretados como limite máximo.

Outra polêmica examinada no julgado em comento diz respeito à expressão contida no art. 223-A: “aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho *apenas* os dispositivos deste Título”. Nas corretas lentes do Supremo Tribunal Federal, “a disciplina legislativa em momento algum afastou – e nem poderia afastar – a aplicação dos princípios constitucionais que regem as relações de trabalho, seja no âmbito do regramento dos danos extrapatrimoniais, seja em qualquer outra dimensão das relações jurídicas trabalhistas”, cabendo ao magistrado proceder “a uma interpretação íntegra do ordenamento jurídico pátrio”.

Finalmente, a Excelsa Corte enfrentou a questão do cabimento do dano moral em ricochete na esfera trabalhista, ensejada pela obscura redação do art. 223-B, ao dispor: “causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as *titulares exclusivas do direito à reparação*”. Neste ponto, o voto prevalecente foi incisivo ao entender ser necessário conferir interpretação conforme à Constituição para afastar qualquer exegese que impeça a pretensão, em juízo, de reparação de dano em ricochete na Justiça do Trabalho, pois, do contrário, haveria esvaziamento espúrio do largo âmbito de proteção disposto no art. 5º, V, da Constituição, concluiu a Suprema Corte.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João. *Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho em especial, a reserva da intimidade da vida privada*. Coimbra: Almedina, 2014.

AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução. Vol. 1*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CAHALI, Yusef Said. *Dano moral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2005.

CAIRO JÚNIOR, José. *O acidente do trabalho e a responsabilidade civil do empregador*. São Paulo: LTr, 2003.

CASILLO, João. *Dano à pessoa e sua indenização*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. *Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho*. 6ª. edição, SP: Editora LTr, 2017.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil. T. II*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1954.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

FISCHER, Hans Albrecht. *A reparação dos danos no direito civil*. Tradução: António de Arruda Ferrer Correia. São Paulo: Saraiva, 1938.

FLORINDO, Valdir. *Dano moral e o direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Danos morais e direitos da personalidade*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MALLET, Estêvão. *Direitos de personalidade e direito do trabalho*. *Revista LTr*, n. 68-11, p. 1309, nov. 2004.

MARTINEZ, Luciano. O dano moral social no âmbito trabalhista. *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, São Paulo: LTr, n. 17, ano XVII, p. 56, 2009.

MAZEAUD, Henry; MAZEAUD, Leon. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tradução: Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Título original: *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*. Buenos Aires: EJE, 1961.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009

MELLO, Cristiane. *Direito de crítica do empregado nas redes sociais e a repercussão no Contrato de Trabalho*. SP: LTr, 2015.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. *O dano pessoal no direito do trabalho*. *Revista da AMATRA* III, p. 3, mar./abr. 2002.

REALE, Miguel. O dano moral no direito brasileiro. In: *Temas de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

REIS, Clayton. O verdadeiro sentido de indenização dos danos morais. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil. Responsabilidade*. V.4. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1995

SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. t. II, 12. ed. Paris: General, 1951.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SOUZA, Marco Antônio Scheuer de. *O dano moral nas relações entre empregados e empregadores*. Erechim: Edelbra, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ZANNONI, Eduardo A. *El daño en la responsabilidad civil*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1993.

Submissão: 24.abril.2024

Aprovação: 31.maio.2024

LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO

Labor and Pension Legal Limbo

Milton Vasques Thibau de Almeida¹

ÁREA: Direito do Trabalho e Previdenciário.

RESUMO: Frequentemente o INSS adota políticas públicas que visam encurtar o prazo de duração da suspensão do contrato de trabalho dos segurados que foram afastados do trabalho por motivo de enfermidade. O objetivo da autarquia previdenciária é a redução de gastos com a concessão dos benefícios de auxílio por incapacidade temporária (antiga designação do auxílio-doença), pouco importando se a alta médica é concedida com o segurado ainda sendo portador de enfermidade. A análise do tema utiliza os métodos histórico e analítico-dedutivo, com o objetivo de melhor compreensão dos impactos sociais e econômicos emergentes.

PALAVRAS-CHAVE: Limbo jurídico; Limbo jurídico trabalhista; Limbo jurídico previdenciário; auxílio por incapacidade temporária; auxílio-doença.

ABSTRACT: *Frequently the INSS adopts public policies that aims to bring down the labor contract suspension duration from those beneficiary that couldn't work by sickness. The target of the public pension fund institut is the budget reduction in aid by temporary incapacity (the ancient sickness aid), no matter if the beneficiary still stays sick after the medical interruption of the benefit. The theme analyses uses the historical and analitical-deductive methods, aiming the better comprehension of the social and economic emerging impacts.*

KEYWORDS: *Legal limbo; Labor legal limbo; Pension legal limbo; aid by temporary incapacity; sickness aid.*

SUMÁRIO: Introdução. 2. A transversalidade do tema no direito do trabalho e no direito previdenciário. 3. A definição do “limbo jurídico trabalhista previdenciário”.

¹ Doutor em Direito pela UFMG. Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal). Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidad Las Palmas de Gran Canaria (Espanha). Professor Associado de Direito do Trabalho e Direito Previdenciário da Faculdade de Direito da UFMG. Professor dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Itaúna. Desembargador do Trabalho do TRT da 3ª Região. Membro da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social (ABDSS).

rio". 4. A distinção do limbo jurídico trabalhista previdenciário em relação a outros limbos jurídicos. 5. A classificação do limbo jurídico trabalhista previdenciário. 6. O limbo jurídico trabalhista previdenciário em sentido amplo. 7. O limbo trabalhista previdenciário em sentido estrito. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Trata-se de um problema que frequentemente aflige o trabalhador segurado do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) após a concessão de alta médica pelo Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS), e que afeta os seus meios de subsistência, causando-lhe aflição e flagelo financeiro.

É uma consequência das políticas públicas que a Previdência Social adota, de tempos em tempos, de forma insensível, para encurtar a permanência dos segurados que se encontram afastados da atividade de trabalho em gozo dos benefícios previdenciários do auxílio-doença e da aposentadoria por invalidez. O objetivo sórdido da autarquia previdenciária é a redução dos valores orçamentários por ela despendidos com a manutenção desses dois tipos de benefícios previdenciários de longa duração, pouco lhe importando como o segurado atingido conseguirá se desvencilhar das consequências negativas causadas aos segurados que têm a alta médica concedida precocemente, quando eles ainda se encontram enfermos ou inválidos.

A abordagem do tema neste trabalho é feita à luz do método descritivo desenvolvido sobre a pesquisa da jurisprudência trabalhista, subsidiado pelos métodos de pesquisa comparativo e analítico-dedutivo, objetivando uma definição jurídica e eventual sugestão de uma forma de eliminação ou de mitigação desse problema.

2. A TRANSVERSALIDADE DO TEMA NO DIREITO DO TRABALHO E NO DIREITO PREVIDENCIÁRIO.

O direito do trabalho e o direito previdenciário surgiram juntos no direito brasileiro, com a promulgação da Lei Elói Chaves, em 1923, de sorte que, inicialmente, não haviam elementos de caracterização muito nítidos que pudessem distinguir com precisão os campos de ação desses dois ramos especializados da Ciência do Direito.

Gérard Lyon-Caén² afirma que a unidade do direito social não foi posta em dúvida até 1945, a partir de quando surgiu e se consumou a separação entre o Direito do Trabalho e a Seguridade Social, porém remanescendo fronteiras imprecisas entre esses ramos do Direito.

A autonomização científica entre o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário começou a se delinear no Brasil com a instituição dos Institutos de Aposentadoria e Pensão (IAP's), a partir do início da década de 1930, e teve o seu desenvolvimento acelerado com o surgimento dos modelos de seguridade social norte-americano (1935) e inglês (1947 e 1949), se consolidando com a promulgação da Convenção nº 102, de 1952, da OIT — também conhecida como “Norma Mínima de Previdência”.

Na atualidade, a matéria jurídica que é tratada pela legislação trabalhista e pelas demais fontes do direito do trabalho, indiscutivelmente é matéria trabalhista; a matéria jurídica que é regida pela legislação previdenciária é indiscutivelmente matéria previdenciária. Porém, existem pontes de ligação entre o campo do direito do trabalho e o campo do direito previdenciário, que estão situadas na denominada “zona cinzenta”, área de transição entre os campos trabalhista e previdenciário, pois existem direitos que são instituídos no campo do direito do trabalho para gerar eficácia jurídica no campo do direito previdenciário, e vice-versa.

A mais antiga e mais intensa ponte de ligação entre o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário diz respeito à *suspensão do contrato de trabalho por motivo de enfermidade a partir do 16º (décimo sexto) dia*, circunstância fática que deflagra a responsabilidade jurídica da Previdência Social pelo pagamento do benefício previdenciário auxílio-doença. Os afastamentos do trabalho até o 15º (décimo quinto) dia geram a mera interrupção do contrato de trabalho, e como tal remanesce a responsabilidade jurídica do empregador pelo pagamento dos salários do empregado durante o período de interrupção do contrato de trabalho.

Nessa zona cinzenta de transição entre o campo do direito do trabalho e do direito previdenciário é que está situada a problemática do limbo jurídico trabalhista e previdenciário.

² LYON-CAÉN, Gérard. *Droit Social*. 5a. ed. Atual. Por Jeanne Tilhet-Prenart. Paris: LGDJ. 1995. p. 7-8.

3. A DEFINIÇÃO DO “LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO”.

O limbo jurídico trabalhista previdenciário é a judicialização de um direito previdenciário sonogado pela autarquia previdenciária ao segurado empregado, na qual a responsabilidade jurídica da autarquia previdenciária (INSS) pelo pagamento do “auxílio por incapacidade temporária” (atual designação do benefício “auxílio-doença”) é imputada ao empregador como obrigação trabalhista de natureza salarial. Océlio de Jesús C. Morais³ afirma que o limbo jurídico trabalhista previdenciário é definido pela doutrina como sendo o “específico período no qual o empregado segurado obrigatório do Regime Geral de Previdência Social (RGPS) recebe a alta previdenciária – portanto, deixa de receber o benefício ou auxílio previdenciário –, mas também não é reintegrado ou readaptado pelo empregador e não volta a receber os seus salários”.

4. A DISTINÇÃO DO LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO EM RELAÇÃO A OUTROS LIMBOS JURÍDICOS.

A palavra limbo designa uma situação de privação, de sofrimento, de marginalização. Océlio Morais⁴ afirma que existem diferenças entre o limbo trabalhista, o limbo previdenciário e o limbo trabalhista previdenciário.

4.1 O limbo trabalhista

Segundo Océlio Morais⁵, o limbo trabalhista é tipificado pela situação em que o trabalhador é excluído do direito de trabalhar e deixa de receber salários, embora tenha esse direito à estabilidade legal ou prevista em convenção coletiva, e embora não tenha cometido nenhuma das faltas graves do art. 482 da CLT, justificadoras da dispensa por justa causa.

³ MORAIS, Océlio de Jesús C. *Direitos Fundamentais e Justiça*; Acidente do Trabalho e Limbo Trabalhista-Previdenciário. São Paulo: LTR. 2024. p. 111.

⁴ MORAIS, Océlio de Jesús C. *Direitos Fundamentais e Justiça*... p.112-136.

⁵ MORAIS, Océlio de Jesús C. *Direitos Fundamentais e Justiça*... p.112.

Em outras palavras, o limbo trabalhista envolve uma situação jurídica de privação ou de marginalização do empregado (e não do segurado), que se desenrola exclusivamente no campo do direito do trabalho, entre o empregado e o empregador, sem qualquer implicação com a matéria previdenciária.

4.2 O limbo previdenciário

Na concepção de Océlio Moraes⁶, o limbo previdenciário não é a ação do empregador que recusa o trabalhador reabilitado ao trabalho, mas, sim, pode estar relacionado à ação omissiva do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), quanto à observância de suas obrigações ou deveres, em relação ao trabalhador segurado acidentado ou portador de outras doenças incapacitantes.

Essa conclusão não condiz com a fundamentação (um conflito de decisões entre o INSS e o médico da empresa) que é apresentada para esse limbo previdenciário. Contudo, efetivamente, o limbo previdenciário se situa no campo exclusivo da matéria previdenciária, envolvendo uma situação jurídica que tem como protagonistas apenas a autarquia previdenciária e o segurado ou o dependente, sem qualquer envolvimento da empresa, na qual, exemplificativamente, o INSS indefere a concessão de um benefício previdenciário, ou indefere a averbação de um determinado período de trabalho como sendo tempo de contribuição, postergando para o futuro a aquisição do direito ao benefício previdenciário. Os direitos previdenciários não possuem conotação contratual, a eles sendo aplicado o critério da legalidade estrita, o que impede construções jurisprudenciais da chamada “jurisprudência criativa”, pois o que está na lei deve ser observado e cumprido; o que não está na lei não existe no mundo jurídico.

Portanto, o limbo previdenciário é uma situação de penúria ou exclusão do segurado ou do dependente, por ato da autarquia previdenciária, sem qualquer envolvimento da empresa, e que não transcende o campo do direito previdenciário.

⁶ MORAIS, Océlio de Jesús C. *Direitos Fundamentais e Justiça...* p.124.

4.3 O limbo trabalhista previdenciário.

Océlio Moraes⁷ qualifica o limbo trabalhista previdenciário como sendo um “duplo limbo”, que corresponde à situação fático-jurídica em que o empregado-segurado obrigatório do RGPS, apesar de ter recebido a alta previdenciária, se encontra sem poder trabalhar; não recebe salários, porque a empresa não o readaptou, apesar do laudo de declaração emitido pelo INSS, apresentando as seguintes características:

- a) o lapso (ou período) de tempo a partir da cessação do benefício previdenciário, porque o trabalhador é considerado apto ao trabalho pelas perícias do INSS;
- b) no retorno à empresa, o médico do trabalho, ao submeter o trabalhador ao exame de aptidão, diverge da decisão referente à sua aptidão e à alta previdenciária, não recomenda o retorno e orienta o trabalhador segurado a recorrer da decisão do INSS;
- c) o tempo em que o trabalhador segurado aguarda o julgamento do seu recurso por todas as instâncias julgadoras do Conselho de Recursos do RGPS, está sem receber o benefício ou auxílio previdenciário, sem trabalhar e sem receber os salários.

Efetivamente, o limbo trabalhista previdenciário envolve um impasse de responsabilidades jurídicas que só pode ser desatado por uma judicialização. Em rigor jurídico, a responsabilidade do empregador cinge-se ao contrato de trabalho, ao passo que a responsabilidade do INSS cinge-se à legislação previdenciária. Entretanto, existem certas querelas jurídicas que convergem para a denominada “zona cinzenta” na transição entre a matéria trabalhista e a matéria previdenciária, pela qual passa a transversalidade do direito do segurado-empregado *sub comento*, como destacamos no capítulo 2 supra.

O descumprimento de deveres jurídicos impostos por lei à autarquia previdenciária pode e deve ser discutida numa jurisdição administrativa *inter-*

⁷ MORAIS, Océlio de Jesús C. *Direitos Fundamentais e Justiça...* p.134.

na corporis ou numa jurisdição judicial cuja competência é da Justiça Federal ou da Justiça Comum dos Estados; Todavia, as ações movidas pelos segurados e dependentes contra o INSS são demoradas, e ao final ainda estão sujeitas às regras da execução por precatório. Os advogados resolveram, então, judicializar a responsabilidade jurídica do empregador perante a Justiça do Trabalho, por isso essa figura do “limbo jurídico trabalhista previdenciário” só existe na jurisdição judicial trabalhista, que é fruto da chamada “jurisprudência criativa” da Justiça do Trabalho.

A jurisdição administrativa da previdência social e os processos judiciais movidos contra o INSS, perante a Justiça Federal ou a Justiça Comum dos Estados, desconhecem essa figura do “limbo trabalhista previdenciário” decorrente do benefício previdenciário do “auxílio por incapacidade temporária” (“auxílio-doença”), em que se conclui que a judicialização de uma obrigação previdenciária pode ser reformatada como obrigação trabalhista, mas a obrigação trabalhista jamais poderá se transmutar em obrigação previdenciária.

5. A CLASSIFICAÇÃO DO LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO

O limbo jurídico trabalhista previdenciário ocorre em duas circunstâncias: a) em sentido amplo para todos os segurados empregados do regime geral da previdência social, independente da categoria profissional à qual pertence, por ocasião da cessação do pagamento do benefício previdenciário do “auxílio por incapacidade temporária” (atual designação do “auxílio-doença”), quando o segurado empregado tem de retornar ao emprego, mas a sua reintegração ao trabalho é tida como obstaculizada pelo empregador; b) em sentido estrito para a trabalhadora gestante da categoria profissional dos aeroviários, quando o INSS julga a comissária de voo gestante apta para o trabalho, em contrariedade com as normas trabalhistas que regem essa situação.

6. O LIMBO JURÍDICO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO EM SENTIDO AMPLO.

A questão jurídica do limbo jurídico trabalhista previdenciário no sentido amplo decorre das políticas públicas adotadas pela autarquia previdenciária, voltadas para a contenção de gastos orçamentários com o pagamento do benefício previdenciário do “auxílio por incapacidade temporária” (antigo “auxílio-doença”).

6.1 O surgimento e a evolução histórica do limbo jurídico trabalhista previdenciário *lato sensu*

As causas do limbo jurídico trabalhista previdenciário em sentido amplo surgiram no campo da gestão dos benefícios previdenciários geridos pelo INSS, como medidas de política pública interna da autarquia previdenciária, e repercutem no campo do Direito do Trabalho. O surgimento do limbo jurídico trabalhista previdenciário em sentido amplo é posterior à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988.

A pesquisa elaborada no banco de jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais) revelou que essa judicialização, conhecida como “limbo jurídico trabalhista previdenciário”, surgiu no ano de 1994. Não sendo possível apurar estatisticamente a quantidade de ações trabalhistas ajuizadas com esse tema, a quantidade de litígios encerrados por acordo ou de sentenças proferidas, mas não submetidas a recurso, considerou-se a quantidade de acórdãos proferidos (sentenças de mérito confirmadas ou modificadas em grau de recurso ordinário), sendo estabelecido o seguinte quadro estatístico:

Ano	Quantidade de acórdãos publicados
2000	2 (dois)
2001	2 (dois)
2002	nenhum
2003	1 (um)
2004	1 (um)

2005	nenhum
2006	nenhum
2007	nenhum
2008	1 (um)
2009	4 (quatro)
2010	2 (dois)
2011	5 (cinco)
2012	8 (oito)
2013	20 (vinte)
2014	22 (vinte e dois)
2015	16 (dezesesseis)
2016	23 (vinte e três)
2017	28 (vinte e oito)
2018	15 (quinze)
2019	27 (vinte e sete)
2020	20 (vinte)
2021	19 (dezenove)
2022	7 (sete)
2023	6 (seis)

Verifica-se nesse quadro estatístico que o auge da judicialização do limbo jurídico trabalhista previdenciário ocorreu no período de 2013 a 2021, com pouca ou nenhuma ocorrência no período de 2002 a 2008. Esse quadro estatístico evidencia a manifestação de três fases na implantação das políticas públicas adotadas pelo INSS para os benefícios de auxílio por incapacidade temporária (“auxílio-doença”).

6.1.1 A primeira fase da judicialização do benefício previdenciário do “auxílio-doença”.

A primeira fase vai de 1994 até 2005 (ano da promulgação da Orientação Interna nº 130/DIRBEN) e se caracteriza pelo mero arbítrio da autarquia previdenciária em cessar a concessão do benefício do auxílio-doença *ante*

tempus, sem justificativa legal, com os segurados ainda sendo portadores de incapacidade para o trabalho.

É bem verdade que a concessão dos benefícios previdenciários deve ser criteriosa, mas não é aceitável que, a pretexto de proteção da coisa pública, o direito subjetivo público dos segurados à percepção da cobertura dos eventos de enfermidade e de invalidez seja cerceado como simples medida de caráter orçamentário, visando à redução das despesas do INSS com a concessão e manutenção dos benefícios previdenciários, pois isso fere dois princípios jurídicos que regem a Administração Pública: a legalidade e a moralidade (art. 37, *caput*, da CRFB de 1988).

Odonel Urbano Gonçalves relata na sua obra *Prática Processual Previdenciária* as artimanhas que o INSS pratica, de longa data, contra os segurados e seus dependentes, com o objetivo de retardar o máximo possível a concessão do benefício previdenciário. A *práxis* urdida pela autarquia previdenciária consiste num ritual de exigências, de caráter intermitente e sucessivo, pela qual o segurado comparece a uma agência do INSS para requerer a concessão do benefício previdenciário, onde preenche e assina um formulário; o servidor do INSS, ao receber o formulário preenchido, diz para o segurado aguardar a resposta do requerimento em casa, porque chegará pelos Correios dentro de um prazo, advertindo-o para que não compareça na agência para obter informações sobre o andamento do processo, porque eles não dão informações no balcão.

Quando a carta enviada pelo INSS chega ao destinatário, após meses de espera, nela consta a advertência de que o segurado tem um prazo exíguo para o comparecimento na agência do INSS, portando os documentos que menciona (v.g. cópia da sua CTPS, carnês de recolhimento das contribuições etc.), sob pena de arquivamento do processo. Se o processo for arquivado, o processo para a concessão do benefício terá que começar novamente da estaca zero. Em atendimento à determinação da carta enviada pelo INSS, o segurado retorna à agência do INSS levando os documentos exigidos; repete-se, então, o mesmo ritual burocrático: aguarde o resultado em casa, que será comunicado mediante carta enviada pelo Correios, não compareça à agência porque não serão prestadas informações no balcão. O segurado retorna para casa e, após mais alguns meses, torna a receber outra carta do INSS determinando que compareça na agência do INSS, portanto outros

documentos, dentro de um prazo exíguo, sob pena de arquivamento do processo. E assim, repetidamente, o INSS exige a mais variada gama de documentos possíveis, um a um, e quando não há mais documentos a exigir, passa a exigir a reapresentação de documentos já apresentados.

Nada supera, contudo, a artimanha utilizada pelo INSS durante a tramitação da PEC 33 na Reforma Trabalhista, que teve início em 1994 e findou em 1998, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 20. A autarquia previdenciária, confiante no êxito da tese de que contra a Constituição não existe direito adquirido, como apregoava o então Ministro do STF Celso de Mello, determinou a suspensão da tramitação dos requerimentos administrativos para averbação de tempo de serviço, a fim de aguardar as novas regras que seriam prejudiciais aos interesses dos segurados. Como a tramitação da PEC 33 demorou cerca de quatro anos, durante esse período nenhum benefício previdenciário de aposentadoria que dependia da averbação de tempo de contribuição foi concedido, o que na prática significou para o INSS uma economia vultosa com o retardamento da concessão dessas aposentadorias por um período de no mínimo quatro anos.

Ao mesmo tempo, o INSS se locupletou por arrecadar mais contribuições previdenciárias dos segurados, porque eles não podiam se afastar da atividade de trabalho e nem deixar de contribuir durante esse período de tramitação do procedimento de concessão do benefício, sob pena de perderem o vínculo jurídico com a previdência social e, em consequência, perderem o direito à percepção dos benefícios previdenciários. Desta forma, o INSS pagou menos do que devia e arrecadou mais do que lhe era devido.

O INSS reiteradamente se locupleta ilicitamente das suas próprias decisões que são desprovidas de fundamentação legal, sendo assentadas no mero arbítrio da Administração Pública. Por essa conduta, o INSS já foi considerado, reiteradas vezes, como litigante de má-fé perante os Tribunais Superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

Nessa primeira fase da judicialização do limbo trabalhista e previdenciário, não havia uma justificativa plausível para a política pública que introduziu a concessão da alta médica do segurado empregado enquanto ainda portador de incapacidade temporária. Simplesmente, o INSS queria diminuir as despesas com a concessão do benefício previdenciário do

auxílio-doença, ainda que o segurado empregado continuasse incapacitado para o trabalho.

6.1.2 A segunda fase da judicialização do benefício previdenciário do “auxílio-doença”.

A segunda fase começa com a publicação da referida Orientação Interna nº 130/DIRBEN, de 2005, que começou a impactar as estatísticas da judicialização do limbo trabalhista previdenciário a partir de 2008 e se projeta até a atualidade, sendo caracterizada como institucionalização da política pública da “alta programada” ou “data certa”, pela qual a cessação do benefício era pré-determinada no momento da perícia administrativa. A terceira fase tem início com a publicação da Portaria PRES/INSS nº 1.486/2022, que “estabelece procedimentos para solicitação e análise de requerimento do auxílio por incapacidade temporária, dispensando a emissão de parecer conclusivo da Perícia Médica Federal quanto à incapacidade laboral”, a partir de quando o procedimento passou a tramitar virtualmente, caracterizando-se pela predominância da dispensa da perícia médica.

A quarta fase da judicialização do benefício previdenciário de auxílio-doença surgiu recentemente e é marcada por uma maior complexidade nos casos, que frequentemente exigem laudos periciais detalhados e critérios mais rigorosos para a comprovação da incapacidade laboral. Essa etapa também apresenta um avanço no uso de métodos alternativos de resolução de conflitos, como acordos administrativos e mediação, visando reduzir o volume de ações judiciais. Além disso, observa-se uma judicialização qualificada, em que apenas casos com questões controversas chegam ao Judiciário, enquanto demandas mais simples são resolvidas administrativamente. A incorporação de tecnologias e análises técnicas automatizadas, bem como a realização de perícias médicas mais precisas, desempenham papel fundamental nesse contexto, ao mesmo tempo em que aumentam a pressão sobre o INSS para melhorar a eficiência e a qualidade das decisões administrativas.

A partir de 2005, a autarquia previdenciária auto regulamentou um procedimento para os benefícios de auxílio-doença, no qual já estava pre-

vista a alta médica do segurado no momento da concessão do benefício, independente da evolução do quadro clínico do segurado enfermo.

Maurício Sabadini⁸ aponta para a promulgação da Orientação Interna nº 130/DIRBEN, da Diretoria de Benefícios do INSS, do ano de 2005, que determinou a realização de procedimento administrativo referente à concessão e término do benefício, fixando o prazo máximo de recebimento do benefício pelo segurado em 180 (cento e oitenta) dias, com o retorno do segurado ao trabalho automaticamente, independente da realização de uma nova perícia.

Essa fase da judicialização do limbo trabalhista previdenciário se caracteriza pela definição da data da cessação do benefício no momento da sua concessão, por meio da perícia médica, independente da realização de uma nova perícia. A perícia médica não é dispensada no momento da concessão do benefício, apenas uma nova perícia é dispensada para a reavaliação da capacidade do segurado empregado para o trabalho, pois a sua alta médica é definida por prazo certo, com base numa estimativa do seu quadro clínico.

Maurício Sabadini⁹ afirma que a intenção evidente da autarquia previdenciária, com a edição das orientações internas, era a redução de gastos com benefícios previdenciários, além de ter pretendido aprimorar o sistema de concessões para maior segurança do processo, para prevenção de fraudes e para a redução do número de perícias desnecessárias. O processo consistia em determinar a data do término do pagamento com base em provável recuperação do segurado, sem que fosse preciso passar por nova perícia médica. Um programa informatizado do INSS é alimentado com os dados do segurado, seus resultados de exames, o diagnóstico do perito médico, calculando-se, assim, a data do retorno ao trabalho sem nova perícia. Não há observação de evolução da enfermidade baseada em análise médica periódica, mas apenas a fixação burocrática de prazo final do benefício.

⁸ SABADINI, Maurício. Limbo jurídico previdenciário trabalhista: descaso com o trabalhador e dilema para o empregador. *Revista LTR*. São Paulo: LTR. 83(05):532-540. Mai.2019. p. 532.

⁹ SABADINI, Maurício. Limbo jurídico previdenciário trabalhista. 2019. p. 535.

Nisso consiste a “alta programada” ou “data certa”. Contudo, o escopo da medida administrativa que visava a economia aos cofres públicos fez com que o INSS deixasse em segundo plano direitos fundamentais do segurado, deixando-o desamparado em momento de grande dificuldade; Em uma situação especialmente paradoxal, porque originada de ato do órgão que, por excelência, deveria prover a subsistência do contribuinte.

Na opinião de Maurício Sabadini¹⁰, é improvável que haja uma reversão na legislação que trata dessa “alta programada”, porque ela foi inserida por várias orientações internas, decretos, medidas provisórias e pela lei ordinária no transcorrer de vários governos federais de matizes políticos e ideológicos diversos, envolta em aspectos técnicos que são defendidos pela autarquia previdenciária. Enquanto isso, milhares e milhares de trabalhadores/segurados ficam desamparados, contando apenas com ajuda de familiares ou nem isso. Nesse viés, buscam socorro na Justiça Comum Federal em ações ajuizadas em face do INSS, ou, em último caso, perante a Justiça do Trabalho, na tentativa de obtenção de recursos mínimos de sobrevivência, com a responsabilização dos empregadores.

6.1.3 A terceira fase da judicialização do benefício previdenciário do “auxílio-doença”.

Essa fase teve início por ocasião das providências que tiveram de ser tomadas para o atendimento dos segurados e dependentes durante o período de emergência em saúde deflagrado pela Pandemia da Covid-19, que determinou o fechamento das agências da Previdência Social, e, em consequência, instituiu o atendimento virtual utilizando-se dos meios telemáticos, notadamente o aplicativo Meu INSS e a Central 135.

Nessa fase foi publicada a Portaria PRES/INSS nº 1.486/2022, que “estabelece procedimentos para solicitação e análise de requerimento do auxílio por incapacidade temporária, dispensando a emissão de parecer conclusivo da Perícia Médica Federal quanto à incapacidade laboral”, a partir de quando o procedimento passou a tramitar virtualmente, dispensando a perícia

¹⁰ SABADINI, Maurício. Limbo jurídico previdenciário trabalhista. 2019. p. 536.

médica presencial e baseando-se na análise documental que será realizada exclusivamente pelo aplicativo Meu INSS (artigo 2º).

Essa Portaria dispõe em seu artigo 2º, § 2º, que no momento do requerimento o interessado será cientificado de que o benefício terá duração máxima de 90 (noventa) dias, ainda que de forma não consecutiva (inc. I), não está sujeito a pedido de prorrogação (inc. II), não é apto para restabelecer o benefício anterior (inc. III) e não poderá ser restabelecido em caso de novo afastamento dentro de 60 (sessenta) dias decorrentes do mesmo motivo que gerou a incapacidade anterior na forma do § 3º do art. 75, do RPS (inc. IV).

Essa fase da judicialização do limbo jurídico trabalhista previdenciário se caracteriza pela dispensa da perícia médica presencial, no momento do requerimento do benefício, que é substituída pela análise de “documentos médicos” que devem observar as exigências feitas pelo artigo 2º, § 1º, da Portaria PRES/INSS nº 1.486/2022.

Somente nas situações em que houver a necessidade de realização de perícia presencial, o interessado será comunicado de que deverá providenciar o seu agendamento, por meio do serviço “Perícia Presencial por não conformação da documentação médica” (artigo 9º, *caput*, da Portaria PRES/INSS nº 1.486/2022, com redação determinada pela Portaria INSS nº 1.489, de 02/09/2022).

A Portaria PRES/INSS nº 1.486/2022, manteve a mesma *práxis* administrativa da primeira fase, pois “a ausência de agendamento no prazo de 30 (trinta) dias, de que trata o *caput*, implicará em arquivamento do processo por desistência do pedido” (artigo 9º, parágrafo único) e “as comunicações emitidas ao interessado se darão exclusivamente por meio dos canais remotos” (art. 10).

Em 1º de novembro de 2023, o Secretário do Regime Geral de Previdência Social e o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) publicaram a Portaria Conjunta nº 38/2023 para introduzir duas medidas que vigoraram desde a data da publicação desta Portaria Conjunta até abril de 2024: a) a ampliação da prorrogação automática do benefício a cada 30 dias, sem necessidade de nova perícia; b) a permissão para que o segurado que se sinta apto retorne ao trabalho antes da data final do afastamento, também sem a necessidade de nova perícia.

Comentando a referida Portaria Conjunta nº 38/2023, o INSTITUTO CONNECT DE DIREITO SOCIAL - ICDS ¹¹ afirma que ela altera a instrução normativa de março de 2022, que manteve a norma adotada na pandemia da Covid-19, quando a emergência em saúde levou o INSS a fechar as agências da Previdência Social. Também afirma que, até então, o segurado doente conseguia a prorrogação automática do auxílio-doença, por até duas vezes, sem precisar passar por perícia, e na terceira seria necessário um exame presencial. Acrescenta que o INSS informou que a mudança na regra da prorrogação do auxílio-doença integra uma série de ações para tentar conter a fila de benefícios e resolver o longo tempo de espera por perícia em algumas localidades do país, sendo também uma forma de combater as fraudes e de estimular os segurados a voltarem ao trabalho.

Recentemente, em 05 de julho de 2024, o Diário Oficial da União publicou a Portaria Conjunta PRES/INSS/SRGPS/MPS Nº 49, de 04 de julho de 2024, que estabeleceu, em seu artigo 1º, para os pedidos de prorrogação dos benefícios por incapacidade temporária, realizados no prazo estabelecido no § 3º do art. 339 da Instrução Normativa PRES/INSS nº 128, de 28 de março de 2022, deve-se observar que, quando o tempo de espera para realização da avaliação médico-pericial for menor ou igual a 30 (trinta) dias, a avaliação será agendada com a Data de Cessação Administrativa – DCA, quando for o caso (inciso I) e maior que 30 (trinta) dias, o benefício será prorrogado por 30 (trinta) dias, sem agendamento da avaliação médico-pericial, sendo fixada Data de Cessação do Benefício – DCB (inciso II).

O § 1º do artigo 1º da referida Portaria Conjunta PRES/INSS/SRGPS/MPS Nº 49, de 04 de julho de 2024, reiterou a possibilidade do segurado que se sentir apto retornar ao trabalho sem a necessidade de nova perícia médica, devendo formalizar o pedido de cessação do benefício na Agência da Previdência Social de manutenção do seu benefício por meio do aplicativo Meu INSS ou da Central 135.

O artigo 2º da Portaria Conjunta PRES/INSS/SRGPS/MPS Nº 49, de 04 de julho de 2024, excepciona dos novos parâmetros instituídos os requerimentos das unidades participantes do projeto piloto do Novo BI (Benefício por

¹¹ ICDS – INSTITUTO CONNECT DE DIREITO SOCIAL. INSS muda regra de prorrogação do auxílio-doença; entenda. Disponível em <<https://www.icdsconnect.com.br/blog-item/inss-muda-regra-de-prorrogacao-do-auxilio-doenca,-entenda>> Acesso em 15 jul.2024.

Incapacidade), para as quais são mantidas as regras do inciso I do artigo 1º da Portaria Conjunta PRES/INSS/SRGPS/MPS Nº 38, de 30 de outubro de 2023.

O artigo 3º da mesma Portaria Conjunta PRES/INSS/SRGPS/MPS Nº 49, de 04 de julho de 2024, declarou a convalidação das prorrogações de benefícios realizadas nos moldes da Portaria Conjunta PRES/INSS/SRGPS/MPS Nº 38, de 2023, no período compreendido entre 1º/07/2014 e a data da publicação desta Portaria Conjunta (05/07/2024).

A Portaria Conjunta MPS/INSS Nº 19, de 27 de junho de 2014 (publicada no Diário Oficial da União, de 05/07/2024) alterou a alínea “b” do inciso II do § 1º do artigo 2º da Portaria Conjunta PRES/INSS/SRGPS/MPS Nº 38/2023, para arrolar as “entidades conveniadas mediante Acordo de Cooperação Técnica e/ou Acordo de Cooperação formalizados junto ao Instituto Nacional do Seguro Social”.

Maria Lúiza Dourado¹² informa que, por essas novas regras editadas pela Portaria Conjunta de julho de 2024 revoga-se a concessão facilitada da prorrogação do benefício por incapacidade temporária que estava em vigor desde 2023 até 30 de junho de 2024, voltando a ser obrigatório o parecer conclusivo da perícia médica federal a partir deste mês de julho de 2024. Para solicitar o benefício por incapacidade temporária, o interessado deve acessar o aplicativo ou portal Meu INSS, usando a conta gov.br, em seguida clicar em “Benefício por incapacidade”, depois em “Serviços disponíveis” e selecionar o serviço desejado: “Pedir novo benefício” ou “Prorrogar benefício por incapacidade”. Em ambas as opções é necessário anexar um documento médico legível e sem rasuras, com laudo, relatório e/ou atestado legível, que deverá ser enviado *online* para o INSS por meio do sistema ATESTEMED.

6.2 A judicialização do limbo jurídico trabalhista previdenciário em sentido amplo.

A Justiça do Trabalho é muito acessível aos trabalhadores, assim como também é muito célere no julgamento dos litígios que lhe são submetidos pelas partes. De sorte que, como essa matéria jurídica do “limbo jurídico tra-

¹² DOURADO, Maria Lúiza. INSS volta a exigir perícia médica para prorrogação de “auxílio-doença”. Disponível em <<https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/pericia-medica...>> Acesso em 15 jul.2024.

balhista previdenciário” tem um viés trabalhista, que surge por ocasião da alta médica, quando o empregado retorna, ou pretende retornar ao emprego, mas ainda continua doente, os trabalhadores, ao invés de demandar na Justiça Federal contra o INSS, por ter cessado a concessão do benefício antes da hora, passaram a ingressar com ações trabalhistas contra o empregador. Isso acontece a partir da construção de argumentos que passaram a imputar a responsabilidade jurídica ao empregador quanto ao pagamento dos dias não trabalhados.

A Justiça do Trabalho passou a enxergar o empregador como sendo o vilão nessa história, sem conhecer efetivamente a má fama que a autarquia previdenciária goza na doutrina e na jurisprudência previdenciária, assim como as injustiças praticadas pelas políticas públicas por ela adotadas.

Na opinião de Maurício Sabadini¹³, a autarquia previdenciária continua e continuará adotando o procedimento da “alta programada”, a despeito da sinalização da jurisprudência do STJ, mesmo após a vigência da Lei nº 13.457, de 2017, ao fundamento principal de que há violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, e que somente a mudança da legislação (hipótese pouco provável, diante do interesse direto do Governo) ou uma eventual e futura declaração de inconstitucionalidade do STF em decisão vinculativa poderá reverter essa situação.

6.3 Os fundamentos adotados pela jurisprudência trabalhista em matéria de limbo trabalhista previdenciário *lato sensu*.

Na jurisprudência das Turmas do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região identifica-se uma diversidade de entendimentos:

- a) a Justiça do Trabalho é incompetente para apreciar e julgar matéria previdenciária;
- b) não há limbo jurídico trabalhista previdenciário em decorrência dos atos do empregado;
- c) o empregador tem responsabilidade jurídica.

¹³ SABADINI, Maurício. Limbo jurídico previdenciário trabalhista... p. 535/536.

6.3.1 A Justiça do Trabalho é incompetente para apreciar e julgar matéria previdenciária.

Esse é um posicionamento pouco comum na Justiça do Trabalho, que possui uma grande avidez pela assunção de competências.

A 9ª Turma do TRT da 3ª Região entendeu que o litígio sobre a alta previdenciária precoce é matéria que escapa à competência da Justiça do Trabalho (ac. TRT 3ª Reg., 9a. T., proc. RO-0010046-28.2015.5.03.0062, Rel. Des. Ricardo Marcelo Silva, *DeJT* de 16/04/2015, p. 260).

Esse é um posicionamento sensato, porque a lide é formada verdadeiramente no âmbito do Direito Previdenciário, entre a autarquia previdenciária e o segurado-empregado, a partir da negativa do INSS em manter o pagamento do benefício previdenciário do auxílio-doença mesmo diante da persistência do infortúnio da enfermidade, que justifica a manutenção do benefício. Nesse sentido, a 8ª Turma do TRT da 3ª Região entendeu que a responsabilidade pelo pagamento dos salários dos dias não trabalhados, em caso de “limbo jurídico”, é do INSS, porque este não se exime desta responsabilidade com a mera concessão de alta médica do segurado empregado antes da hora (ac. TRT 3ª Reg., 8a. T., proc. 0000148-29.2010.5.03.0106, Rel. Juiz Convocado Milton V. Thibau de Almeida, *DeJT* de 16/02/2011, p. 136).

Mas como a Justiça do Trabalho é a mais acessível entre todas as organizações judiciárias, e o INSS não pode ser chamado para integrar a lide numa ação trabalhista, os advogados dos segurados-empregados, para fugir da morosidade da Justiça Federal ou da Justiça Comum, e, acima de tudo dos precatórios, passaram a postular o pagamento do benefício previdenciário como se fosse obrigação trabalhista, e assim o limbo jurídico se consolidou na jurisprudência como *práxis* trabalhista.

6.3.2 Não há limbo jurídico trabalhista previdenciário em decorrência dos atos do empregado.

Também são diversos os fundamentos jurídicos apresentados pela jurisprudência trabalhista para eximir o empregador da responsabilidade jurídica pelo pagamento dos salários dos dias não trabalhados pelo empregado,

pois efetivamente existem hipóteses nas quais não pode haver a caracterização do limbo jurídico trabalhista previdenciário.

6.3.2.1 Omissão do empregado em requerer a prorrogação do benefício em caso de recidiva da doença.

A 5ª Turma do TRT da 3ª Região firmou entendimento de que não cabe ao empregador remunerar os dias relativos ao segundo afastamento do empregado, por motivo de recidiva da doença, pois o empregado já havia usufruído do benefício previdenciário, obteve alta médica, retornou ao emprego, mas, em seguida, foi novamente acometido do mesmo mal, hipótese na qual cabe a ele pleitear a prorrogação do benefício (ac. TRT 3ª Reg., 5a. T., proc. RO-7382/00, Rel. Des. Eduardo Augusto Lobato. *DJMG* de 13/10/2000, p. 10).

6.3.2.2 O empregado se recusa a atender à convocação do empregador

A 2ª Turma do TRT da 3ª Região decidiu que o empregador não tem responsabilidade quanto ao pagamento dos dias não trabalhados, se o empregado recebeu alta médica, não retornou ao emprego e nem atendeu às convocações do empregador para fazê-lo (ac. TRT 3ª Reg., 2a. T., proc. 0001105-58.2011.5.03.0150 RO, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira. *DeJT* de 22/05/2013, p. 76).

6.3.2.3 O empregado abandona o emprego

Essa circunstância é tão antiga e tão frequente que virou jurisprudência uniforme, com a Súmula nº 32 do TST (com a redação que lhe deu a Resolução nº 121, de 28/10/2003):

“Abandono de emprego.

Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer”.

6.3.2.4 Desinteresse do empregado pelo emprego

Mesmo quando o empregado tenha pleiteado a prorrogação do benefício previdenciário perante o INSS, ele tem o dever de se apresentar ao empregador e de aguardar o resultado da decisão do INSS no trabalho, conforme decidiu a 3ª Turma do TRT da 3ª Região, pois “o não comparecimento importa em manifesta ausência de interesse na manutenção do contrato de trabalho” pelo empregado (ac. TRT da 3ª Reg., 3a. T., proc. 0001934-68.2012.5.03.0032 RO, Rel. Des. César Pereira Machado, *DeJT* de 09/09/2013, p. 73).

A 9ª Turma do TRT da 3ª Região também decidiu que o empregador não pode ser condenado por ter sido tolerante com a empregada durante muito tempo, porque o “limbo trabalhista-previdenciário” decorreu da insistência da empregada em convencer o INSS de que seria portadora de doença incapacitante (ac. TRT 3ª Reg., 9a. T., proc. 0001690-41.2013.5.03.0021 RO, Rel. Des. João Bosco Pinto Lara. *DeJT* de 24/05/2017, p. 1203).

A 7ª Turma do TRT da 3ª Região também julgou no mesmo sentido, de não ser o empregador responsável pelo pagamento dos dias não trabalhados após a alta médica, se o empregado é que se recusou a retornar à atividade (ac. TRT 3ª Reg., 7a. T., proc. 0001596-23.2014.5.03.0033 RO, Rel. Juiz Convocado Cléber Lúcio de Almeida, *DeJT* de 26/04/2016, p. 360).

Também a 2ª Turma do TRT da 3ª Região se posicionou entendendo não se configurar “limbo jurídico trabalhista previdenciário” quando, após a cessação do gozo do auxílio-doença, o empregado manifesta desinteresse em voltar ao seu posto de emprego, pois haviam elementos nos autos que evidenciavam que a empregada não retornou ao trabalho porque estava convencida de sua incapacidade para o trabalho, conforme inclusive informado nas petições iniciais das duas ações ajuizadas contra o INSS, nas quais foi requerido não só o auxílio-doença, mas a sua aposentadoria por invalidez. (ac. TRT 3ª Reg., 2a. T., proc. 0010109-78.2015.5.03.0183 RO, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, *DeJT* de 06/08/2015, p. 157).

6.3.2.5 O empregado renuncia o direito ao auxílio-doença quando adere ao PDV.

A 5ª Turma do TRT da 3ª Região decidiu que o empregado que aderiu ao Plano de Demissão Voluntária instituído pela empresa renuncia à estabilidade acidentária e ao recebimento de auxílio-doença (ac. TRT 3ª Reg., 5a. T., proc. 0020900-59.1997.5.03.0047 RO, Rel. Des. Eduardo Augusto Lobato, *DJMG* de 23/06/2001, p. 25).

A 3ª Turma do TRT da 3ª Região também reconheceu a renúncia à estabilidade acidentária pelo empregado que, logo após o recebimento do auxílio-doença acidentário, pediu demissão declarando por escrito ter arrumado um serviço melhor (ac. TRT 3ª Reg., 5a. T., proc. 0001342-67.2013.5.03.0071 RO, Rel. Des. Milton V. Thibau de Almeida, *DeJT* de 13/10/2014, p. 218).

6.3.3 O empregador tem responsabilidade jurídica pela reparação do limbo trabalhista previdenciário.

São várias as fundamentações adotadas pela jurisprudência trabalhista para inverter a responsabilidade jurídica da autarquia previdenciária em responsabilidade jurídica do empregador.

6.3.3.1 Descaso do empregador com a situação de “limbo jurídico” do empregado.

Se o INSS deu alta médica à empregada, a empresa recusou aceitar o seu retorno ao emprego, mantendo-a afastada do trabalho e essa situação permaneceu por mais de dez meses e aceitando o seu retorno sem qualquer penalidade, a responsabilidade do empregador surge do fato de ter ele abdicado do exercício do seu poder disciplinar, ao não exigir do empregado a prestação dos serviços, conforme entendimento da 5ª Turma do TRT da 3ª Região (ac. TRT 3ª Reg., 5a. T., proc. 01710-2001-059-03-00-3 RO, Rel. Des. Rogério Valle Ferreira, *DJMG* de 04/05/2002, p. 19).

A 1ª Turma do TRT da 3ª Região também adotou essa tese jurídica da responsabilidade do empregador decorrente do seu descaso com a situação da empregada, que teve o pedido de restabelecimento do auxílio-doença negado, tendo o empregador optado pela indefinição quando ao cumprimento do contrato de trabalho e o retorno da empregada ao seu posto de trabalho (ac. TRT 3ª Reg., 1a. T., proc. 0011284-27.2015.5.03.0145 RO, Rel. Des. José Eduardo Resende Chaves Jr., *DeJT* de 22/03/2017, p. 114).

6.3.3.2 Divergência entre os laudos do INSS e do Serviço Médico da empresa.

A 6ª Turma do TRT da 3ª Região entendeu que em caso de divergência entre as conclusões dos laudos médicos do INSS e do Serviço Médico da empresa, deve prevalecer o entendimento do laudo médico emitido pela autarquia previdenciária (ac. do TRT da 3ª Reg., 8a. T., proc. 00536-2004-129-03-00-0 RO, Rel. Des. Heriberto de Castro. *DJMG* de 29/01/2005, p. 9).

A 8ª Turma do TRT da 3ª Região entendeu da mesma forma, aplicando o preceito do artigo 170 do Decreto nº 3.048, de 1999, que determina a prevalência da perícia médica realizada pelo INSS, que concluiu pela aptidão da trabalhadora, ainda que divergente no diagnóstico do médico do trabalho do empregador (ac. TRT 3ª Reg., 6a. T., proc. 0000326-23.2011.5.03.0112 RO, Rel. Juiz Convocado José Marlon de Freitas, *DeJT* de 23/01/2012, p. 100).

Na esteira dessa divergência entre laudos médicos, a 2ª Turma do TRT da 3ª Região entendeu que cabe ao empregador que questiona o resultado do laudo médico pericial do INSS, e não ao trabalhador que pretende o seu retorno ao emprego, buscar a solução para a divergência de opiniões acerca da capacidade ou incapacidade laborativa do empregado (ac. TRT 3ª Reg., 2a. T., proc. 0010530-96.2015.5.03.0109 RO, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, *DeJT* de 26/08/2016, p. 167).

6.3.3.3 Obstáculo causado pelo empregador por ocasião do retorno do empregado à atividade

A 3ª Turma do TRT da 3ª Região entendeu que o empregador deve ser responsabilizado pelo pagamento dos salários do período não trabalhado pelo empregado, em virtude de obstáculos por ele causados na ocasião em que o empregado deveria ter retornado ao trabalho, pois não realizou qualquer exame médico após a cessação do benefício previdenciário, só vindo a tomar essa iniciativa meses após, quando a empregada foi considerada apta para o trabalho e retornou ao emprego, não se configurando recusa da empregada em retornar a assumir as suas funções (ac. TRT 3ª Reg., 3a. T., proc. 0001758-54.2014.5.03.0021 RO, Rel. Des. Milton V. Thi-bau de Almeida, *DeJT* de 2/05/2016, p. 172).

6.3.3.4 Culpa do empregador - rescisão indireta do contrato de trabalho

A 5ª Turma do TRT da 3ª Região considerou o empregador culpado pelo rompimento do contrato de trabalho mediante rescisão indireta, por ter impedido o empregado de retornar à atividade, violando o princípio jurídico da continuidade do vínculo empregatício, assumindo os riscos da atividade econômica (ac. TRT 3ª Reg., 5a. T., proc. 0002280-54.2013.5.03.0009 RO, Rel. Des. Márcio Flávio Salem Vidigal, *DeJT* de 28/08/2015, p. 223).

Essa tese jurídica também foi adotada pela 11ª Turma do TRT da 3ª Região, que também entendeu que o empregador que não diligencia junto ao INSS para reverter a situação de desamparo da reclamante comete falta grave enquadrável no artigo 483, alínea “d”, da CLT, desta forma tendo pronunciado a rescisão indireta do contrato de trabalho (ac. TRT 3ª Reg., 11a. T., proc. 0011419-78.2016.5.03.0153 RO, Rel. Juiz Convocado Antônio G. de Vasconcelos, *DeJT* de 27/07/2017, p. 806).

6.3.3.5 Nulidade da dispensa e consequente reintegração do empregado.

A 8ª Turma do TRT da 3ª Região decidiu que o empregado não pode ser demitido ao término do afastamento previdenciário, porque tem direito à estabilidade acidentária, e, conseqüentemente, faz jus à reintegração no emprego, de sorte que a reparação dos salários do período compreendido entre a alta médica e a reintegração é da responsabilidade do empregador (ac. TRT 3ª Reg., 8a. T., proc. 0000663-92.2010.5.03.0032 AP, Rel. Des. Márcio Ribeiro do Valle, *DeJT* de 12/09/2013, p. 145).

6.3.3.6 O empregador assume os riscos da atividade econômica em decorrência da sua recusa em reintegrar o empregado após a alta médica

A 1ª Turma do TRT da 3ª Região decidiu que o empregador assume os riscos, caso impeça o empregado de trabalhar, respondendo pelo pagamento dos salários e consectários desde a alta médica do INSS até o trânsito em julgado da decisão da Justiça Federal que confirmou a capacidade laborativa da reclamante em consonância com a conclusão do órgão previdenciário (ac. TRT 3ª Reg., 1a. T., proc. 0000702-27.2012.5.03.0030 RO, Rel. Des. Cristiana M. Valadares Fenelon, *DeJT* de 19/11/2013, p. 46).

Idêntico posicionamento adotou a 7ª Turma do TRT da 3ª Região, também adotando a tese da assunção dos riscos pelo empregador que impede o retorno do empregado às suas atividades, após a alta médica concedida pelo INSS (ac. TRT 3ª Reg., 7a. Turma, proc. 0010982-04.2015.5.03.0143 RO, Rel. Des. Fernando Luiz G. Rios Neto, *DeJT* de 07/03/2017, p. 291).

6.3.3.7 Recusa de atestado emitido pelo médico do empregado que divergia do laudo emitido pelo INSS

A 5ª Turma do TRT da 3ª Região condenou o empregador a pagar os salários dos dias não trabalhados pelo empregado, em decorrência da recusa do empregador em aceitar o atestado médico emitido pelo médi-

co do empregado, que divergia do laudo emitido pelo INSS, e por ter deixado de comunicar à autarquia que o empregado não estava apto para exercer as suas atividades anteriormente executadas ou de realocá-lo em setor diverso daquele que antes laborava (ac. TRT 3ª Reg., 5a. T., proc. 0000749-74.2013.5.03.0156 RO, Rel. Des. Marcus Moura Ferreira, *DeJT* de 06/07/2015, p. 191).

6.3.3.8 Prática de ato ilícito (artigo 186 do Código Civil) pelo empregador.

A 3ª Turma do TRT da 3ª Região condenou o empregador a pagar os salários do período não trabalhado pelo empregado após a alta médica, com fundamento na prática de ato ilícito (artigo 186 do Código Civil), por ter se recusado a ofertar trabalho ou readaptá-lo na função (ac. TRT 3ª Reg., 3a. T., proc. 0010325-07.2013.5.03.0087 RO, Rel. Des. Camila G. Pereira Zeidler, *DeJT* de 15/09/2014, p. 248).

No mesmo sentido também assim decidiu a 3ª Turma do TRT da 3ª Região, no processo 0010077-92.2013.5.03.0167 RO, Rel. Juiz Convocado Frederico Leopoldo Pereira, *DeJT* de 03/02/2014, p. 210, assim como também decidiram a 1a. Turma (no processo 000188-55.2014.5.03.0112 RO, Rel. Juíza Convocada Ângela C. Rogedo Ribeiro, *DeJT* de 24/02/2016, p. 204; no processo 0001636-89.2012.5.03.0060 RO, Rel. Des. Luiz Otávio Linhares Renault, *DeJT* de 24/10/2014, p. 68; no processo 0010156-63.2014.5.03.0029 RO, Rel. Juíza Convocada Ângela C. Rogedo Ribeiro, *DeJT* de 16/12/2015, p. 158, e no processo 0001162-22.2014.5.03.0134 RO, Rel. Des. Maria Cecília Alves Pinto, *DeJT* de 29/05/2015, p. 78), a 2a. Turma (ac. TRT 3ª Reg., 2a. T., proc. 0002007-11.2014.5.03.0019 RO, Rel. Des. Lucas Vanucci Lins, *DeJT* de 15/02/2017, p. 503). a 4a. Turma (ac. TRT 3ª Reg., 4a. T., proc. 0010377-22.2016.5.03.0176 RO, Rel. Des. Maria Lúcia Cardoso Magalhães, *DeJT* de 13/02/2017, p. 1680).

6.3.3.9. Riscos da atividade econômica – custos de manutenção da relação de emprego.

A 7ª Turma do TRT da 3ª Região entendeu que cabe ao empregador a responsabilidade pelos custos de manutenção da relação de emprego (ac. TRT 3ª Reg., 7a. T., proc. 0010125-90.2016.5.03.0023 RO, Rel. Juiz Convocado Cléber Lúcio de Almeida, *DeJT* de 04/08/2017, p. 689).

Idêntico entendimento foi firmado pela 9ª Turma do TRT da 3ª Região no julgamento de ação trabalhista na qual a empresa se omitiu em readaptar o empregado em outra função, cabendo-lhe a responsabilidade pelos riscos da atividade econômica (ac. TRT 3ª Reg., 9a. T., proc. 0010339-51.2015.5.03.0109 RO, Rel. Juiz Convocado Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque, *DeJT* de 04/08/2017, p. 2112).

Da mesma forma decidiu a 2ª Turma do TRT da 3ª Região, imputando ao empregador a responsabilidade pelo pagamento dos salários dos dias não trabalhados após o retorno do empregado de licença previdenciária, fundamentando-a nos riscos da atividade econômica da empresa (ac. TRT 3ª Reg., 2a. T., proc. 0002201-53.2014.5.03.0005 RO, Rel. Juiz Convocado Antônio G. de Vasconcelos, *DeJT* de 17/08/2016, p. 231, e proc. 0010406-02.2018.5.03.0112 RO, Rel. Des. Sebastião Geraldo de Oliveira, *DeJT* de 03/12/2018, p. 716).

Também a 11ª Turma do TRT da 3ª Região adotou essa tese jurídica de que o empregador é quem arca com os riscos da atividade econômica, sendo, por isso, responsável pelo pagamento dos dias não trabalhados pelo empregado após a cessação do gozo de auxílio-doença, pois a ele competia readaptar a autora em atividades compatíveis com a sua condição de saúde ou, se isso não fosse viável, buscar a revisão da decisão do ente previdenciário, mas sem deixar a empregada em situação de desamparo (ac. TRT 3ª Reg., 11a. T., proc. 0010170-18.2017.5..03.0037, Rel. Juiz Convocado Alexandre Wagner de Moraes Albuquerque, *DeJT* de 07/11/2017, p. 2206).

6.3.3.10. Legítimo direito de resistência do empregado contra a não readaptação do trabalho pelo empregador.

A 7ª Turma do TRT da 3ª Região firmou o entendimento de que o empregado que se recusa a retornar à atividade após a alta médica exercita um legítimo direito de resistência em relação à execução de tarefas que sejam incompatíveis com o seu estado clínico, caso o empregador não o readapte para o exercício de outras atividades (ac. TRT 3ª Reg., 7a. T., proc. 0010134-08.2016.5.03.0070, Rel. Juiz Convocado Vitor Salino de Moura Eça, *DeJT* de 15/12/2016, p. 419).

6.3.3.11. Responsabilidade do empregador pelo pagamento dos dias de ausência justificada do empregado.

A 1ª Turma do TRT da 3ª Região entendeu, com arrimo no artigo 6º, § 1º, alínea “f”, e § 2º, da Lei nº 605, de 1949, que os dias em que o empregado não trabalhar, por determinação de médico da empresa, ou outro por ela designado, devem ser por ela remunerados (ac. TRT 3ª Reg., 1a. T., proc. 00102016-65.2017.5.03.0100 RO, Rel. Des. José Eduardo Resende Chaves Jr., *DeJT* de 31/10/2018, p. 919).

7 O LIMBO TRABALHISTA PREVIDENCIÁRIO EM SENTIDO ESTRITO.

Rúbia Maria Guimarães da Silva Oliveira¹⁴ enquadra como limbo trabalhista previdenciário a situação da comissária gestante, que é legalmente considerada como incapaz de exercer as prerrogativas de suas funções, é afastada pela empresa aérea por determinação do RBAC 67 e da Convenção Coletiva de Trabalho, sendo encaminhada ao INSS, mas este se recusa a conceder-lhe o benefício previdenciário, porquanto os médicos do INSS são indiferentes às regulamentações aeronáuticas.

Trata-se de uma situação jurídica oposta àquela que ocorre no limbo trabalhista previdenciário em sentido amplo, pois é o empregador quem

¹⁴ OLIVEIRA, Rubia Mara Guimarães da Silva. *Limbo Trabalhista-Previdenciário da Aeronáutica Gestante*. Belo Horizonte: Ed. Dialética. 2020. p. 46.

considera a empregada gestante inapta para o trabalho, mas, ao encaminhá-la para afastamento previdenciário, o INSS é que se recusa a acatar a decisão da empresa, a despeito de estar ela fundamentada em Regulamento da Aviação Civil.

Neste caso a judicialização do limbo trabalhista previdenciário foi submetida à Justiça Federal, como relata Rúbia Maria Guimarães da Silva Oliveira¹⁵, mediante a impetração de um mandado de segurança coletivo pelo Sindicato Nacional dos Aeronautas, em 2017, que foi distribuído à 22a. Vara Federal de Brasília, tendo sido concedida uma medida liminar que, ao final, foi confirmada por sentença, mas cujo trânsito em julgado ainda não ocorreu, pois o INSS recorreu da decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da legislação previdenciária e da jurisprudência trabalhista aponta para o ano de 1994 como sendo o marco do surgimento da questão do limbo jurídico trabalhista previdenciário. Essa judicialização do benefício previdenciário do “auxílio-doença” (atualmente “auxílio por incapacidade temporária”) passou, e continua passando, por várias fases evolutivas, nas quais constatou-se uma gradual tendência do INSS em abrandar o arbítrio que adota em suas políticas públicas para a concessão e manutenção do referido benefício previdenciário.

Inicialmente, o INSS determinava a cessação do pagamento do benefício previdenciário do auxílio-doença por mero arbítrio, sequer podendo se escudar na justificativa do exercício de um ato administrativo discricionário.

Posteriormente, o INSS limitou parcialmente esse arbítrio ao auto regulamentar para si mesmo as regras da concessão do auxílio-doença por meio da Orientação Interna nº 130/DIRBEN, de 2005, pela qual instituiu a política pública da “alta programada” ou “data certa”, em que a cessação do benefício era pré-determinada no momento da perícia administrativa. Por tal Orientação Interna, o INSS passa a se submeter aos atos admi-

¹⁵ OLIVEIRA, Rubia Mara Guimarães da Silva. *Limbo Trabalhista-Previdenciário da Aerofoça Gestante...* p. 52-54.

nistrativos vinculados que disciplinam o procedimento de concessão do benefício do auxílio-doença, o que constituiu um pequeno abrandamento do mero arbítrio, pois tais regras ainda eram resultantes do seu arbítrio, mas desta feita de um arbítrio fundamentado.

A terceira fase evolutiva do limbo trabalhista previdenciário em apreço tem início com as ações de emergência de saúde adotadas durante o período da Pandemia da Covid-19, que determinou a interrupção do atendimento presencial dos segurados e dependentes nas agências do INSS, que haviam sido fechadas, passando o atendimento a ser feito virtualmente. A publicação da Portaria PRES/INSS nº 1.486/2022 dispensou a submissão dos segurados à perícia médica presencial e estabeleceu a renovação automática do benefício por 90 (noventa) dias. Tal procedimento continua a ser observado no geral, apenas tendo sido restabelecida pela Portaria Conjunta PRES/INSS/SRGPS/MPS Nº 49, de 04 de julho de 2024 (publicada no Diário Oficial da União em 05/07/2024) a exigência para que o segurado requeira a renovação do benefício até 15 (quinze) dias antes da sua cessação.

O limbo jurídico trabalhista previdenciário resulta da iniciativa dos advogados em judicializar a responsabilidade jurídica do empregador perante a Justiça do Trabalho, por isso essa figura do “limbo jurídico trabalhista previdenciário” só existe na jurisdição judicial trabalhista, sendo fruto da chamada “jurisprudência criativa” da Justiça do Trabalho.

Confrontando a judicialização em sentido amplo do “auxílio por incapacidade temporária” (“auxílio-doença”), perante a Justiça do Trabalho, com a judicialização em sentido estrito do auxílio-maternidade das aeronautas gestantes perante a Justiça Federal, conclui-se que existe uma certa juridicidade na reformatação da obrigação previdenciária como obrigação trabalhista, com a transferência da culpa da autarquia previdenciária para o empregador, com argumentos jurídicos os mais variados. Todavia, a obrigação trabalhista jamais poderá se transmutar em obrigação previdenciária, pois efetivamente o INSS tem razão em resistir à pretensão dos aeronautas em elastecer o prazo de concessão do benefício previdenciário do auxílio-maternidade estabelecido por lei, *maxime* diante do impedimento constitucional do artigo 195, § 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil em

vigor, que impede a criação, a majoração e a extensão de benefício previdenciário sem a prévia definição da sua fonte de custeio total.

Em que pese algumas decisões proferidas na Justiça do Trabalho declarando a incompetência em razão da matéria, que é previdenciária, no geral essa competência é reconhecida e a *práxis* do limbo trabalhista previdenciário se institucionalizou na jurisprudência trabalhista.

A jurisprudência trabalhista excetua as situações nas quais o limbo trabalhista previdenciário decorre das atitudes do empregado segurado (v.g., recusa de retorno à atividade, abandono de emprego, etc.) e caracteriza esse limbo jurídico com argumentos de fundamentação os mais variados, para impor ao empregador a reparação dos danos causados ao empregado segurado que ficou sem receber o benefício previdenciário do “auxílio por incapacidade temporária” (“auxílio-doença”), em virtude da alta médica emitida pelo INSS e, também, ficou sem receber os salários diante da recusa da empresa em reintegrar o empregado no emprego ou readaptá-lo para novas funções.

REFERÊNCIAS

DOURADO, Maria Luíza. *INSS volta a exigir perícia médica para prorrogação de “auxílio-doença”*. Disponível em: < <https://www.infomoney.com.br/minhas-financas/pericia-medica...> >. Acesso em 15 jul.2024.

GONÇALVES, Odonel Urbano. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: Atlas, 1993.

INSTITUTO CONNECT DE DIREITO SOCIAL - ICDS. *INSS muda regra de prorrogação do auxílio-doença; entenda*. Disponível em < <https://www.icdsconnect.com.br/blog-item/inss-muda-regra-de-prorroga-cao-do-auxilio-doenca,-entenda> >. Acesso em 15 jul.2024.

LYON-CAÉN, Gérard. *Droit Social*. 5a. ed. Atual. Por Jeanne Tilhet-Pre-nart. Paris: LGDJ, 1995.

MORAIS, Océlio de Jesús C. *Direitos Fundamentais e Justiça; Acidente do trabalho e limbo trabalhista-previdenciário*. São Paulo: LTr, 2024.

OLIVEIRA, Rubia Mara Guimarães da Silva. *Limbo Trabalhista-Previdenciário da Aeromoça Gestante*. Belo Horizonte: Ed. Dialética. 2020.

SABADINI, Maurício. *Limbo jurídico previdenciário trabalhista: des-caso com o trabalhador e dilema para o empregador*. *Revista LTR*. São Paulo: LTR. 83(05):532-540. Mai.2019.

Submissão: 29.julho.24

Aprovação: 14.agosto.24

A (A)TIPICIDADE DO CONTRATO *BUILT TO SUIT*

The (A)Typicality of the Built to Suit Contract

Dyeinnize Della Jacoma¹
Marcelo José Boldori²

ÁREA: Direito Imobiliário.

RESUMO: O presente estudo busca verificar se o contrato *built to suit* é típico ou atípico e analisar as implicações práticas decorrentes dessa classificação. A modalidade contratual em análise tem ganhado grande relevância no mercado imobiliário brasileiro, uma vez que permite ao empreendedor construir ou adaptar um imóvel conforme as necessidades do locatário, podendo incluir a aquisição de um terreno onde será desenvolvida a obra ou a reforma. Ao final, o locador recebe os recursos provenientes de tal investimento. A pesquisa aborda a teoria geral dos contratos, o contrato de locação e empresarial, além de explorar as vantagens e desvantagens de cada um. O estudo analisa o artigo 54-A da Lei do Inquilinato e outras disposições legais relevantes para compreender o posicionamento do *built to suit* dentro do contexto jurídico brasileiro. A metodologia empregada inclui análise bibliográfica e documental. Ao final, pode-se concluir que o contrato *built to suit* é atípico, pois se aproxima mais da modalidade de contrato empresarial, pois combina elementos das categorias de locação e empresarial, refletindo uma natureza híbrida e inovadora que atende às demandas contemporâneas do mercado imobiliário.

PALAVRAS-CHAVE: Direito imobiliário. Locação. Contratos. Contrato empresarial. Contrato de Locação.

ABSTRACT: This study seeks to verify whether the built to suit contract is typical or atypical and to analyze the practical implications of this classification. The contractual modality under analysis has gained great relevance in the Brazilian real estate market, since it allows the entrepreneur to build or adapt a property according to the needs of the tenant, and may include the acquisition of land where the work or renovation will be carried out, and in the end, the landlord receives the funds from this investment. The research looks at the general theory of contracts, leasing and business contracts, as well as exploring the advantages

¹ Acadêmica do curso de Direito na Universidade do Contestado. Campus Porto União. Santa Catarina. Brasil. E-mail: dyeinnize.jacoma@aluno.unc.br.

² Mestre em Desenvolvimento Regional. Professor no Curso de Direito na Universidade do Contestado. Campus Porto União. Santa Catarina. Brasil. E-mail: boldori@unc.br.

and disadvantages of each. The study analyzes article 54-A of the Tenancy Law and other relevant legal provisions in order to understand the position of built to suit within the Brazilian legal context. The methodology employed includes bibliographical and documentary analysis. In the end, it can be concluded that the built to suit contract is atypical, as it is closer to the business contract modality, as it combines elements of the rental and business categories, reflecting a hybrid and innovative nature that meets the contemporary demands of the real estate market.

KEYWORDS: Real estate law. Leases. Contracts. Business contracts. Lease agreement.

SUMÁRIO: Introdução. 2. Teoria Geral dos Contratos. 2.1. Contrato de Locação. 2.2. Contrato Empresarial. 2.3. Vantagens e Desvantagens do Contrato de Locação. 2.4. Vantagens e Desvantagens do Contrato Empresarial. 3. Contrato *Built to Suit*. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O contrato *built to suit* (construído sob medida), ou contrato de locação com construção ajustada, é um instrumento jurídico que tem ganhado crescente relevância no contexto imobiliário/empresarial contemporâneo. Nesse tipo de contrato, o proprietário concorda em construir ou adaptar um imóvel de acordo com as especificações e necessidades do inquilino. Essas adaptações podem incluir desde ajustes simples até a aquisição de terreno para a construção completa de um edifício, tudo para atender às exigências do locatário.

O fundamento jurídico do contrato em análise está previsto na Lei do Inquilinato, no entanto, a complexidade das relações contratuais envolvidas têm gerado debates acerca da natureza jurídica. Surge, então, a questão central que norteia esta pesquisa: o contrato *built to suit* é típico ou atípico e quais são as implicações práticas que essa conceituação pode causar. Diante disso, cabe realizar uma análise documental e bibliográfica para compreender como o contrato *built to suit* tem sido interpretado nesse quesito.

2. TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Os contratos são acordos voluntários entre duas ou mais partes, em que estas se comprometem a realizar ou abster-se de realizar determinadas ações, estabelecendo obrigações e direitos recíprocos. São instrumentos fundamentais no âmbito jurídico e comercial, pois proporcionam segurança e previsibilidade às relações entre as partes envolvidas. Os contratos podem abranger uma ampla variedade de áreas, desde contratos de compra e venda, contratos de locação, contratos de prestação de serviços, contratos de trabalho, entre outras modalidades. Segundo Flávio Tartuce (2024, p.1):

O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios.

Dentro desse contexto, o contrato é um ato jurídico em sentido amplo, em que há o elemento norteador da vontade humana que pretende um objetivo de cunho patrimonial (ato jurígeno); constitui um negócio jurídico por excelência. Para existir o contrato, seu objeto ou conteúdo deve ser lícito, não podendo contrariar o ordenamento jurídico, a boa-fé, a sua função social e econômica e os bons costumes.

Para serem juridicamente válidos, os contratos devem atender requisitos, como consentimento livre e mútuo das partes, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, capacidade legal das partes para contratar, conforme previsão do art. 104 do Código Civil (BRASIL, 2002): “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei”. Assinala Sílvio de Salvo Venosa (2024, p. 70) que

o contrato constitui um ponto de encontro de vontades. Duas ou mais. A vontade contratual coincide com o denominado centro de interesses. Não se confunde com a vontade individual de uma pessoa, natural ou jurídica. Haverá tantas partes em um contrato quantos forem os centros de interesses no negócio. Ainda que examinemos o já estudado contrato consigo mesmo, existem duas vontades contratuais, porque são dois os centros de interesses, o de representante e o do representado.

Além do mais, nos contratos, as partes poderão pactuar diversos elementos adicionais que não são essenciais à sua estrutura básica, mas que podem influenciar significativamente suas consequências e a execução. Esses elementos acidentais têm o papel de adaptar o contrato às necessidades específicas das partes envolvidas e ajustar seus efeitos de acordo com circunstâncias particulares. A saber: a condição, o termo e o encargo são alguns desses elementos que podem ser incluídos conforme a vontade manifestada entre as partes. De acordo com Maria Helena Diniz (2023, p. 200):

Os elementos acidentais do negócio jurídico são cláusulas que se lhe acrescentam com o objetivo de modificar uma ou algumas de suas consequências naturais. Nada mais são do que categorias modificadoras dos efeitos normais do negócio jurídico, restringindo-os no tempo ou retardando o seu nascimento ou exigibilidade.

Portanto, os contratos englobam elementos como a existência, validade e eficácia, o que inclui a oferta, aceitação, capacidade legal das partes, consentimento mútuo e a necessidade de conformidade com a lei. Entender esses aspectos é crucial para garantir que os contratos sejam justos, executáveis e legalmente vinculativos. Além do mais, aos contratos também são aplicados princípios norteadores e que regem a relação contratual.

2.1. Contrato de locação

Como regra, os contratos de locação são regulados pela Lei nº 8.245, também denominada Lei do Inquilinato ou Lei de Locações, conforme dispõe o art. 1º do mencionado diploma legal (BRASIL, 1991). De forma subsidiária, o Código Civil também regula a presente relação jurídica. Ensina Sílvio de Salvo Venosa (2020, p.17) que “a locação de coisas se dá quando uma pessoa (o locador) se obriga a entregar o uso e gozo de uma coisa durante certo tempo a outra (o locatário), o qual por sua vez se obriga a pagar um preço”.

Com efeito, um contrato de locação é de livre convenção entre as partes, inclusive, em matéria de valores. Contudo, a Lei do Inquilinato faz algumas ressalvas, a saber: o contrato de locação não pode ser pactuado em moeda estrangeira ou vinculados a sua variação cambial, ou ainda, estar vinculado ao salário-mínimo, isso é o que se extrai do Art. 17 da Lei nº 8.245 (BRASIL,

1991) que dispõe: “Art. 17. É livre a convenção do aluguel, vedada a sua estipulação em moeda estrangeira e a sua vinculação à variação cambial ou ao salário-mínimo”. O que se admite, com o consentimento das partes, é a pactuação de novo valor para o contrato de aluguel já vigente, também se admite inserir ou alterar cláusula de reajuste.

Como visto acima, o contrato de aluguel é uma convenção entre locador e locatário. A Lei do Inquilinato estabelece obrigações para ambas as partes, deste modo, o locador é obrigado, conforme art. 22 da Lei nº 8.245 (BRASIL, 1991):

- I - entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina;
- II - garantir, durante o tempo da locação, o uso pacífico do imóvel locado;
- III - manter, durante a locação, a forma e o destino do imóvel;
- IV - responder pelos vícios ou defeitos anteriores à locação;
- V - fornecer ao locatário, caso este solicite, descrição minuciosa do estado do imóvel, quando de sua entrega, com expressa referência aos eventuais defeitos existentes;
- VI - fornecer ao locatário recibo discriminado das importâncias por este pagas, vedada a quitação genérica;
- VII - pagar as taxas de administração imobiliária, se houver, e de intermediações, nestas compreendidas as despesas necessárias à aferição da idoneidade do pretendente ou de seu fiador;
- VIII - pagar os impostos e taxas, e ainda o prêmio de seguro complementar contra fogo, que incidam ou venham a incidir sobre o imóvel, salvo disposição expressa em contrário no contrato;
- IX - exibir ao locatário, quando solicitado, os comprovantes relativos às parcelas que estejam sendo exigidas;
- X - pagar as despesas extraordinárias de condomínio.

Igualmente, a Lei do Inquilinato estabelece normas específicas para as obrigações do locatário, definindo claramente as responsabilidades que devem ser cumpridas durante o período de locação. Essa regulamentação é essencial para garantir uma relação equilibrada e justa entre locador e locatário, abordando tanto as questões financeiras quanto as de uso e manutenção do imóvel. Segundo o artigo 23 da Lei nº 8.245 (BRASIL, 1991), as obrigações do locatário são:

I - pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencido, no imóvel locado, quando outro local não tiver sido indicado no contrato;

II - servir-se do imóvel para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza deste e com o fim a que se destina, devendo tratá-lo com o mesmo cuidado como se fosse seu;

III - restituir o imóvel, finda a locação, no estado em que o recebeu, salvo as deteriorações decorrentes do seu uso normal;

IV - levar imediatamente ao conhecimento do locador o surgimento de qualquer dano ou defeito cuja reparação a este incumba, bem como as eventuais turbações de terceiros;

V - realizar a imediata reparação dos danos verificados no imóvel, ou nas suas instalações, provocadas por si, seus dependentes, familiares, visitantes ou prepostos;

VI - não modificar a forma interna ou externa do imóvel sem o consentimento prévio e por escrito do locador;

VII - entregar imediatamente ao locador os documentos de cobrança de tributos e encargos condominiais, bem como qualquer intimação, multa ou exigência de autoridade pública, ainda que dirigida a ele, locatário;

VIII - pagar as despesas de telefone e de consumo de força, luz e gás, água e esgoto;

IX - permitir a vistoria do imóvel pelo locador ou por seu mandatário, mediante combinação prévia de dia e hora, bem como admitir que seja o mesmo visitado e examinado por terceiros, na hipótese prevista no art. 27;

X - cumprir integralmente a convenção de condomínio e os regulamentos internos;

XI - pagar o prêmio do seguro de fiança;

XII - pagar as despesas ordinárias de condomínio.

Destarte, a relação jurídica locatícia é permeada por um conjunto abrangente de normas e regulamentos que têm o objetivo de estruturar e balizar o contrato entre locador e locatário. Essas normas visam assegurar que as responsabilidades e direitos de ambas as partes sejam claramente definidos e cumpridos, reduzindo a possibilidade de conflitos e disputas futuras. A aplicação dessas regras é fundamental para garantir que o contrato de locação seja equilibrado e justo, promovendo uma relação harmoniosa e evitando embaraços ou mal-entendidos. Assim, a relação jurídica locatícia é cuidadosamente regulada para proteger os interesses de todos os envolvidos.

2.2. Contrato empresarial

Os contratos empresariais são fundamentais para a estruturação e o funcionamento eficaz das atividades comerciais. Eles servem como uma ferramenta vital para definir os direitos, obrigações e expectativas entre as partes envolvidas, garantindo segurança jurídica e previsibilidade nas relações de mercado. A elaboração de contratos empresariais exige um entendimento claro da atividade empresarial e dos objetivos estratégicos da empresa, bem como conhecimento das leis aplicáveis e das práticas de mercado. Com a evolução das tecnologias de informação e a globalização dos mercados, os contratos empresariais têm se tornado cada vez mais complexos e especializados, refletindo a necessidade de adaptação das empresas às novas realidades econômicas e regulatórias.

Pode-se dizer que a procura do lucro é uma das características do contrato empresarial. Sobre o assunto, de acordo com Paula Forgioni (2019, p. 27), os contratos empresariais são “(...) aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela busca do lucro”.

Existem diversas espécies de contratos empresariais, cada um com características e finalidades específicas. Entre os principais tipos, encontram-se o contrato de compra e venda mercantil, que regula a transferência de propriedade de bens ou serviços; o *factoring*, que envolve a cessão de créditos de uma empresa para uma instituição financeira; e a franquia, que permite a um franqueado operar um negócio sob a marca e o modelo de negócios de um franqueador. Outros tipos incluem a alienação fiduciária em garantia, o arrendamento mercantil, e o contrato de representação comercial. Cada um desses contratos possui requisitos de validade específicos e cláusulas essenciais que devem ser cuidadosamente elaboradas para proteger os interesses das partes envolvidas e assegurar o cumprimento das obrigações.

Os contratos empresariais são fundamentais para a segurança jurídica e para uma boa gestão das relações comerciais. Eles estabelecem as obrigações e direitos das partes envolvidas, garantindo que as transações sejam realizadas dentro da legalidade e com clareza nas expectativas de cada parte. Além disso, os princípios que regem esses contratos, como a autonomia da vontade, são essenciais para a flexibilidade e a adequação às necessidades específicas das empresas. Com efeito, uma elaboração cuidadosa e um gerenciamento efi-

ciente dos contratos empresariais são vitais para o sucesso e a sustentabilidade das operações comerciais, haja vista a necessidade do lucro.

2.3. Vantagens e desvantagens do contrato de locação

A locação, como visto, tem por objetivo auferir renda pela cessão provisória da posse de determinado bem imóvel em troca de valores. A vantagem desse modelo contratual é que o locatário não fica vinculado ao imóvel por muito tempo, tendo em vista que os contratos de locação, na maior parte das vezes, não possuem uma longa duração. Outra vantagem do modelo é que o locatário não precisa ter renda muito elevada para conseguir residir em um imóvel, se considerado a proporção entre a locação e a compra e venda de um bem no curto prazo.

Há que se destacar, também, que caso o locador tenha o interesse de vender o imóvel objeto da locação, como regra, o locatário terá direito de preferência na aquisição do bem imóvel, conforme preconiza o art. 27 da Lei nº 8.245 (BRASIL, 1991):

Art. 27. No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar - lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.

As desvantagens que o locatário pode enfrentar nesse tipo contratual são as restrições para personalizar o imóvel de acordo com suas necessidades. É importante que o locatário esteja ciente de que, ao final do contrato de locação, pode ser necessário restaurar o imóvel ao seu estado original, a menos que haja um acordo em contrário com o locador. Desse modo, entendidas as características principais do contrato de locação, é possível vislumbrar as diferenças principais entre o contrato de locação e o contrato empresarial, além de poder conhecer as vantagens e desvantagens do contrato locatício.

2.4. Vantagens e desvantagens do contrato empresarial

Os contratos empresariais são essenciais para a formalização de acordos comerciais, oferecendo segurança jurídica e clareza nas relações entre as partes. Entre as vantagens, destacam-se a proteção contra riscos legais e financeiros, a definição clara de direitos e obrigações, e a possibilidade de prever penalidades para o caso de descumprimento. Além disso, contratos bem elaborados podem facilitar a resolução de disputas e servir como uma ferramenta estratégica na negociação de termos mais favoráveis. Ensina Marcelo Barbosa Sacramone (2024, p.228) que:

a despeito de se submeterem aos mesmos princípios contratuais em geral, a interpretação dos contratos empresariais deve se atentar às suas peculiaridades e à dinâmica das relações empresariais, as quais exigem maior segurança e previsibilidade dos agentes econômicos.

Por outro lado, as desvantagens incluem a complexidade e o custo de elaboração, que podem ser significativos, especialmente para pequenas empresas. A rigidez contratual também pode ser um obstáculo, limitando a flexibilidade das empresas para adaptar-se a mudanças rápidas no mercado ou em suas próprias operações. Além disso, contratos empresariais mal redigidos ou com cláusulas ambíguas podem levar a interpretações divergentes e litígios prolongados.

É crucial que as empresas busquem aconselhamento jurídico especializado na elaboração e revisão de contratos, para garantir que seus interesses estejam adequadamente protegidos e que os acordos sejam sustentáveis a longo prazo. A escolha do tipo de contrato mais adequado depende da natureza da transação, das partes envolvidas e dos objetivos estratégicos da empresa.

Em suma, os contratos empresariais são ferramentas poderosas que, quando utilizados corretamente, podem impulsionar o crescimento e a estabilidade de um negócio. No entanto, requerem atenção cuidadosa aos detalhes e uma compreensão profunda das implicações legais, para maximizar seus benefícios e minimizar potenciais desvantagens. A gestão eficaz

de contratos é um componente chave para o sucesso empresarial e deve ser tratada com a devida diligência.

3. CONTRATO *BUILT TO SUIT*

O mercado imobiliário vem evoluindo com o passar dos anos e, com ele, surge nos Estados Unidos, em 1950, o contrato *built to suit* ou também chamado de contrato de locação com construção ajustada. Para Emmanuel Casagrande e Luís Hasegawa (2009, n.p.):

o verbo *to build* designa o tempo presente e significa “construir”, enquanto o vocábulo *built* designa o tempo passado, cuja tradução é “construída”. Já o termo *to suit* significa, em sua tradução, “servir”, “acomodar”. Significa, assim, construir ou construído para servir, sob medida, conforme encomenda, personalizada de acordo com os interesses do destinatário.

Nesse modelo de contrato, o locador se compromete a construir sob medida e alugar para o locatário. Há casos, ainda, em que antes mesmo do início da obra, o locador se prontifica a adquirir um terreno que atenda todas as necessidades do locatário. Com efeito, o contrato de locação com construção ajustada é, basicamente, um contrato de empreitada somado com a locação. Segundo o art. 54-A da Lei nº 8.245 (BRASIL, 1991):

Art. 54-A. Na locação não residencial de imóvel urbano na qual o locador procede à prévia aquisição, construção ou substancial reforma, por si mesmo ou por terceiros, do imóvel então especificado pelo pretendente à locação, a fim de que seja a este locado por prazo determinado, prevalecerão as condições livremente pactuadas no contrato respectivo e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

Para Fernanda Henneberg Benemond, o contrato *built to suit* é um contrato no qual a parte interessada em utilizar um imóvel para suas atividades (contratante) solicita ao empreendedor a construção ou reforma substancial de uma edificação em um terreno específico, de acordo com suas especificações. Após a conclusão da obra, o contratante aluga o imóvel, estabelecendo um valor que cobre o investimento do empreendedor e proporciona

uma margem de lucro. Segundo a autora mencionada acima (2015, p. 20), esse contrato é

um modelo de negócio jurídico no qual a parte interessada em ocupar um imóvel para o desenvolvimento de uma atividade (contratante) contrata com um empreendedor: (i) a construção, pelo próprio empreendedor ou por terceiros, de um empreendimento (edificação) em um determinado terreno (imóvel) e/ou a sua reforma substancial, de forma a atender as especificações e os interesses da contratante; e; após o término da construção ou reforma substancial, (ii) a cessão do uso e fruição (locação) do terreno com o empreendimento, por um valor que permita ao empreendedor remunerar a quantia investida na execução da obra, bem como o período de uso e fruição do imóvel, de modo a lhe proporcionar certa margem de lucro.

Nesse modelo de contrato, as cláusulas destoam um pouco do contrato de locação convencional, já que o locador possui um elevado custo para construir o imóvel e deixá-lo pronto, atendendo todas as características solicitadas pelo locatário e que foram previamente previstas no contrato. Não se trata apenas de um contrato disponível para o setor privado, há entes federativos utilizando a modalidade para atingir seus interesses. Para Alexandre Junqueira Gomide (2017, p. 14):

o built to suit vem sendo largamente utilizado para construção de imóveis corporativos, galpões industriais e logísticos, centros de distribuição, dentre outros imóveis. O Poder Público também tem firmado contratos *built to suit* com empresas privadas para construção de imóveis da administração pública.

Em 19 de dezembro de 2012, entrou em vigor a Lei 12.744/2012, a qual estabeleceu a previsão legal para o contrato *built to suit* no ordenamento jurídico brasileiro. Anteriormente à promulgação da Lei 12.744/2012, a percepção sobre o contrato *built to suit* era de um contrato atípico devido a falta de regulamentação específica sobre o tema. Na ausência de uma referência legal direta, esse tipo de contrato era visto como um conceito não formalmente reconhecido dentro da legislação vigente. Isso se deve ao fato de que a legislação anterior não contemplava explicitamente o *built to suit*, mesmo que, na prática, esse modelo contratual já fosse utilizado e conhecido no

mercado desde a década de 90. Sobre o tema, Alexandre Junqueira Gomide explica essa situação da seguinte forma (2017, p. 54):

antes da promulgação da Lei 12.744/2012, o contrato *built to suit* poderia ser entendido, com maior facilidade, como um contrato atípico. Principalmente pelo fato de que não havia no texto legal nenhuma menção a esse tipo de contrato. Assim, embora fosse um contrato socialmente típico desde a década de 90, porque não regrado pela lei, era considerado atípico.

Nesse mesmo sentido, em 4 de maio de 2011, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2011, p. 6), em seu acórdão, posicionou-se pela atipicidade do contrato *built to suit* no sentido de reconhecer que a locação é apenas uma das facetas do contrato de locação por construção ajustada:

Em razão da natureza do contrato (built-to-suit) - que não é, como quer fazer crer a autora, puramente de locação de imóvel, visto que esta é apenas uma de suas facetas, na medida em que apresenta elementos dos contratos de construção, empreitada, financiamento e incorporação, além de outras características próprias -, fizeram as partes constar do instrumento que o valor da remuneração mensal a encargo da autora não se referia somente ao uso e gozo do imóvel, mas também o custo de aquisição do terreno e da construção do imóvel pela ré, além de remunerar-lhe o capital próprio e de terceiros, obtido no mercado financeiro. Além disso, renunciaram o direito de pleitear judicialmente a revisão da remuneração (cláusula nº 21, alínea "h" à fl. 42).

O contrato *built to suit* cria a necessidade de um grande investimento, se comparado ao contrato de locação convencional, o que evidencia uma das diferenças entre as modalidades. Sobre o assunto, ensina Alessandro Hirata & João Manoel Meneguesso Tartaglia (2018, p. 152):

A obra objeto do built to suit tem investimentos vultosos, que não ressarciria o investidor se comparado com os preços - muitas vezes misóginos - dos aluguéis pagos pela locação tradicional. A remuneração paga mensalmente ao empreendedor visa ressarcir-lo pelos gastos despedidos com a obra, bem como fornecê-lo uma margem de lucro. Assim, para que o investidor recupere seus gastos e tenha um determinado de lucro, os prazos para os contratos sob construção ajustada são eminentemente superiores, compreendidos no mínimo de 10 (dez) anos até 15 (quinze) ou 20 (vinte) anos.

Tendo em vista o alto investimento demandado no contrato em análise, o empreendedor poderá incluir uma cláusula em que o locatário, ou quem irá assumir a posse do imóvel, renuncie o direito de revisão dos valores dos aluguéis, conforme art. 54-A, §1, da Lei nº 8.245 (BRASIL, 1991): “Poderá ser convencionada a renúncia ao direito de revisão do valor dos aluguéis durante o prazo de vigência do contrato de locação”. Trata-se de medida que evidencia, mais uma vez, traços de uma relação empresarial no contrato em análise.

Desse modo, pode-se dizer que o contrato *built to suit* tornou-se uma modalidade inovadora no direito imobiliário brasileiro. Ele permite que um imóvel seja construído ou adaptado especificamente para atender às necessidades de um locatário, que se compromete a ocupar o espaço por um longo e pré-determinado período. Essa modalidade oferece vantagens significativas, como a customização do imóvel e a eficiência operacional, sem que o locatário precise imobilizar capital na compra do terreno ou na construção, como ocorre na compra e venda. No Brasil, essa prática tem ganhado popularidade, especialmente entre empresas de médio e grande porte que buscam espaços personalizados para suas operações.

CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou a teoria geral dos contratos, focando nas características do contrato de locação e do contrato empresarial, uma vez que tais medidas são essenciais para compreender as particularidades do contrato *built to suit*. Esse contrato, que surgiu nos Estados Unidos na década de 1950, permite ao locatário personalizar o imóvel conforme suas necessidades e, ao locador, garantir um retorno financeiro ajustado ao seu investimento, por meio de um período prolongado de locação e cláusulas detalhadas sobre construção e uso do imóvel. Tal modalidade não se limita a uma simples locação de imóvel, mas incorpora elementos de um contrato de construção, empreitada, financiamento e incorporação. Por consequência, a remuneração mensal paga ao empreendedor não cobre apenas o uso do imóvel, mas contempla o custo de todo o desenvolvimento da obra ou reforma, aliado ao custo pela utilização do bem durante a vigência do contrato.

Há que se destacar, ainda, a semelhança entre as disposições do contrato *built to suit* com os contratos empresariais, uma vez que costumam ter uma longa duração; visam ao lucro; as partes não são hipossuficientes; o custo contratual é elevado; as penalidades são muito bem definidas; entre outras medidas.

Com efeito, embora o contrato *built to suit* compartilhe aspectos com o contrato de locação, suas características híbridas e a combinação de elementos empresariais e locatícios evidenciam sua natureza atípica. A legislação brasileira, representada pela Lei do Inquilinato, abrange o contrato *built to suit*, mas o enquadramento desse contrato dentro das categorias convencionais ainda é objeto de debate. Sua natureza adaptada e personalizada reflete a evolução das práticas do mercado imobiliário e a busca por soluções contratuais que atendam às demandas específicas dos locatários e dos empreendedores. Portanto, pode-se concluir, conforme o que ficou exposto ao longo deste trabalho, que o contrato *built to suit* é atípico.

REFERÊNCIAS

BENEMOND, Fernanda Henneberg. **Contratos Built to Suit**. 2.^a Ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2015. ISBN 978-858-49-3053-1. Disponível em: https://www.google.com.br/books/edition/Contratos_Built_to_Suit_2_ed/Y_H-EAAAQBAJ?hl=pt-BR&gbpv=1&dq=contrato+built+to+suit&printsec=frontcover. Acesso em: 04 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Brasília: Presidência da República, 1991. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 06 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm?ref=blog.suitebras.com. Acesso em 13 jun. 2024.

CASAGRANDE, Emmanuel; HASEGAWA, Luís. **Contrato *Build to Suit* - Aspectos jurídicos e a possibilidade de sua revisão judicial**. In: HILÚ NETO, Miguel (Org.). *Questões atuais de direito empresarial*. v. 02. São Paulo: MP, 2009.

DINIZ, Maria H. **Curso De Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. v.1. São Paulo, SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553628045. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628045/>. Acesso em: 13 jun. 2024.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação**. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2019. E-book. ISBN 978-85-5321-399-3.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Contratos *Built To Suit*: Aspectos Controvertidos Decorrentes de uma Nova Modalidade Contratual**. Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo. 2017.

HIRATA, Alessandro; TARTAGLIA, João Manoel Meneguesso. **Built To Suit: dos Aspectos Contratuais ao Direito de Superfície**. Salvador: Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva, 2018. e-ISSN: 2526-0243.

SACRAMONE, Marcelo B. **Manual de direito empresarial**. São Paulo: SRV Editora LTDA, 2024. E-book. ISBN 9788553620197. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553620197/>. Acesso em: 13 jun. 2024.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Apelação com Revisão nº 992.08.037348-7**. Rel. Antônio Benedito Ribeiro Pinto, 2011. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5190108&cdForo=0>. Acesso em 16 ago. 2024.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. v.3. São Paulo: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649723. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649723/>. Acesso em: 13 jun. 2024.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos**. v.3. São Paulo: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559775699. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559775699/>. Acesso em: 13 jun. 2024.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Lei do Inquilinato Comentada - Doutrina e Prática**. São Paulo: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788597026474. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026474/>. Acesso em: 10 jun. 2024.

Submissão: 21.ago.2024

Aprovado: 31.ago.2024

HARMONIZAÇÃO ENTRE PRIVACIDADE E TRANSPARÊNCIA: A INTERAÇÃO ENTRE A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS (LGPD) E A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO (LAI) NO CONTEXTO JURÍDICO BRASILEIRO

*Harmonization between Privacy and Transparency:
The interaction between the general data protection
law (LGPD) and the access to information law (LAI)
in the brazilian legal context*

JacFrancine Gulicz¹

Marcelo José Boldori²

ÁREA: Direito Administrativo e Direito Constitucional.

RESUMO: O presente estudo busca analisar a interação entre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) e a Lei de Acesso à Informação (LAI), com ênfase em suas convergências e complementaridades no contexto jurídico brasileiro. A LGPD foca na proteção da privacidade dos dados pessoais, enquanto a LAI garante o direito ao acesso à informação pública. O objetivo deste estudo é investigar como essas legislações, embora aparentemente conflitantes, podem ser harmonizadas para equilibrar a proteção de dados pessoais e a transparência pública. A metodologia adotada é qualitativa, baseada em revisão bibliográfica e documental, incluindo doutrinas jurídicas, legislações vigentes e decisões judiciais relevantes. Os resultados indicam que o equilíbrio entre privacidade e acesso à informação é alcançável através de práticas que respeitem ambos os direitos. A pesquisa ressalta a necessidade de critérios claros para a divulgação de dados e de capacitação contínua dos operadores do direito. Conclui-se que a harmonização entre a LGPD e a LAI é crucial para fortalecer o contexto jurídico brasileiro, assegurando uma governança eficiente que promove tanto a proteção da privacidade quanto o acesso à informação, contribuindo para uma sociedade mais bem informada e protegida, alinhada com os princípios fundamentais do Estado de Direito.

¹ Acadêmica do curso de Direito na Universidade do Contestado. Campus Porto União. Santa Catarina. Brasil. E-mail: jacfrancine.gulicz@aluno.unc.br.

² Mestre em Desenvolvimento Regional. Professor do Curso de Direito na Universidade do Contestado. Campus Porto União. Santa Catarina. Brasil. E-mail: boldori@unc.br.

PALAVRAS-CHAVE: LGPD. LAI. Privacidade. Transparência. Harmonização. Governança.

ABSTRACT: This study seeks to analyze the interaction between the General Personal Data Protection Law (LGPD) and the Access to Information Law (LAI), with an emphasis on their convergences and complementarities in the Brazilian legal context. The LGPD focuses on protecting the privacy of personal data, while the LAI guarantees the right to access public information. The aim of this study is to investigate how these laws, although apparently conflicting, can be harmonized to balance the protection of personal data and public transparency. The methodology adopted is qualitative, based on a bibliographical and documentary review, including legal doctrines, current legislation and relevant court decisions. The results indicate that the balance between privacy and access to information is achievable through practices that respect both rights. The research highlights the need for clear criteria for the disclosure of data and continuous training for legal operators. It concludes that harmonization between the LGPD and the LAI is crucial to strengthening the Brazilian legal context, ensuring efficient governance that promotes both the protection of privacy and access to information, contributing to a better-informed and protected society, in line with the fundamental principles of the rule of law.

KEYWORDS: LGPD. LAI. Privacy. Transparency. Harmonization. Governance.

SUMÁRIO: Introdução. 2. A Proteção Constitucional da LAI e LGPD. 3. A Lei de Acesso à Informação: Fundamentos e Aplicações. 3.1. Os Princípios Norteadores da Lei de Acesso à Informação. 4. A Lei Geral da Proteção de Dados: Fundamentos e Aplicações. 4.1. Os Princípios Norteadores da Lei Geral de Proteção de Dados. 5. Intersecção entre a LAI e a LGPD. 5.1. Áreas de Conflito. 5.2. Áreas de complementaridade.. 6. Decisões Judiciais sobre Conflitos entre LAI e LGPD. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Nos debates jurídicos contemporâneos, a proteção de dados pessoais e a busca por transparência nas relações entre o Estado e o cidadão emergem como temas centrais e interconectados, examinados sob o prisma do direito administrativo, constitucional, e como uma manifestação dos direitos da personalidade, com enfoque particular no viés jurídico. No Brasil, o direito à informação e o direito à proteção de dados pessoais são previstos na Constituição Federal de 1988 e regulamentados, respectivamente, pela Lei de Acesso à Informação (Lei. 12.527/2011) e pela Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018). Enquanto a LGPD assegura ao titular dos dados o

direito à privacidade, estabelecendo diretrizes rigorosas para a proteção e segurança dos dados pessoais, a LAI garante o direito ao acesso à informação pública, promovendo a transparência governamental.

Entretanto, a implementação dessas normativas revela potenciais pontos de tensão, principalmente quando o direito à informação entra em conflito com o direito à privacidade. A LGPD limita a divulgação de dados pessoais, enquanto a LAI prioriza a transparência e considera o sigilo uma exceção. Essa intersecção cria um desafio central no cenário brasileiro, que é equilibrar a proteção de dados pessoais com o direito à informação. A harmonização desses dois pilares é crucial para uma governança equilibrada e eficaz, em um Estado que preza simultaneamente pela privacidade e transparência.

Diante do cenário apresentado, cabe realizar uma análise documental e bibliográfica para compreender as interações entre a LGPD e a LAI, identificando as convergências e complementaridades no contexto jurídico brasileiro. A necessidade de harmonizar essas legislações, sem comprometer seus objetivos fundamentais, exige a busca por soluções que equilibrem a proteção eficaz dos dados pessoais com a transparência e o acesso à informação. Embora possuam objetivos distintos, essas normativas frequentemente se sobrepõem, especialmente na gestão de informações por entidades públicas e privadas. Assim, a conciliação entre privacidade e transparência é essencial para promover uma governança equilibrada e eficiente, garantindo a proteção dos direitos fundamentais e o fortalecimento da cidadania.

2. A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LAI E LGPD

A interação entre a privacidade e a proteção de dados pessoais, juntamente ao direito de acesso à informação e a transparência por parte dos órgãos públicos é fundamental, pois ambos derivam diretamente da Constituição Federal. Conforme destaca Soler (2021, p.09):

A proteção de dados é uma das formas para se proteger a privacidade da pessoa. Esse direito é parcela do Direito à Privacidade que está positivado em nossa Constituição Federal. É importante destacar que em 2020 o STF já se posicionou informando que o direito à proteção de dados é um direito fundamental e no final de 2021, a PEC9 n. 17/2019 incluiu este direito

expressamente no art. 5º, da Carta Magna, em razão da sua previsão difusa atualmente no texto constitucional.

A proteção dos dados pessoais é garantida pelo Art. 5º, inciso X, da CF/88: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Essa proteção visa equilibrar o uso de dados pessoais, preservando a dignidade, a autonomia e a liberdade pessoal.

Com a Emenda Constitucional nº 115, de 2022, o direito à proteção de dados foi incluído no artigo 5º, inciso LXXIX, da Constituição Federal, que garante que esse direito “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Desta forma, a Constituição Federal assegura a proteção dos dados pessoais tanto em formatos físicos, quanto aqueles armazenados em meios digitais.

A LGPD define dados pessoais como sendo “toda informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável”, conforme seu artigo 5º, inciso I, da Lei nº. 13.709/2018. Feliciano (2023) ressalta que os dados pessoais possuem titularidade privada e são protegidos por lei, vinculados à intimidade, honra e imagem do seu titular, tornando-se atributo da personalidade jurídica desse indivíduo. Nessa mesma perspectiva, Frazão, Tepedino e Oliva (2023) destacam que os dados pessoais são manifestações da personalidade humana e o controle sobre o seu acesso e processamento é uma liberdade constitucional que protege a privacidade.

O acesso à informação é assegurado pela Constituição Federal como um direito fundamental, sendo de vital importância tanto para o indivíduo quanto para o interesse público em geral. Este direito possui status equivalente ao da privacidade, conforme estabelecido no artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

O direito de acesso à informação possui a mesma importância constitucional que a proteção de dados pessoais, ambos sendo considerados direitos

fundamentais. Isso reflete a igualdade de relevância desses direitos no sistema jurídico brasileiro, assegurando a todos os cidadãos o acesso à informação e a proteção de seus dados como garantias essenciais.

O direito de acesso à informação é reforçado pelo artigo 37, § 3º, inciso II, da CF/1988, que garante “o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo”. Como também, o artigo 216, § 2º, da CF/1988, promove a consulta a informações relativas ao patrimônio cultural brasileiro, conforme disposto: “cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”. Tais dispositivos garantem a transparência e a acessibilidade das informações públicas, o que permite ao cidadão exercer sua cidadania ao acompanhar e fiscalizar as ações governamentais.

Frazão, Tepedino e Oliva (2023) afirmam que não há hierarquia entre esses direitos, cabendo ao legislador garantir sua prática simultânea e ao intérprete buscar harmonização em casos de conflito, tomando as devidas ponderações, quando necessário. O objetivo principal deve ser na busca pela harmonização desses direitos, utilizando a ponderação apenas quando for impossível solucionar o conflito de forma harmoniosa. A legislação existente auxilia nessa tarefa, ajudando a definir como ambos os direitos podem ser exercidos de forma conjunta, de modo a garantir, assim, uma coexistência justa e equilibrada.

3. A LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO: FUNDAMENTOS E APLICAÇÕES

A Lei nº 12.527/2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), foi promulgada em 18 de novembro de 2011 e entrou em vigor em maio de 2012. Seu objetivo é fomentar a transparência e o controle social na administração pública. Segundo Logarezzi (2016, p. 06), a LAI:

Regulamenta os procedimentos para o direito à informação garantido pela Constituição Federal, obrigando órgãos públicos a considerar a publicidade como regra e o sigilo como exceção. O poder público passa a ter o dever de divulgar certas informações de forma simples e compreensível,

inclusive através de sites, e também de disponibilizar plataformas online para que o cidadão possa realizar pedidos de informação.

A LAI é uma lei nacional e abrange todo o território brasileiro, regulando o acesso às informações previstas no Art. 5º inciso XXXIII; no Art. 37, § 3º, inciso II, e no Art. 216, §2º, todos da CF/1988. Ela assegura que todo cidadão tem o direito de obter informações de seu interesse junto aos órgãos públicos, exceto quando o sigilo for essencial para a segurança da sociedade e do Estado.

O Art. 1º da Lei nº 12.527/2011 aplica-se a todos os entes da Federação, incluindo União, Estados, Distrito Federal e Municípios, além de órgãos públicos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, autarquias, fundações, empresas públicas, e entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos. Conforme Logarezzi (2016), esses órgãos têm o dever de criar e manter serviços de atendimento ao cidadão, fornecer informações sobre a tramitação de documentos, disponibilizar plataformas *online* para pedidos de informações e garantir a acessibilidade das páginas eletrônicas. Zancaner (2015, p. 28) demonstra que:

A Lei nº 12.527 estabelece diretrizes básicas para a gestão da informação em seu art. 3º e, no art. 4º, define alguns conceitos essenciais à sua exata compreensão, como o próprio conceito de informação, que ficou assim definido: “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para a produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato”, ou o de informação sigilosa, que é aquela “submetida temporariamente à restrição de acesso público em razão de sua imprescindibilidade para a segurança da sociedade e do Estado.

Conforme o disposto no Art. 3º, inciso I da Lei nº 12.527/2011, a publicidade é a norma geral, enquanto o sigilo é a exceção. A LAI promove a divulgação de informações de interesse público, independente de solicitações. E em seu Art. 3º, inciso II, garante o acesso a qualquer informação sob custódia da Administração Pública, respeitando a classificação de sigilo prevista nos artigos 23 e 24, quanto ao grau e prazos de sigilo, destacando a necessidade de proteger informações pessoais de forma transparente, respeitando à intimidade, vida privada, honra, imagem das pessoas, liberdade e garantias individuais. Segundo Zancaner (2015, p. 29):

A busca e o fornecimento das informações devem ser gratuitos, em obediência ao disposto no art. 12 da lei em exame. Se o interessado necessitar reproduzir os documentos consultados arcará, apenas, como custo e serviços dos materiais utilizados. Ficará desobrigado do pagamento referente à reprodução aquele que se declarar pobre nos termos da Lei nº 7.115/1983.

A LAI estabelece mecanismos, prazos, procedimentos e responsabilidades para o acesso às informações. Em princípio, as informações sob guarda da Administração Pública devem ser públicas, exceto em casos de sigilo ou informações pessoais, que podem ter acesso restrito em situações específicas, por tempo determinado.

Destarte, cabe a cada ente do Poder Público implementar um sistema eficaz de gestão da informação, a fim de garantir o acesso a dados integrais, autênticos e atualizados via internet, conforme os requisitos da LAI. Esse sistema deve assegurar o exercício do direito de acesso à informação, respeitando os prazos e os direitos e garantias individuais previstos no Art. 5º, inciso X, da CF/1988, com o intuito de promover o equilíbrio entre transparência e proteção da privacidade.

3.1. Os princípios norteadores da lei de acesso à informação

A Lei 12.527/11, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), foi criada para regulamentar o direito de acesso às informações públicas, conforme previsto no Art. 5º, inciso XXXIII, da CF/1988. Conforme a Controladoria-Geral da União - CGU (2023, p. 50): “a transparência e o acesso à informação são instrumentos pressupostos da democracia”. Assim, a LAI fortalece a transparência pública e a legitimação democrática, essenciais para a participação social e o controle da Administração Pública.

A LAI destaca os princípios reitores do acesso à informação pública em seu Art. 3º:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II – divulgação de informações de interesse

público, independentemente de solicitações; III – utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV – fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V – desenvolvimento do controle social da administração pública.

Esses procedimentos visam garantir o acesso à informação em conformidade com os princípios da administração pública. Conforme Almeida, Lehfeld e Guedes (2014, p. 29):

A administração pública compreende os serviços e os órgãos que desenvolvem todos os interesses do Estado. Os princípios a ela inerentes estão disciplinados no artigo 37, “caput”, da Constituição Federal, que os enumera como princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A transparência e o acesso à informação devem seguir os princípios da administração pública, garantindo que os procedimentos estabelecidos pela LAI sejam realizados de forma legal, imparcial, ética e eficiente, de modo a refletir os valores fundamentais da administração pública.

O Art. 3º, inciso I, da LAI, estabelece que a publicidade é a regra e o sigilo é a exceção. Salgado (2020) reforça que lei à transparência é o princípio geral, enquanto o sigilo deve ser aplicado apenas em casos específicos. Na mesma perspectiva, Almeida, Lehfeld e Guedes (2014) afirmam que o princípio da publicidade exige que todos os atos públicos sejam claros e acessíveis, permitindo o acesso à informação, sendo o sigilo reservado apenas para situações legalmente previstas, resguardando a confidencialidade.

Salgado (2020) destaca que a referida lei, no inciso II, do Art. 3º, reafirma o compromisso de divulgar proativamente informações de interesse público. Conforme o Parecer sobre Acesso à Informação da CGU (2023, p. 51):

Como um direito fundamental que é, o direito de acesso à informação deve estar submetido a interpretações ampliativas ou extensivas, o que significa que deve haver um esforço constante dos operadores da LAI para fazer valer a transparência na sua máxima extensão possível, aplicando, de forma restritiva, as exceções legais previstas para este direito.

A máxima divulgação exige que o Estado, além de responder às solicitações, tome a iniciativa de disponibilizar informações de maneira proativa, garantindo que sejam compreensíveis e acessíveis em diversos formatos para diferentes públicos. Isso envolve não apenas a transparência, mas também a facilidade de acesso, a fim de permitir que todos os cidadãos tenham igualdade de condições para obter essas informações.

A LAI, no inciso III, do Art. 3º, preconiza o uso de tecnologias modernas para facilitar o acesso à informação. Como apontam Almeida, Leffeld e Guedes (2014, p.34): “com a utilização de meios de comunicação, facilitando a obtenção de informações, fica simplificada a obrigação de fornecer ao cidadão um acesso amplo a qualquer informação, bem como a participação da população no processo democrático”. Portanto, esse princípio abrange a adoção de práticas tecnológicas para garantir eficiência na divulgação, mas também a acessibilidade.

Pode-se dizer que a adoção de meios de comunicação eficientes garante acesso facilitado às informações e promove a participação democrática, incentivando o engajamento da sociedade e melhorando o controle da administração pública, fortalecendo a transparência e a participação cidadã, o que contribui para uma governança mais aberta e responsável.

A CGU, em seu Parecer sobre Acesso à Informação (2023, p. 51), menciona: “Princípio da celeridade e facilidade do acesso, esse princípio requer dos gestores e administradores que concedam as informações que lhes são solicitadas da maneira mais rápida e inteligível que for possível”, que a concessão da informação seja realizada de forma rápida e compreensível. Já o Princípio da Universalidade de Acesso, conforme a CGU (2023, p.52) diz que:

O princípio da universalidade de acesso, o qual significa que a abrangência desse direito não deve estar submetida a requisitos de capacidade civil, eleitoral, política ou outros. Por isso, a Lei refere que “qualquer interessado poderá apresentar pedido de acesso a informações” (art. 10). Contudo, o termo “interessado” deve ser interpretado de maneira ampla, sem necessidade de comprovar um interesse específico.

Nesse sentido, a Lei de Acesso à Informação estabelece que qualquer pessoa pode solicitar informações, independentemente de requisitos como capacidade civil ou política. Portanto, os princípios da LAI promovem uma

governança transparente, responsável e participativa, de modo a garantir a publicidade da informação pública, fortalecer a democracia, incentivar a população a fiscalizar e atuar como agente de mudança na sociedade, o que contribui para o combate à corrupção e para o fortalecimento das instituições democráticas.

4. A LEI GERAL DA PROTEÇÃO DE DADOS: FUNDAMENTOS E APLICAÇÕES

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, constitui um marco na proteção de dados pessoais no Brasil, inspirada pelo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR), da União Europeia. A LGPD foi sancionada em 14 de agosto de 2018, entrando em vigor em 18 de setembro de 2020.

Como expõe Rosa (2021), as discussões sobre a LGPD começaram em dezembro de 2010, com a submissão do primeiro anteprojeto de lei para consulta pública. O contexto incluía importantes acontecimentos nacionais e internacionais, como a atualização de normas de proteção de dados pessoais, a exemplo da Convenção nº 108 do Conselho da Europa, debates sobre a Diretiva nº 95/46EC, que antecedeu o Regulamento Europeu de Proteção de Dados (GDPR), influenciando a referida lei. Portanto, a LGPD se baseou nas melhores práticas internacionais, especialmente europeias, incorporando princípios como finalidade, necessidade, proporcionalidade, qualidade, transparência, segurança, livre acesso, além de enfatizar a boa-fé, os interesses comuns da comunidade e o consentimento como base legal.

No estudo de Soler (2021, p. 10), “o espírito da norma é proteger o direito à proteção de dados, sendo este entendido como uma forma de alcançar a efetiva proteção dos direitos fundamentais à liberdade, à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade”, conforme o Art. 1º da LGPD:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. Parágrafo único. As normas gerais contidas nesta Lei são de interesse nacional e devem ser observadas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Lei Geral de Proteção de Dados não se limita à proteção dos dados pessoais, mas visa proteger o titular desses dados, que pode ser impactado caso limites não sejam respeitados. O artigo 1º da LGPD aplica-se ao tratamento de dados pessoais, seja por meios digitais, por pessoas físicas ou jurídicas, com o propósito de proteger esses direitos fundamentais.

Baranovsky (2021, p. 13) afirma que “o direito à proteção de dados pessoais tem sua autonomia própria, trata-se de um “novo” direito da personalidade”. Esse direito vem a ser um novo direito da personalidade, específico e autônomo, distinto dos direitos tradicionais, como vida, integridade física, nome e imagem, e visa proteger as informações pessoais dos indivíduos.

Sob o ponto de vista de Pinheiro (2023), a LGPD afeta as instituições públicas e privadas, regulamentando a proteção de dados pessoais, independentemente do meio ou do responsável pelo tratamento, seja pessoa física ou jurídica, de forma a estabelecer princípios, direitos e obrigações para o uso de dados pessoais, que são ativos valiosos no cenário digital. Nessa mesma perspectiva, Marinho (2020, p.10) acrescenta que:

Todas as empresas que realizam o processamento de dados pessoais, sejam próprios (de seus funcionários e colaboradores) ou de terceiros (clientes, fornecedores ou parceiros) serão impactadas nas relações comerciais e de consumo, relações de trabalho e emprego, adequações de tecnologia e processos, políticas corporativas de privacidade, ética e segurança de dados, bem como na capacitação e no treinamento de pessoal (público interno e externo).

A LGPD transformou o processamento de dados pelas instituições brasileiras, impondo regras rigorosas sobre coleta, armazenamento, uso e proteção desses dados. Do mesmo modo, Pinheiro (2023, p. 09) destaca que a LGPD “é uma legislação extremamente técnica, que reúne uma série de itens de controle para assegurar o cumprimento das garantias previstas cujo lastro se funda na proteção dos direitos humanos”.

A aplicabilidade da LGPD, conforme o Art. 3º, abrange todas as entidades que tratam dados pessoais, sejam organizações públicas ou privadas, pessoa física ou jurídica. O tratamento de dados pessoais inclui qualquer operação realizada com essas informações e se aplica nas situações descritas nos incisos I, II e III do Art. 3º da LGPD:

- I - a operação de tratamento seja realizada no território nacional;
- II - a atividade de tratamento tenha por objetivo a oferta ou o fornecimento de bens ou serviços ou o tratamento de dados de indivíduos localizados no território nacional; ou III - os dados pessoais objeto do tratamento tenham sido coletados no território nacional.

A LGPD abrange todas as formas de tratamento de dados pessoais, requerendo o consentimento dos titulares para certas operações, definindo bases legais alternativas para o seu tratamento. O Art. 5º, inciso X, da LGPD, reforça os direitos dos titulares em todas as etapas do tratamento de dados, desde a sua coleta, acesso, reprodução, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, modificação, transferência, entre outras operações. Guerreiro e Teixeira (2022, p.13) destacam que:

Todo dado pessoal é privativo. Assim, para que se torne público seria necessário que o dado fosse publicamente tratado. E, para que o Poder Público trate um dado, é preciso que o interesse esteja previsto em leis e/ou na Constituição Federal, ante a presunção de legalidade dos atos do Poder Público.

Segundo os autores, os dados pessoais são originalmente privados e podem ser tratados publicamente apenas com base legal adequada, especialmente no contexto do poder público. A LGPD exige que as organizações e órgãos públicos cumpram suas disposições e demonstrem conformidade com os dispositivos legais. Portanto, a LGPD representa um avanço significativo em transparência, responsabilidade e proteção dos direitos dos cidadãos no cenário digital, o que responde às demandas contemporâneas por proteção de dados pessoais.

4.1 OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Os dados pessoais são elementos cruciais para a privacidade e para a personalidade dos indivíduos. A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi estruturada com princípios éticos e legais para garantir a proteção e o respeito aos direitos dos titulares dos dados pessoais.

Como expõem Guerreiro e Teixeira (2022, p. 19):

A LGPD é uma lei principiológica, que traz os princípios dentre os seus artigos destacando que eles devem ser considerados em toda atividade de tratamento de dados, independentemente das mudanças que virão com o decorrer do tempo. Os seus princípios ressoam com os princípios de diversas legislações de proteção de dados do mundo.

Esses princípios orientam o tratamento adequado dos dados pessoais pelas organizações, como também fundamentam a compreensão, aplicação e interpretação da lei. Conforme Soler (2021, p.13), “os princípios são normas ideológicas que garantem efetivamente o cumprimento do espírito da lei”. Na LGPD, esses princípios orientam todas as normas jurídicas, formando a base do sistema jurídico e servindo como parâmetro essencial para sua correta interpretação.

Nessa mesma perspectiva, Baronovsky (2021) observa que, por ser uma lei recente, a LGPD requer uma interpretação baseada em seus princípios, para tratar casos excepcionais, e a elaboração de cláusulas contratuais de proteção de dados pessoais. Sendo seus princípios legais para o tratamento de dados elencados no Art. 6º da LGPD:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - Finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - Adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - Necessidade: 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;

IV - Livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - Qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - Transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - Segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - Prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - Não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - Responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Esses princípios legais orientam a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados, garantindo a conformidade e a proteção no tratamento de dados pessoais. Pinheiro (2023) destaca que a LGPD exige que o tratamento de dados pessoais seja legítimo, específico e explícito, de modo a seguir os princípios de finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, transparência, segurança, responsabilização e prestação de contas. Assim, a boa-fé e os princípios legais devem ser observados em todo o processo de tratamento de dados.

No estudo de Guerreiro e Teixeira (2022), os princípios de finalidade, adequação e necessidade definem o conceito de mínimo essencial, limitando a coleta de dados pessoais ao estritamente necessário. Dados sensíveis, como os de saúde, exigem maior cuidado. E, apesar dos desafios, empresas como *WhatsApp*, *Instagram* e *Facebook* já se ajustaram para fornecer dados coletados mediante solicitação.

Como expõem Frazão, Tepedino e Oliva (2023), o princípio da qualidade dos dados exige que sejam precisos, objetivos e atualizados, alinhando-se aos princípios de transparência e livre acesso, a fim de garantir a correção de informações equivocadas. De outro modo, Guerreiro e Teixeira (2022) acrescentam que, além da proteção constitucional pelo *habeas data*, a LGPD amplia essa proteção a todas as situações, devendo manter os dados atualizados para evitar desvio de finalidade e assegurar a precisão dos dados, sob pena de sanções administrativas.

Segundo Frazão, Tepedino e Oliva (2023), a transparência é um princípio central na LGPD, abrangendo todo o processo de tratamento de dados, não apenas a coleta. Os princípios da segurança, prevenção e responsabilidade estão interligados, visando evitar práticas ilícitas e danos relacionados ao tratamento inadequado de dados pessoais. Guerreiro e Teixeira (2022) ressaltam que a não discriminação, fundamentada no princípio constitucional da igualdade, proíbe o tratamento discriminatório, ilícito ou abusivo de dados. Frazão, Tepedino e Oliva (2023) acrescentam o princípio da não discriminação, protegendo dados sensíveis como origem étnica, religião, orientação sexual e posição política.

A LGPD reforça princípios de proteção de dados já existentes, o que aprimora o sistema de proteção. Embora a implementação completa desses princípios ainda não tenha sido totalmente avaliada, a institucionalização da proteção de dados é crucial para a eficácia da lei, cuja coerência e organização são evidentes em seus dispositivos legais.

5. INTERSECÇÃO ENTRE A LAI E A LGPD

Ao analisar a interseção entre a LAI e a LGPD, é fundamental reconhecer que, embora essas legislações possuam objetivos e abordagens distintas, ambas compartilham a premissa central de proteger direitos fundamentais expressamente previstos na Constituição Federal de 1988. Conforme Frazão, Tepedino e Oliva (2023), a LAI guarda similitudes e divergências com a LGPD, e, apesar de terem fundamentos distintos, devem ser vistas como complementares.

A LAI assegura a transparência e o acesso à informação pública, de modo a promover a democracia e o controle social através da divulgação de dados da administração pública. Por outro lado, a LGPD prioriza a proteção da privacidade, impondo restrições rigorosas ao tratamento, coleta e compartilhamento de dados pessoais para proteger a autonomia individual, podendo vir a conflitar, pois, de um lado, há a necessidade de publicitação e, de outro, há a preocupação em divulgar apenas o que é necessário.

A interação entre a LAI e a LGPD gera um cenário complexo, em que os princípios de transparência e privacidade podem entrar em conflito. Frazão,

Tepedino e Oliva (2023) mostram que, embora possam surgir situações em que as disposições das leis parecem entrar em conflito, essas mesmas diferenças criam a possibilidade de as leis se apoiarem mutuamente, oferecendo uma proteção mais abrangente e equilibrada aos direitos dos cidadãos.

Portanto, compreender as dinâmicas entre a LAI e a LGPD é fundamental para equilibrar os direitos à informação e à privacidade, permitindo que a administração pública atue de maneira que respeite e proteja os direitos dos cidadãos de forma integrada e harmoniosa.

5.1. Áreas de conflito

Os conflitos existentes entre as leis demonstram o desafio de conciliar a proteção de dados pessoais com a transparência pública e, para compreender esses conflitos, é essencial analisar seus princípios norteadores.

Conforme destacam Frazão, Tepedino e Oliva (2023), a LAI visa regulamentar o direito fundamental de acesso à informação garantido pela Constituição Federal, com o princípio da máxima divulgação e a publicidade como regra, enquanto o sigilo é exceção. Por outro lado, a LGPD prioriza a proteção da privacidade e a autonomia do titular dos dados, estabelecendo restrições ao uso, transferência e tratamento de dados pessoais.

Como expõem Carvalho e Bannwart (2020), a LAI se aplica integralmente aos órgãos da administração direta e indireta e às entidades privadas sem fins lucrativos que recebem recursos públicos, enquanto a LGPD, se aplica ao tratamento de dados pessoais realizado por qualquer pessoa, seja natural ou jurídica, pública ou privada. Em seu Art. 31, determina que o processamento de dados pessoais deve ser feito “de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais”. Em seu § 1º, especifica os dados sensíveis, os quais devem ser acessíveis apenas por agentes autorizados e pelo titular dos dados, e a sua divulgação a terceiros deve requerer o consentimento do titular, com exceções previstas no § 3º, que dispensam a sua autorização.

No entanto, a LAI não diferencia claramente quais dados são protegidos e quais são de acesso geral. Segundo Frazão, Tepedino e Oliva (2023), a simples menção à vida privada não é suficiente, pois a autodeterminação

informativa abrange todos os dados pessoais e não exclusivamente os dados sensíveis, como os relacionados à etnia, vinculados à saúde ou biometria, como também faz parte da proteção da vida privada.

A LGPD, por outro lado, define dado pessoal, no projeto de Lei 4.060/2012, como qualquer informação que identifique claramente um indivíduo. Para Tomasevicius (2021, p.28):

Os conceitos de dados pessoais e dados pessoais sensíveis da LGPD e a noção de informação pessoal da LAI “nos permitem inferir que, enquanto a preocupação da primeira tende a abranger os dados pessoais de forma geral, a preocupação da segunda tende a ser mais conservadora e restrita, principalmente por este não ser o único enfoque da LAI.

Observa-se que a LAI regula o acesso dos cidadãos às informações pessoais detidas pelo governo e sua divulgação, enquanto a LGPD regula o tratamento desses dados, estabelecendo limites desde o início do ciclo de vida dos dados, visando proteger a privacidade dos indivíduos.

Os conflitos surgem, por exemplo, na divulgação de salários de servidores públicos ou contratos governamentais contendo informações pessoais identificáveis. A LGPD exige fundamentos legais claros e justificados para o tratamento de dados, o que pode entrar em conflito com o princípio da LAI, que prioriza a transparência. Frazão, Tepedino e Oliva (2023) destacam que a LGPD condiciona a prestação de informações à previsão legal, finalidade e práticas específicas, dificultando o acesso a dados de interesse público quando estão protegidos pela LGPD, mesmo que as informações sejam relevantes para o interesse público.

Uma pesquisa realizada em 2021, pela Fiquem Sabendo, fez um mapeamento revelando que ao menos 79 casos de ocultamento de informações públicas ocorreram devido a interpretações equivocadas da LGPD e da LAI. Segundo a pesquisa, embora a LGPD tenha o objetivo de proteger dados pessoais, está sendo aplicada de maneira equivocada para restringir o direito de acesso às informações. Além disso, essas interpretações errôneas da LAI e da LGPD, mesmo que eventualmente corrigidas em instâncias superiores, restringiram ainda mais o direito do cidadão de acessar informações. Elias Vaz, deputado do partido PSB-GO, aponta que a confusão na interpretação

das leis é usada para obstruir o acesso às informações, dificultando a fiscalização do Poder Executivo.

Portanto, interpretações equivocadas da LAI e da LGPD estão prejudicando o acesso à informação pública, com pedidos negados com base na proteção da privacidade e dos dados, mas também, pela carga adicional de trabalho exigida aos órgãos para proteger esses dados.

5.2. Áreas de complementaridade

Embora a coexistência da LAI e da LGPD apresente desafios, essas normativas podem ser vistas como complementares, oferecendo uma proteção ampliada dos direitos fundamentais sob diferentes perspectivas. A LGPD foca na proteção da privacidade e dos dados pessoais, essenciais para a dignidade e liberdade individual, enquanto a LAI se concentra no direito à informação, crucial para a transparência governamental e controle social.

Conforme Frazão, Tepedino e Oliva (2023), não existe hierarquia entre o direito à proteção de dados e o direito ao acesso à informação pública, pois ambos são garantidos pela Constituição Federal. O legislador deve garantir que esses direitos sejam exercidos simultaneamente, sem que um sobreponha o outro. A LAI e a LGPD têm como objetivo proteger direitos fundamentais, seja promovendo o acesso à informação pública ou garantindo a privacidade dos dados pessoais.

A complementaridade entre as leis é evidente, pois a LGPD não revoga a LAI, mas interage com ela, incorporando princípios como consentimento, finalidade e necessidade, que também são abordados pela LAI. Carvalho e Bannwart (2020) destacam que ambas oferecem mecanismos para impedir a identificação dos titulares de dados ou informações pessoais. Desta forma, preveem o uso de anonimização ou pseudonimização antes da divulgação pública, o que assegura que a transparência seja mantida sem comprometer a privacidade individual.

Além disso, a Ouvidoria Geral da União mantém canais de comunicação com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, discutindo estratégias para uma governança da informação mais eficaz. Destarte, a relação entre a LAI e a LGPD destaca a importância de um quadro normativo que harmonize

os princípios de privacidade e transparência, promovendo um diálogo contínuo entre as autoridades para uma administração pública aberta e acessível.

6. DECISÕES JUDICIAIS SOBRE CONFLITOS ENTRE LAI E LGPD

A interação entre a Lei de Acesso à Informação (LAI - Lei nº 12.527/2011) e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD - Lei nº 13.709/2018) apresenta desafios significativos para a interpretação e aplicação das normas no Brasil, especialmente no que diz respeito ao equilíbrio entre o direito à transparência e o direito à privacidade.

Conforme Frazão, Tepedino e Oliva (2023), a chave para harmonizar os direitos fundamentais em conflito é interpretar o interesse público como algo inerente a esses direitos, transformando-o em uma ferramenta de equilíbrio, de modo a permitir uma solução harmônica entre eles. Os tribunais desempenham um papel fundamental na resolução desses conflitos, interpretando as normas com o objetivo de integrar e equilibrar ambas as leis de forma harmoniosa, como evidencia as seguintes decisões judiciais.

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, em 2014, o Recurso Extraordinário (RE) 766.390 AgR/DF, envolvendo a divulgação de dados referentes a cargos públicos e a proteção de dados pessoais sensíveis. A decisão reafirmou que a divulgação de informações relacionadas a cargos públicos está de acordo com os princípios constitucionais de publicidade e transparência, sem violar os direitos à privacidade e intimidade. Contudo, informações de natureza pessoal devem ser protegidas para garantir a privacidade dos indivíduos. O julgamento ocorreu em 24 de junho de 2014, sob a presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, e envolveu o Sindicato dos Médicos do Distrito Federal (SINDMEDICO) e o Distrito Federal. O STF negou por unanimidade o agravo regimental, mantendo a decisão anterior. Este julgamento destacou a necessidade de equilíbrio entre a transparência e a proteção de dados pessoais, estabelecendo diretrizes sobre a divulgação de informações de interesse coletivo.

Outro caso importante é que o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, em 2015, o Recurso Extraordinário (RE) 673.707/RJ, decidindo que a divulgação dos salários dos servidores públicos é constitucional. A decisão des-

tacou a importância da transparência para o controle social e o combate à corrupção, mas também ressaltou a necessidade de proteger dados pessoais sensíveis, estabelecendo limites para a exposição de informações, a fim de respeitar a dignidade e a privacidade dos servidores. Sob a presidência do Ministro Luiz Fux, a decisão foi unânime e reafirmou que o *habeas data* é a garantia constitucional adequada para acessar dados de pagamentos de tributos em sistemas informatizados, destacando a importância do equilíbrio entre a informação e a privacidade, servindo como um importante precedente na resolução de conflitos entre a LAI e a LGPD.

Podemos mencionar outra decisão em que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) julgou, em 2014, o Recurso Especial: REsp 1.457.199 RS, abordando a conformidade do “*credit scoring*” com o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Lei nº 12.414/2011 (Lei do Cadastro Positivo). O STJ decidiu que o “*credit scoring*” é legal desde que respeite a privacidade do consumidor e garanta transparência, permitindo ao consumidor conhecer as fontes e dados utilizados. No entanto, o uso inadequado de dados pode ser considerado abuso, de modo a gerar responsabilidade por danos morais, especialmente em casos de recusa indevida de crédito. Sob a responsabilidade do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, o julgamento foi tratado como “recurso repetitivo”. A decisão destaca a importância de equilibrar práticas comerciais com a proteção dos direitos dos consumidores.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) julgou, em 2020, o Processo Administrativo: 060044851/DF, decidindo sobre o pedido de um candidato não eleito ao Senado em 2018 para a remoção de seus dados pessoais e patrimoniais do sistema DivulgaCand, uma ferramenta que disponibiliza informações detalhadas sobre candidatos, essencial para a transparência durante o processo eleitoral. No entanto, sob a responsabilidade do Ministro Og Fernandes, a decisão foi unânime entre os ministros e o TST reconheceu que, após as eleições, especialmente para candidatos não eleitos, o direito à privacidade prevalece sobre a necessidade de exposição pública. Com base na LGPD e na jurisprudência do TSE, o pedido foi deferido e o TRE/DF foi instruído a classificar os dados do requerente como “não divulgável”.

O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou, em 2020, o Recurso Extraordinário nº 1010606/RJ, e decidiu que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Brasileira. O Tribunal afirmou que a passagem

do tempo não impede a divulgação de informações verídicas e lícitamente obtidas, seja em qualquer meio, e que as plataformas de internet não são automaticamente responsáveis pelo conteúdo postado por terceiros, mas devem remover o material ofensivo após notificação judicial. O Ministro Luiz Fux, relator do caso, destacou a necessidade de equilibrar a liberdade de expressão com a proteção da privacidade. A decisão reafirma que abusos na liberdade de expressão devem ser analisados à luz dos princípios constitucionais e legais.

As decisões judiciais sobre a aplicação da LAI e da LGPD evidenciam um esforço consistente dos tribunais brasileiros em harmonizar os direitos à transparência e à privacidade. Os julgados mostram que o judiciário tem adotado soluções que respeitem ambos os princípios, com a anonimização e a limitação de acesso aos dados sensíveis. Essa abordagem jurisprudencial é fundamental para consolidar um entendimento jurídico que permita a coexistência eficaz e harmônica desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

A harmonização entre a Lei Geral de Proteção de Dados e a Lei de Acesso à Informação é essencial para equilibrar os direitos à privacidade e à transparência no contexto jurídico brasileiro. Embora essas leis possam parecer conflitantes, este estudo demonstra que sua coexistência não apenas é possível, mas também fundamental para uma governança eficaz e democrática. Quando interpretadas de forma sistêmica e harmônica, a LGPD e a LAI podem atuar de maneira complementar, de modo a proteger a privacidade dos dados pessoais enquanto garantem o direito de acesso à informação pública.

A análise das interações entre a LGPD e a LAI revela que, embora haja áreas de conflito, principalmente na aplicação prática das normas, existem também significativas complementaridades que podem reforçar ambos os princípios. Para resolver essas tensões, é fundamental que o judiciário, os órgãos reguladores e os responsáveis pela implementação dessas leis adotem interpretações que respeitem os princípios constitucionais, a fim de buscar seu equilíbrio.

A chave para essa harmonização está na interpretação cuidadosa das disposições legais, respeitando os limites impostos pela LGPD e as exceções previstas na LAI. Diretrizes claras e a capacitação contínua dos agentes públicos são essenciais para minimizar conflitos, garantindo a aplicação equilibrada das leis. A divulgação de dados pessoais deve observar critérios rigorosos de proporcionalidade e necessidade, para assegurar a proteção da privacidade sem comprometer a transparência, conforme previsto na LGPD.

Conclui-se que a coexistência harmoniosa entre a LAI e a LGPD é fundamental para fortalecer a governança no Brasil. A integração desses dois pilares jurídicos assegura a proteção dos direitos fundamentais, promovendo um ambiente jurídico que valoriza tanto a privacidade quanto a transparência, essenciais para uma democracia robusta, em que a proteção de dados e o acesso à informação coexistam de forma justa e eficiente, refletindo o compromisso com a defesa dos direitos individuais e uma governança responsável.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Herivelto de; LEHFELD, Lucas de Souza; GUEDES, Marcio Bulgarelli. **Comentários à lei de acesso à informação**. Santa Cruz do Sul: Essere nel mondo, 2014. ISBN: 978-85-67722-09-2.

BARONOVSKY, Thainá; LIMA Adrienne, SAMANIEGO, Daniela. **LGPD para contratos: adequando contratos e documentos à Lei Geral de Proteção de Dados**. São Paulo: Expressa, 2021. E-book. ISBN: 978-65-5559-768-4. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555597684/>. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: DF, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/. Acesso em: 13 jun. 2024.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 115, de 2022**. Altera a Constituição Federal de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm/. Acesso em: 13 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Lei de Acesso à Informação. Brasília: DF, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm/. Acesso em: 17 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília: DF, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 19 jun. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.853, de 08 de julho de 2019**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Brasília: DF, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em: 19 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.457.199/RS**. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Rio Grande do Sul, RS, julgado em 13 dez. 2000. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?cod_doc_jurisp=1404929.

Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE) 766.390 AgR/DF**. Relator: Min. Ricardo Levandowski. Brasília, DF, julgado em 24 jun. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur272198/false>. Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 673.707/RJ**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, julgado em 17 jun. 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4204594&numeroProcesso=673707&classeProcesso=RE&numeroTema=582>. Acesso em: 23 ago. 2024.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Processo Administrativo 0600448550/DF**. Relator: Min. Og Fernandes. Brasília, DF, julgado em 19 jun. 2020, Publicado em: 04 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tse/1888082727>. Acesso em: 24 ago. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE): 1.010.606**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, julgado em 30 jun. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5091603>. Acesso em: 24 ago. 2024.

CANHADAS. Fernando Augusto Martins. **O direito de acesso à informação pública: o princípio da transparência administrativa**. 1. Ed. Curitiba: Appris, 2018. ISBN 978-85-473-1905-2.

CARVALHO, André; BANNWART, Elizabeth. **11. A Lei de Acesso à Informação (Lai) E a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD): Adequando aos Programas de Governança em Privacidade das Empresas Estatais** In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Luiz. **Compliance no Direito Empresarial**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2020. E-book. ISBN 978-65-5614-300-2.

CGU – CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Parecer Sobre Acesso à Informação: para atender ao Despacho Presidencial de 1º de janeiro de 2023.** Brasília/DF, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/conarq/ptbr/assuntos/noticias/cgu-concluiu-o-parecer-sobre-a-cesso-a-informacao-paraatender-ao-despacho-presidencial-de-1o-de-janeiro-de-2023>. Acesso em: 19 jun. 2024.

FIQUEM SABENDO. **Ao menos 79 pedidos negados com base na lei de proteção de dados chegaram à CGU.** 64.ed. Newsletter Fiquem Sabendo: Agência de dados especializada no acesso a informações públicas, 2021. Disponível em: <https://fiquemsabendo.com.br/transparencia/lgpd-negativa-cgu>. Acesso em: 23 jul. 2024.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Proteção de dados pessoais e os impactos nas relações de trabalho: princípios, aplicações e críticas.** 2.1. *Dados, Informações, Conhecimento. Dados Pessoais. Os Modelos Legais de Proteção de Dados Pessoais no Direito Estrangeiro.* In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. 1. ed. São Paulo: Thomsom Reuters Revista dos Tribunais, 2023. E-book. ISBN 978-65-260-0168-4.

FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e Suas Repercussões no Direito Brasileiro.** *Capítulo 7. Diálogos Entre a Lei Geral de Proteção de Dados e a Lei de Acesso à Informação.* In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato. São Paulo: Thomsom Reuters Revista dos Tribunais, 2023. E-book. ISBN 978-65-260-0197-4.

GUERREIRO, Ruth Maria; TEIXEIRA, Tarcísio. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: comentado artigo por artigo.** 4. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. ISBN: 978-65-5559-901-5.

LOGAREZZI, Lia. **Guia prático da lei de acesso à informação.** São Paulo: Artigo 19 Brasil, 2016. 2 Mb; PDF Bibliografia. E-book. ISBN 978-85-92583-09-5.

MARINHO, Fernando. **Os 10 mandamentos da LGPD: como implementar a Lei Geral de Proteção de Dados em 14 passos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2020. ISBN 978-85-97-02599-6. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788597026009/>. Acesso em: 07 jul. 2024.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Proteção de Dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 4. ed. São Paulo: SaraívaJur, 2023. E-book. ISBN: 978-65-5559-948-0. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555599480/>. Acesso em: 07 jul. 2024.

ROSA, Helena. **Bancos de Dados de saúde e Pesquisa: Prós e Contras da LGPD**. In: DALLARI, Analluza Bolivar; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **LGPD na Saúde**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2021. E-book. ISBN: 978-65-5614-946-2.

SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de Acesso à Informação: Lei 12.527/2011**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Editora Revista dos Tribunais, 2020. E-book. ISBN 978-85-5321-939-1.

SOLER, Fernanda Galera. **Proteção de Dados: reflexões práticas e rápidas sobre a LGPD**. São Paulo: Expressa, 2021. E-book. ISBN: 978-65-5362-250-0. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786553622500/>. Acesso em: 13 jun. 2024.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira: análise setorial**. v.1. 1.ed. São Paulo: Almedina, 2021. E-book. ISBN 978-65-5627-396-9. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556271705/>. Acesso em: 22 jul. 2024.

VAZ, Elias. **Acesso à informação não pode ser prejudicado por conta de Lei de Proteção de Dados, dizem especialistas.** Câmara dos Deputados. AGÊNCIA CAMARA DE NOTÍCIAS, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/828370-acesso-a-informacao-nao-pode-serprejudicado-por-conta-de-lei-de-protecao-de-dados-dizem-especialistas>. Acesso em: 23 jul. 2024.

ZANCANER, Weida. **Acesso à Informação Pública.** Coordenadores: VALIM, Rafael; MALHEIROS, Antônio Carlos; BACARIÇA, Josephina (in memoriam), 1.ed. Editora Fórum, 2015. ISBN 975-85-450-0022-8.

Submissão: 04.set.2024

Aprovado: 19.set.2024

A HERMENÊUTICA DOS DIREITOS HUMANOS: INTEGRAÇÃO ENTRE AS FONTES INTERNACIONAIS E NACIONAIS

The Hermeneutics of Human Rights: Integration Between International and National Legal Sources

Fernando Antônio de Lima¹

ÁREA: Direito Constitucional. Direito Internacional dos Direitos Humanos.

RESUMO: O presente artigo propõe uma interpretação do direito que integre normas jurídicas internas e internacionais, decisões de tribunais nacionais e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O objetivo é extrair a máxima proteção dos direitos humanos, a partir de uma hermenêutica jurídica própria, que ajuste a soberania estatal aos padrões interamericanos de proteção aos direitos humanos. Sugere-se, assim, uma Hermenêutica dos Direitos Humanos, com métodos e princípios próprios, diversos dos métodos e princípios das Hermenêuticas Tradicional e Constitucional. O método de que se valeu a pesquisa é o método indutivo, com análise de situações particulares das quais se extraem a nova metodologia interpretativa aqui discutida. Por meio da análise de casos e situações específicas, pôde-se perceber a insuficiência das técnicas hermenêuticas tradicionais, no âmbito da proteção dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica dos Direitos Humanos. Corte Interamericana. Responsabilidade Internacional do Brasil.

ABSTRACT: This article proposes an interpretation of law that integrates domestic and international legal norms, decisions of national courts and decisions of the Inter-American Court of Human Rights. The objective is to extract the maximum protection of human rights, based on a specific legal hermeneutics, which adjusts state Sovereignty to inter-American standards of human rights protection.

¹ Juiz de Direito em Jales, Estado de São Paulo. Doutor em Direitos Humanos e Empresas pela Universidade Nove de Julho (Uninove). Pós-graduado em Direito Tributário. Pós-graduado em Direito do Consumidor e Tutela de Direitos Coletivos. Difusos e Individuais Homogêneos. Coordenador de Cursos sobre a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Escola Paulista da Magistratura (EPM). Professor na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Endereço eletrônico: fernando_a_lima@outlook.com. Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/5272428527924775> >.

Therefore, a Hermeneutics of Human Rights is proposed, with its own methods and principles, diferente from the methods and principles of Traditional and Constitutional Hermeneutics. The method used in the research is the inductive method, with analysis of particular situations from which the new interpretative methodology discussed here is extracted. Through the analysis of specific cases and situations, it was possible to perceive the insufficiency of traditional hermeneutical techniques, within the scope of the protection of human rights.

KEYWORDS: Hermeneutics of Human Rights – Inter-American Court – International Responsibility of Brazil.

SUMÁRIO: Introdução. 2. Hermenêutica Jurídica: origem e subdivisões. 2.1. Hermenêutica Tradicional. 2.2. Hermenêutica Constitucional. 2.3. Hermenêutica dos Direitos Humanos. 3. Princípios instrumentais e princípios substanciais (ou materiais) da Hermenêutica dos Direitos Humanos. 4. Princípios instrumentais da Hermenêutica dos Direitos Humanos. 4.1. Princípio da interpretação *pro persona* (ou *favor libertatis* ou *pro homine*). 4.2. Princípio da primazia ou da preferência da norma mais favorável à pessoa; 4.3. Princípio da reparação integral. 5. Princípios substanciais ou materiais da Hermenêutica dos Direitos Humanos. 5.1. Princípio da igualdade ou da não discriminação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca apresentar alguns mecanismos interpretativos que integram normas jurídicas internas e internacionais, decisões judiciais internas e internacionais. Essa integração visa extrair a máxima proteção possível aos direitos humanos, a partir daquilo que aqui se denomina de Hermenêutica dos Direitos Humanos.

A referida Hermenêutica não despreza a produção jurídica interna, mas busca integrar tal produção aos padrões interpretativos assinalados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Não se abandona a Hermenêutica Jurídica Tradicional, focada na interpretação das leis, nem a Hermenêutica Constitucional, cujo objeto é interpretar a Constituição. Essas Hermenêuticas, contudo, voltam-se ao plano interno, de modo que, sozinhas, podem ser insuficientes para a proteção dos direitos humanos, que é assunto, após a 2ª Guerra Mundial, de preocupação da comunidade internacional.

O método utilizado é, principalmente, o indutivo. A partir da análise da jurisprudência da Corte Interamericana e de situações concretas, são formatados princípios capazes de integrar as normas jurídicas internas com as normas jurídicas internacionais de proteção aos direitos humanos.

Há dois objetivos básicos no estudo da Hermenêutica dos Direitos Humanos. O primeiro é ajustar o Estado aos padrões normativos do sistema regional interamericano de direitos humanos e aos padrões interpretativos assinalados pela Corte Interamericana. Assim se evita a responsabilização internacional do Estado brasileiro perante esse tribunal internacional de direitos humanos.

O segundo objetivo é viabilizar a ampla e eficaz proteção dos direitos humanos, com a indicação de nortes interpretativos que devem ser seguidos pelo Poder Judiciário brasileiro, em observância à Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça.

2. HERMENÊUTICA JURÍDICA: ORIGEM E SUBDIVISÕES

Hermenêutica é uma palavra que se origina do Deus Hermes. Na mitologia grega, o Deus Hermes era um intermediário entre os seres humanos e os deuses. Hermes trazia a palavra divina dos deuses aos seres humanos. Na *Ilíada*, Homero diz que Hermes é o deus-companheiro dos mortais. Ao contrário dos deuses longínquos, que residem em um além, Hermes é um deus próximo que frequenta este mundo. Vive em meio aos mortais, em familiaridade com eles².

Se o Deus Hermes era o intermediário entre os deuses e os seres humanos, segue-se que a Hermenêutica é a que traz as mensagens do além para as pessoas.

Ao traduzir para o Direito, a Hermenêutica Jurídica é a ciência que recolhe as mensagens divinas de igualdade, liberdade e dignidade para o mundo concreto onde vivem as pessoas. Em termos mais técnicos, Hermenêutica Jurídica é a ciência da interpretação das normas jurídicas, ou seja, a ciência que fornece os métodos, teorias e princípios para a interpretação do Direito.

² KIBUUKA, Brian. As origens gregas da Hermenêutica e da Alegoria. In: *Revista de Estudos Helênicos da UERJ*, nº 5, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/Dr%20Fernando/Downloads/admin_depext,+40562-137767-1-CE%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Dr%20Fernando/Downloads/admin_depext,+40562-137767-1-CE%20(3).pdf). Acesso: 24/9/2024.

A Hermenêutica Jurídica se subdivide em: a) Hermenêutica Tradicional; b) Hermenêutica Constitucional; c) Hermenêutica dos Direitos³.

2.1. Hermenêutica tradicional

Hermenêutica Tradicional é a ciência que busca interpretar fundamentalmente a lei, com pouca abertura à realidade. Trata-se de uma abordagem denominada de *jus positivista*, muito em voga nos séculos XVIII e XIX. O Juiz ou a Juíza são chamados de “boca da lei”, devendo-se limitar a uma interpretação fechada da lei. O Poder Judiciário se encontra preso aos limites rígidos da lei.

Trabalha-se, então, com os seguintes métodos de interpretação: a) gramatical ou literal; b) histórico; c) sistemático; d) teleológico; e) lógico. E com os seguintes métodos de integração: a) costumes; b) analogia.

Esses métodos continuam importantes, mas, em muitas situações, são insuficientes. Não se pode mais tolerar uma cisão entre a ciência jurídica e as demais ciências sociais, em que o drama humano passa a ser visto sob uma ótica exclusivamente conceitual⁴. É preciso ligar o “escrever” e a “vivência”, isto é, a *Escrevivência*. Esse termo, criado por Conceição Evaristo, revela experiências étnicas e de gênero⁵, o que, no campo do Direito, insere as normas jurídicas num contato próximo com a realidade social.

Exemplos da insuficiência de interpretar de forma fechada a lei:

- a) Tribunal de Carolina do Sul, Estados Unidos, final do século XIX: um ano após o final do tráfico de populações escravas nos EUA, um tribunal de Carolina do Sul decidiu que as crianças negras não poderiam ser vendidas separadas das mães, porque as crianças escravas negras estão no mesmo nível de outros animais⁶. Eis o Direito sem contato com a Ética.

³ LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*, págs. 39 a 41. São Paulo: JusPodivm, 2024.

⁴ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, págs. 18 e 21. 5ª reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

⁵ HERMÍNIO, Beatriz. A escrevivência carrega a escrita da coletividade, afirma Conceição Evaristo. *In*: Institutos de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo (IEA).

⁶ DAVIS, Ângela. *Mulheres, raça e classe*, págs. 19 e 20. São Paulo: Boitempo, 2016.

b) Lei dos Sexagenários, de 1885, Brasil: essa lei previa a criação de um tributo especial, pago por toda a coletividade, para compensar os prejuízos dos ex-proprietários de escravos. Não bastava ao escravo completar 60 anos para se libertar. Ele ainda tinha que trabalhar mais um tempo, para compensar o prejuízo sofrido pelo senhor.

2.2. Hermenêutica constitucional

Hermenêutica Constitucional é a ciência que visa a interpretar a Constituição. Desenvolvida a partir da primeira metade do século XX, tal ciência é aplicada até hoje. Nota-se, agora, ao contrário do que se passava com a Hermenêutica Tradicional, maior abertura à realidade. Há possíveis aproximações entre o Direito, a Ética, a Política, a Economia, a Filosofia, a Sociologia.

Por exemplo, ao aplicar a Hermenêutica Constitucional, o Supremo Tribunal Federal entendeu ser possível ao Poder Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na adoção de medidas ou na execução de obras emergenciais, em estabelecimentos prisionais⁷.

Para chegar a essa conclusão, o Supremo Tribunal utilizou os seguintes argumentos jurídicos: a) dignidade humana (CF/88, art. 1º, III); b) direito dos detentos à integridade física e moral (CF/88, art. 5º, XLIX).

Assim, contra esse poder-dever do Poder Judiciário, não é possível invocar: a) o princípio da separação de poderes: a decisão sobre direitos fundamentais não pode ficar a cargo somente de órgãos políticos, como o Chefe do Poder Executivo (diálogo entre Direito e Política); b) a reserva do possível: o Executivo não pode invocar falta de dinheiro para garantir o mínimo de dignidade às pessoas presas (diálogo entre Direito e Economia).

É certo que a Hermenêutica Constitucional, com seus princípios próprios de interpretação, permite que o Direito se ocupe da realidade social. Trata-se de um avanço significativo em relação à Hermenêutica Tradicional. Entre os princípios de interpretação especificamente constitucionais, podem ser mencionados os seguintes: princípio da supremacia da Constituição,

⁷ STF, Plenário, RE 592581, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento no dia 13/8/2015. Tema nº 220. Tese de Repercussão Geral.

princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, princípio da interpretação conforme a Constituição, princípio da unidade da Constituição, princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e princípio da efetividade⁸.

Contudo, a Hermenêutica Constitucional, vista de forma isolada, pode ser insuficiente para a proteção dos direitos humanos. Três exemplos demonstram a afirmação.

Em primeiro lugar, as Constituições são elaboradas no âmbito interno do Estado, por meio do Poder Constituinte Originário. Em muitos livros de Direito Constitucional, consta que esse poder é ilimitado. Isso autorizaria, por exemplo, instituir a escravidão e a desigualdade entre homens e mulheres.

Em segundo lugar, temos exemplos de Constituições que autorizam graves violações a direitos humanos. O art. 48 da Constituição alemã de Weimar dispunha que, caso a ordem pública estivesse em risco, o Presidente da República poderia tomar medidas para restabelecer a ordem, sem o aval do Poder Legislativo. Assim, de forma unilateral, o Presidente da República poderia: a) suspender direitos civis como o *habeas corpus* (ex.: pessoa presa sob a acusação de subversão poderia ser presa, sem contestar a prisão); b) suspender a inviolabilidade do domicílio; c) autorizar expropriações.

A história nos conta o perigo em se conceder poderes extremos pela Constituição, sem limites nos direitos humanos. A autorização constitucional acima permitiu, por exemplo, a adoção do Programa T4: pessoas com deficiência física ou intelectual eram executadas (eutanásia), sob o argumento de se manter pura a raça superior ariana. Bebês e crianças pequenas eram executadas com drogas letais ou abandonadas até morrerem de fome. Ou seja, a ausência de limites constitucionais ao Poder Executivo permitiu a prática das piores atrocidades possíveis.

Em terceiro lugar, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vinculantes aos Países que aceitaram a jurisdição contenciosa desse tribunal – como é o caso do Brasil – podem impor até mesmo a alteração das Constituições. Basta que as Constituições não protejam os direitos humanos.

Tomemos como exemplo o *Caso Olmedo Bustos e outros vs. Chile (Caso “A Última Tentação de Cristo”)*, sentença de 5 de fevereiro de 2001. Um órgão

⁸ Confira-se: BARROSO, Luíz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

do Poder Executivo chileno proibiu a veiculação do filme “A Última Tentação de Cristo”. A Suprema Corte Chilena, com base na Constituição do Chile, que possibilitava a censura cinematográfica, manteve a proibição da veiculação. Argumento: princípios cristãos e honra de Jesus Cristo.

Contudo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos responsabilizou o Estado do Chile por violação ao direito à liberdade de pensamento e de expressão, previsto no art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Importância do caso: qualquer norma interna, de qualquer hierarquia (lei, Constituição), se violar tratados internacionais de direitos humanos, pode ensejar a responsabilidade internacional do Estado. Nesse sentido, a Corte Interamericana determinou que o Estado chileno reformasse a Constituição. O Chile, então, cumpriu essa determinação e alterou a redação do dispositivo constitucional que autorizava a censura prévia.

Não bastasse, o art. 27 da Convenção de Viena do Direito dos Tratados estipula que o Estado não pode invocar as disposições de seu direito interno para descumprir um tratado.

Os quatro exemplos demonstram que a Hermenêutica Constitucional pode ser insuficiente para o respeito e a garantia dos direitos humanos.

Por isso, cresce, na comunidade internacional, principalmente após a 2^a Guerra Mundial, a ideia de que a proteção dos direitos humanos não pode ser tarefa conferida apenas aos Estados, isto é, às leis e às Constituições. Trata-se de tema afeto à preocupação internacional⁹.

A propósito, o cientificismo deu ensejo a teorias radicais violadoras de direitos humanos. Se coube a Stalin eliminar pessoas com base na “teoria científica” dos inimigos de classe, a Hitler competiu destruir as pessoas com base na “teoria científica da natureza, da superioridade de uns sobre os outros”. Essa cientificidade não humana foi o substrato teórico para a 2^a Guerra Mundial¹⁰.

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, págs. 86 e 87. São Paulo: SARAIVA, 2021.

¹⁰ ARENDT, Hannah. *Compreender. Formação, exílio e totalitarismo. Ensaios*, pág. 232. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

Surgem, então, instituições ligadas à Organização das Nações Unidas (sistema universal ou global) e instituições regionais (sistema regional interamericano, europeu, africano). Os Estados devem observar as normas e decisões desses sistemas internacionais.

O Brasil, em particular, submete-se aos sistemas universal (ONU) e regional interamericano de direitos humanos. No que toca ao regime interamericano, nosso País se vincula: a) à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, desde 1992, que é um tratado internacional de direitos humanos; b) à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, desde 1998.

Não basta mais, portanto, conhecer apenas as leis e a Constituição, as decisões do Supremo Tribunal Federal. Devemos aprender, agora, a combinar as normas jurídicas internas e internacionais de direitos humanos. Devemos aprender agora a combinar as decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais brasileiros com a jurisprudência e as opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Região marcada por desigualdades sociais e radicalismo político, é importante conceber o enfoque interpretativo denominado *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL). Trata-se de uma combinação da dogmática nacional com a dogmática do direito internacional público, com base em princípios, na centralidade de direitos e em transformações graduais na realidade social¹¹.

A propósito, segundo a Recomendação nº 123, de 7 de janeiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça, o Poder Judiciário brasileiro deve: a) observar os tratados internacionais de direitos humanos; b) fazer uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; c) promover o controle de convencionalidade das leis internas, isto é, verificar se as leis internas são compatíveis com tratados internacionais de direitos humanos.

Isso tudo provoca uma revolução no modo de se interpretar o Direito: a) não basta mais conhecer apenas as técnicas de interpretação das leis

¹¹ BOGDANDY, Armin vo. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Organizadores). *Constitutionale Commune na América Latina. Marco Conceptual*, volume I, págs. 16 a 18. Curitiba: Juruá, 2016.

(Hermenêutica Tradicional); b) não basta apenas conhecer as técnicas de interpretação da Constituição (Hermenêutica Constitucional); c) é preciso aprender a combinar as normas jurídicas internas e internacionais de direitos humanos, a jurisprudência do STF e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Hermenêutica dos Direitos Humanos).

É possível, portanto, falar-se em uma soberania relativizada, com a possibilidade de se responsabilizar o Estado na arena internacional, quando há omissão ou falha das instituições nacionais na proteção dos direitos humanos¹².

No caso particular do Brasil, há uma lógica e uma linguagem de violência. Existe um nó nacional com determinação cultural profunda, derivando de nossa herança escravocrata. Trata-se de uma violência que se naturalizou e que se espalhou pela nossa sociedade¹³, o que exige, no plano do Direito, reação via uma Hermenêutica dos Direitos Humanos. Mais especificamente, quanto ao povo negro, deve-se levar em conta que o sistema de justiça e a academia jurídica repelem os saberes e os corpos negros. Isso exige uma nova forma de pensar o sistema jurídico e o próprio Direito¹⁴, com a proposta, inclusive, de uma Hermenêutica Jurídica Negra¹⁵, um sub-ramo da Hermenêutica dos Direitos Humanos.

2.3. Hermenêutica dos direitos humanos

Hermenêutica dos Direitos Humanos é o conjunto de métodos, teorias e princípios responsáveis por articular normas jurídicas internas e internacionais, decisões de tribunais internos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o objetivo de se extrair a máxima proteção aos direitos humanos.

¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, pág. 90. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

¹³ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma bibliografia*, pág. 14. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

¹⁴ VAZ, Livia Sant'anna; RAMOS, Chiara. *A justiça é uma mulher negra*, pág. 221. Ilustrado por Ferreira Preta Ilustra. Belo Horizonte-MG: Casa do Direito, 2021.

¹⁵ Confira-se: MOREIRA, Adílson José. *Pensando como um negro. Ensaio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

Há, pelo menos, 27 princípios de Hermenêutica dos Direitos Humanos¹⁶. Trabalharemos, nesta pesquisa, com alguns deles, para melhor ilustrar como se aplica a Hermenêutica dos Direitos Humanos. A escolha dos princípios aqui abordados parte de uma maior aplicabilidade deles em relação aos demais.

3. PRINCÍPIOS INSTRUMENTAIS E SUBSTANCIAIS (OU MATERIAIS) DA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS HUMANOS

A Hermenêutica dos Direitos Humanos conta com:

- a) Princípios instrumentais: são métodos jurídicos de integração das ordens jurídicas internas e internacionais em vigor no sistema jurídico brasileiro, com o objetivo de se alcançar a mais sofisticada e plena proteção dos direitos humanos. Ex.: princípio da interpretação *pro persona* ou *favor libertatis* ou *pro homine*; princípio da reparação integral; princípio da primazia ou da prevalência da norma mais favorável à pessoa.
- b) Princípios substanciais ou materiais: são normas jurídicas que consagram os grandes valores do sistema jurídico e orientam a aplicação e a interpretação dos demais elementos normativos do sistema jurídico. Ex.: princípio da igualdade ou da não discriminação, princípio da segurança jurídica em direitos humanos, princípio do devido processo convencional.

Nos princípios instrumentais, o objetivo primeiro é o de articular elementos jurídicos internos e internacionais, para, só depois, obter-se a proteção jurídica dos direitos humanos. Já nos princípios substanciais ou materiais, tais princípios são, eles próprios, direitos humanos incorporados em normas jurídicas. Ao revelarem direitos humanos propriamente ditos, os princípios substanciais acabam influenciando na interpretação dos elementos jurídicos internos e internacionais.

¹⁶ Confira-se: LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*, pág. 391 a 520. São Paulo: JusPodivm, 2024.

4. Princípios instrumentais da hermenêutica dos direitos humanos

Conforme visto, princípios instrumentais da Hermenêutica dos Direitos Humanos são os métodos interpretativos que combinam os elementos jurídicos internos e internacionais, com o objetivo de se alcançar a máxima proteção jurídica dos direitos humanos.

Há vários princípios instrumentais. Neste trabalho, trataremos de três: princípio da interpretação *pro persona* ou *favor libertatis* ou *pro homine*; princípio da reparação integral; princípio da primazia ou da prevalência da norma mais favorável à pessoa.

4.1. Princípio da interpretação *pro persona* (*favor libertatis* ou *pro homine*)

O princípio da interpretação *pro persona* é um método interpretativo segundo o qual a interpretação sobre as normas jurídicas deve ser feita em prol da pessoa¹⁷. O referido princípio conta com algumas diretrizes interpretativas. Uma dessas diretrizes consiste em extrair direitos humanos implícitos por meio da interpretação sistemática e conjugada de diversas normas (internas e internacionais). Basta ao intérprete, ao fazer essa conjugação entre normas, emprestar a essas normas uma interpretação em favor do ser humano. Vamos a dois exemplos.

A reparação econômica pela perda do tempo existencial ou vital do consumidor (desvio produtivo do consumidor) não está prevista expressamente no nosso sistema jurídico. Trata-se daquelas situações em que o consumidor, despendendo parte significativa do seu tempo, não consegue resolver um problema de consumo. Daí o direito à referida reparação¹⁸.

¹⁷ LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*, pág. 417. São Paulo: *JusPodivm*, 2024.

¹⁸ Sobre a teoria do desvio produtivo do consumidor, confira-se: DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor*. O prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2ª ed. Vitória-ES: Edição Especial do Autor, 2017.

Essa reparação econômica, embora não prevista expressamente no ordenamento jurídico, surge da combinação de normas jurídicas internas e internacionais, analisadas sob uma perspectiva favorável à pessoa.

Assim, no plano interno, os direitos dos consumidores são direitos fundamentais (CF/88, art. 5º, XXXII). Ainda no plano interno, há o princípio da reparação integral dos danos provocados aos consumidores (Código de Defesa do Consumidor, art. 6º, VI).

Já no plano internacional, o art. XV da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem prevê o direito dos seres humanos a aproveitarem utilmente o tempo livre.

Nesse sentido, a conjugação dessas normas jurídicas internas e internacionais, a partir de uma visão favorável à pessoa humana, possibilita a extração do direito implícito à reparação econômica do consumidor, na hipótese de perda do tempo vital ou existencial (desvio produtivo).

Outro exemplo: obrigatoriedade de as operadoras de plano de saúde custearem medicamentos de uso domiciliar, na hipótese de doenças graves. As operadoras de plano de saúde não são obrigadas a fornecer medicamentos para tratamento domiciliar, salvo medicamentos antineoplásicos de uso oral (Lei nº 9.656/98, art. 10, VI).

Contudo, esse dispositivo deve ser interpretado em favor da pessoa. Assim, em caso de risco à vida ou de grave dano à saúde, o dever de fornecer medicamentos de uso domiciliar deriva da conjugação de elementos jurídicos internos e internacionais.

No plano interno, em caso de emergência, isto é, quando houver risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis ao paciente, as operadoras estão obrigadas ao atendimento ((Lei nº 9.656/98, art. 35-C, I).

No plano internacional, a proteção do direito à saúde deriva: a) da proteção geral dos direitos sociais (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 26); b) da necessidade de promover a interpretação sistemática das normas jurídicas internas e internacionais – aquilo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos denomina de *corpus juris interno e corpus juris internacional de proteção aos direitos humanos*¹⁹.

¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile*. Sentença de 8 de março de 2018.

Portanto, no caso de doenças graves, quando houver uma situação de urgência, é possível extrair o direito implícito dos usuários de planos de saúde a obter medicamentos de uso domiciliar. Basta aplicar o princípio da interpretação *pro persona*, conjugando-se normas e decisões internas e internacionais a partir da proteção da pessoa.

4.2. Princípio da reparação integral

Segundo o princípio da reparação integral, quando se violam direitos humanos, deve-se assegurar à vítima uma ampla possibilidade de reparação (não só econômica), conforme estipula o art. 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Vamos a um exemplo.

O dano ao projeto de vida é aquele dano que impede a pessoa de realizar o que ela decidiu realizar na própria vida. O Senhor Luiz Alberto Cantonal Bonavides foi preso ilegalmente e sofreu tortura em presídio peruano. Devido à prisão, o Senhor Bonavides não pôde realizar o projeto de cursar uma universidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que o Peru concedesse uma bolsa de estudos superiores ou universitários (custos do curso + gastos de manutenção)²⁰.

A reparação ao dano ao projeto de vida, na hipótese, é uma das formas de se aplicar o princípio da reparação integral em matéria de direitos humanos.

4.3. Princípio da primazia ou da preferência da norma mais favorável à pessoa

Segundo o princípio da primazia ou da preferência da norma mais favorável à pessoa, no conflito entre normas jurídicas deverá prevalecer aquela que mais proteja o ser humano. Não importa a origem da norma – se proveniente do direito interno ou do direito internacional – e não importa a hierarquia da norma, havendo conflito, a escolha recai sobre a norma que mais proteja o ser humano.

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cantonal Bonavides vs. Peru*. Sentença de 3 de dezembro de 2001, §80.

Esse princípio está previsto no art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Há várias possibilidades de aplicação do referido princípio:

- a) Prevalência de uma norma de tratado internacional de direitos humanos sobre uma norma constitucional: a prisão do depositário infiel é admitida pelo art. 5º, XLVII, da CF/88, mas proibida pelo art. 7.7. da CADH. Prevalece a norma da CADH, que é mais favorável ao ser humano.
- b) Prevalência de uma lei interna sobre um tratado internacional de direitos humanos aprovado com força de norma constitucional: o tratado de Marraqueche sugere, no art. 4º, §2º, que só uma entidade autorizada tem o direito de editar o livro acessível à pessoa com dificuldade de acesso. Isso geraria uma espécie de tutela indevida sobre as pessoas com deficiência, com um possível retorno ao assistencialismo. Já o art. 42, I, da Lei Brasileira de Inclusão (LBI), estipula o direito das pessoas com deficiência ao acesso a bens culturais em formato acessível. Assim, no Tratado de Marraqueche, o acesso depende de que tais obras tenham sido publicadas por entidade autorizada, o que não é exigido pela LBI. Prevalece esta última sobre o tratado, o qual, aliás, foi aprovado com força de norma constitucional (obediência ao procedimento previsto no art. 5º, §3º, da CF/88). Em outras palavras, devido ao princípio da primazia ou preferência da norma mais favorável à pessoa, prevalece uma lei interna sobre um tratado internacional de direitos humanos com força de norma constitucional²¹.

5. PRINCÍPIOS SUBSTANCIAIS OU MATERIAIS DA HERMENÊUTICA DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme visto, os princípios substanciais ou materiais da Hermenêutica dos Direitos Humanos são normas jurídicas que, ao espelhar grandes

²¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, pág. 301. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

valores relacionados à proteção dos direitos humanos, influenciam na interpretação de outras jurídicas. Um dos princípios substanciais ou materiais é o princípio da igualdade ou da não discriminação. A propósito, todo ordenamento jurídico (nacional e internacional) conta com princípios fundamentais, que revelam os grandes valores inspiradores da ordem jurídica interna e internacional, conferindo coerência e legitimidade às normas jurídicas²².

5.1. Princípio da igualdade ou da não discriminação

No sistema regional interamericano de direitos humanos, o princípio da igualdade ou da não discriminação encontra-se previsto no art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Segundo esse dispositivo, os Estados devem respeitar e proteger os direitos humanos, sem discriminação.

Dáí surgem dois deveres: a) dever de respeito ou obrigação negativa: o Estado deve abster-se de agir, para que o direito seja respeitado. Por exemplo, os agentes estatais não podem torturar os presos; b) dever de garantia ou obrigação positiva: o Estado deve atuar, para que o direito seja garantido. Por exemplo, o Estado deve promover ações afirmativas em favor da população negra e das mulheres, com o objetivo de estancar a desigualdade estrutural que nega direitos a essas pessoas.

Uma das manifestações práticas desse princípio, representando o dever de garantia ou obrigação positiva, é a distribuição dinâmica da carga probatória. Se houver possível violação aos direitos humanos e a vítima tiver dificuldade para a produção de provas em uma ação de reparação civil, por exemplo, o Poder Judiciário deve inverter o ônus da prova.

Em caso de violência praticada por agentes estatais, é muito difícil às vítimas, em uma ação de reparação civil, demonstrar a violação. O Estado, por sua vez, pode trazer câmeras que devem ser acionadas pelos policiais

²² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto concorrente no Parecer Consultivo nº 16, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (1999).

nos atendimentos. Se o Estado não trazer esse meio de prova, presume-se a veracidade dos fatos alegados pela vítima (inversão do ônus da prova)²³.

CONCLUSÃO

Verificou-se, por meio da análise das Hermenêuticas Tradicional e Constitucional, que a interpretação do Direito não pode ficar a cargo, apenas, da soberania estatal. É preciso criar métodos interpretativos que levem em conta, ao lado do direito nacional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos – particularmente as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para tanto, propôs-se uma Hermenêutica dos Direitos Humanos que pudesse articular, com princípios próprios, as normas jurídicas internas e internacionais, bem como decisões de tribunais internos e decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Além da proteção geral dos direitos humanos, essa nova Hermenêutica atrela a prática estatal aos padrões internacionais, evitando responsabilização do Estado brasileiro no plano internacional.

O presente trabalho, por limitação espacial, não pôde abranger toda a principiologia que a Hermenêutica dos Direitos Humanos pode apresentar. A propósito, a análise de casos julgados pela Corte Interamericana pode trazer novos métodos e princípios de produção do Direito, o que pode ser explorado em pesquisas futuras.

De qualquer forma, a Hermenêutica dos Direitos Humanos pode auxiliar a comunidade jurídica com novos métodos de interpretação que viabilizem a ampla e eficaz proteção dos direitos humanos, ajustando a soberania estatal aos padrões normativos e interpretativos do sistema regional interamericano de direitos humanos.

²³ FRESCA, Fábio. Voto proferido no seguinte julgamento: COLÉGIO RECURSAL DE SÃO PAULO, 4ª Turma da Fazenda, Agravo de Instrumento nº 0110-50.2024.8.26.9061, Juiz Relator FÁBIO FRESCA, voto proferido no dia 23 de setembro de 2.024.

REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. *Compreender. Formação, exílio e totalitarismo. Ensaios*, pág. 232. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, págs. 18 e 21. 5ª reimpressão. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

BARROSO, Luíz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2008.

BEATRIZ, Hermínio. A escrevivência carrega a escrita da coletividade, afirma Conceição Evaristo. *In*: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo (IEA). Disponível em: <http://www.iea.usp.br/noticias/a-escrevivencia-carrega-a-escrita-da-coletividade-afirma-conceicao-evaristo>; Acesso: 28/10/2024.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (Organizadores). *Constitutionale Commune na América Latina. Marco Conceptual*, volume I. Curitiba: Juruá, 2016, pág. 11 a 51.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Voto concorrente no Parecer Consultivo nº 16, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (1999).

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cantonal Bonavides vs. Peru*. Sentença de 3 de dezembro de 2001.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile*. Sentença de 8 de março de 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Olmedo Bustos e outros vs. Chile (Caso “A Última Tentação de Cristo”)*, sentença de 5 de fevereiro de 2001.

DAVIS, Ângela. *Mulheres, raça e classe*. São Paulo: Boitempo, 2016.

DESSAUNE, Marcos. *Teoria aprofundada do Desvio Produtivo do Consumidor*. O prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. 2ª ed. Vitória-ES: Edição Especial do Autor, 2017.

FRESCA, Fábio. Voto proferido no seguinte julgamento: COLÉGIO RECURSAL DE SÃO PAULO, 4ª Turma da Fazenda, Agravo de Instrumento nº 0110-50.2024.8.26.9061, Juiz Relator FÁBIO FRESCA, voto proferido no dia 23 de setembro de 2024.

KIBUUKA, Brian. As origens gregas da Hermenêutica e da Alegoria. *In: Revista de Estudos Helênicos da UERJ*, nº 5, 2018. Disponível em: [file:///C:/Users/Dr%20Fernando/Downloads/admin_depext,+40562-137767-1-CE%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/Dr%20Fernando/Downloads/admin_depext,+40562-137767-1-CE%20(3).pdf). Acesso: 24/9/2024.

LIMA, Fernando Antônio de. *Curso de Hermenêutica dos Direitos Humanos*, págs. 39 a 41. São Paulo: JusPodivm, 2024.

MOREIRA, Adílson José. *Pensando como um negro. Ensaio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, págs. 86 e 87. São Paulo: SARAIVA, 2021.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, pág. 301. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma bibliografia*, pág. 14. 1ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário, RE 592581, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, julgamento no dia 13/8/2015. Tema nº 220. Tese de Repercussão Geral.

VAZ, Livia Sant'anna; RAMOS, Chiara. *A justiça é uma mulher negra*. Ilustrado por Ferreira Preta Ilustra. Belo Horizonte-MG: Casa do Direito, 2021.

Submissão: 24.setembro.2024

Aprovação: 30.outubro.24

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E REFUGIADOS NA NOVA MODERNIDADE LÍQUIDA

The Principle of Human Dignity And Refugees in the New Liquid Modernity

Roberta Soares da Silva¹

Helga Alessandra Barroso Verbickas²

ÁREA: Direito Público.

RESUMO: O presente artigo traz um novo olhar para a questão dos refugiados, em especial na Europa, traçando um embate entre o princípio da dignidade humana diante da sociedade atual e suas características influenciáveis pelos discursos veiculados em redes sociais sem qualquer compromisso com a verdade. Primeiramente, procurou-se identificar o conteúdo desse princípio em relação ao Estado, para, posteriormente, confrontá-lo com as políticas atuais. Objetiva-se verificar o atendimento ao princípio pela comunidade internacional, em especial perante o compromisso assumido em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Conclui-se que não há pleno atendimento, sendo conferido tratamento indigno aos refugiados e imigrantes, em razão, exatamente, dessa modernidade líquida, caracterizada pelo individualismo, medo e desinformação.

PALAVRAS-CHAVE: dignidade da pessoa humana; modernidade; quarta revolução industrial; rede social; refugiados; migrantes.

ABSTRACT: This article takes a fresh look at the refugee issue, especially in Europe, by tracing a clash between the principle of human dignity in the face of to-

¹ Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Assistente no Curso de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos e Direito Previdenciário na PUC/SP. Presidente da Academia Brasileira de Direito da Seguridade Social – ABDSS. Conselheira do Instituto do Capitalismo Humanista – IcapH. Advogada/SP. E-mail: professora.robortasilva@gmail.com, <http://lattes.cnpq.br/8045786772080660>. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8829-6907>.

² Mestranda em Direito Previdenciário pela PUC/SP. Especializada em Direito Tributário pelo IBET/SP. Pós-graduada em Direito Previdenciário e do Trabalho pela PUC/Minas. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela PUC/Minas. Advogada/SP. E-mail: barroso.helga@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/1387134451196616>. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-2667-081X>.

day's society and its characteristics, which can be influenced by speeches broadcast on social networks without any commitment to the truth. Firstly, an attempt was made to identify the content of this principle in relation to the state, and then to compare it with current policies. The aim is to verify how the international community is complying with the principle, especially in light of the commitment made in 1948 with the Universal Declaration of Human Rights. The conclusion is that the principle is not being fully complied with, and that refugees and immigrants are being treated unworthily, precisely because of this liquid modernity, characterized by individualism, fear and misinformation.

KEYWORDS: dignity of the human person: modernity: fourth industrial revolution: social network: refugees: migrants.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Dignidade da Pessoa Humana. 2. A Sociedade Líquida e o Avanço Tecnológico. 3. A Migração e a Sociedade Atual. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta do presente artigo é discutir a condição dos refugiados e imigrantes diante do princípio da dignidade humana de forma atual e crítica. A Declaração Universal dos Direitos Humanos completa 76 anos em dezembro do ano de 2024 e, atualmente, é assinada por todos os 193 países-membros da ONU.

O principal tratado sobre a questão dos refugiados é a Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, não assinado por todos os membros da ONU. Em uma tentativa de humanizar o tratamento conferido a imigrantes e refugiados, a ONU propôs o Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular, assinado em 13 de julho de 2018, um acordo não vinculativo, mas que foi recusado por países como Estados Unidos, Polônia, Áustria e Israel, que notificaram a ONU sobre sua abstenção.

As abstenções revelam mais do que desacordo com alguns termos do pacto. De fato, o tratamento conferido à questão dos migrantes e refugiados por diversas nações revela uma tendência, que será tratada ao longo do artigo.

Do outro lado dessa questão está a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A dimensão do significado desse documento é merecedora de reiteradas revisitações. É notório que o mundo havia passado pelo genocídio de um povo e assistiu a uma nação perseguir e assassinar negros, judeus e ci-

ganos, manipulando suas vidas como se fossem objetos, o que gerou, ao fim da guerra, a consciência generalizada de que situação similar não deveria se repetir, ainda mais sob respaldo de normas vigentes no Estado.

De fato, a DUDH foi um ato de boa-vontade e de reconhecimento do valor da vida humana, propagando efeitos sobre todo o mundo, na política, na economia e na sociologia. Para o Direito, no entanto, o impacto foi de tal forma marcante que alterou, inclusive, as teorias jurídicas que discutiam o que seria o próprio direito, o conteúdo de justiça, do bem e do mal e a finalidade deste perante a sociedade.

Essa revolução foi iniciada em 1948, com a DUDH, consolidando-se a dignidade da pessoa humana como vetor de direito das nações do mundo ocidental. Desde então, sucessivos pactos foram estabelecidos, revelando as várias facetas da dignidade.

Compreendeu-se que a dignidade não se alcança isoladamente, e sim que depende de várias garantias para se efetivar, seja por meio de direitos individuais (liberdade, vida, igualdade), seja por meio dos mais diversos direitos sociais (educação, trabalho, assistência, saúde). Ao longo de todos estes anos, compreendeu-se, portanto, que a dignidade somente se alcança com o desenvolvimento de capacidades. Ampliaram-se e revelaram-se novos direitos.

Em 2015, a foto do corpo do menino sírio Aylan Kurdi, de 3 anos, morto em uma praia do município costeiro turco de Bodrum, ativou os debates sobre a crise migratória que atinge a Europa. No caso, a família estava fugindo da Cidade de Kobane, que há meses vinha sendo dominada pelo grupo extremista Estado Islâmico.

No mundo atual, todos os dias assiste-se à situação deplorável dos refugiados africanos enfrentando o risco de afogamento e morte, a caminho da Europa. Mas o ponto central da matéria não são as péssimas condições que são tratados os imigrantes e refugiados, mas a intolerância das nações de destino, da postura dos políticos, da xenofobia, do medo e da intolerância que se instalaram por toda a Europa.

Assim como os ideais de dignidade humana e igualdade foram estabelecidos em 1948, hoje um novo ideal de medo e de preconceito se instalou en-

tre as nações mais cultas do mundo ocidental. O que se modificou ao longo destes 70 anos?

O mundo mudou desde 1948. O avanço tecnológico alcançou patamares inimagináveis. A automação alterou a forma como o trabalho é desenvolvido, profissões acabaram, outras tantas surgiram. O transporte pelo mundo, agora, é mais veloz e mais barato. A internet aproximou nações, populações e culturas, mas isolou indivíduos e os revestiu de anonimato. A economia se movimenta silenciosamente por meio do mercado financeiro e não mais ruidosamente pelos chãos de fábrica.

Esse processo implacável alterou toda a humanidade, em nível mundial e sistêmico. A notícia é instantânea e a opinião pública se consolida sem qualquer regulamento de garantia de verdade, por redes sociais e mensagens instantâneas. A sociedade, na configuração do século XX, desapareceu, para dar lugar a uma sociedade líquida, de opiniões fáceis e conclusões falsas.

Este artigo, como anunciado no primeiro parágrafo, compreende uma reflexão sobre o princípio da dignidade humana, o significado para o Direito e sua posição na sociedade atual, modificada pelos avanços tecnológicos.

1. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O significado da dignidade da pessoa humana não foi delineado, inicialmente, com a Declaração Universal de Direitos Humanos. De fato, surgiu ainda na doutrina clássica, em Aristóteles, que entendia como digno o homem merecedor, situando, portanto, a dignidade com sua posição ou importância social.

Desde a Roma Antiga, dignidade continha duplo conceito: também como merecimento ou posição, relativa e alterável ao longo de sua vida. Mas já sob influência de Cícero, dignidade também era algo intrínseco à pessoa e a todas as pessoas, pois o homem era um ser racional, uma característica, assim, absoluta e imutável (SARLET, 2024, p. 28).

Já sob influência do cristianismo, a dignidade relaciona-se com a origem teológica da pessoa humana, ou seja, o homem como criação de Deus, à sua imagem e semelhança. São Tomás de Aquino, em plena era

medieval, alçava o homem como ser digno, capaz de decidir seu caminho, em razão de sua natureza intelectual, à imagem de Deus (2017, p. 768).

Giovanni Pico Della Mirandola, filósofo humanista, igualmente via no homem a imagem e semelhança de Deus, digno porque lhe foi conferido o livre-arbítrio, podendo ser o que quisesse. Diferentemente dos animais, o homem foi dotado de capacidade de decisão, o que o aproxima de Deus e o distancia dos seres irracionais. O filósofo aponta o conflito entre carne e espírito, a batalha eterna entre as escolhas das paixões e da alma, dos prazeres e do desenvolvimento da inteligência. (1989, p. 69).

Durante os séculos XVII e XVIII, por meio do jusnaturalismo, a dignidade humana, assim como o direito natural, passam por um processo de racionalização, deixando a filosofia para se tornar uma discussão jurídica. A dignidade relaciona-se diretamente com os direitos fundamentais à igualdade e à liberdade.

Ainda assim, Hobbes relacionava a dignidade a um valor atribuído pelo Estado e pelos demais membros a alguém, um direito, portanto, derivado do homem e atribuído ao homem, por meio da lei e não inerente à pessoa humana. Para Hobbes, dignidade é o que os homens chamam de valor atribuído a ele pelo Estado. Por mais que o homem atribua a si mesmo um alto valor, este valor não será superior que o atribuído por outros, “[...] *for let a man (as most men do) rate themselves as the highest Value they can; yet their true Value is no more than it is esteemed by others*” (2016, p. 1.099).

Foi Immanuel Kant que desvinculou a ideia de dignidade com a teologia. O homem é digno porque é racional, devendo exercer essa racionalidade com ética. Diferentemente dos animais, ele decide se respeita determinadas leis. O homem, como ser racional, é um fim em si mesmo e jamais deve ser meio. A questão moral desempenha grande papel na definição do que seja ético. Tudo que tem preço pode ser trocado por outro de valor equivalente. A dignidade humana não tem preço. Seu valor, portanto, é absoluto. O homem é um fim em si mesmo e não instrumento ou meio de outro indivíduo. A filosofia de Kant, de dignidade relacionada à razão e, portanto, como uma qualidade inerente e ontológica da pessoa humana, foi a mais difundida e acatada pela teoria do direito:

Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Portanto a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade (2017, p. 82).

O antropocentrismo é, portanto, fundamento filosófico da dignidade humana. O homem, seja por ser racional, conforme defendido por Kant, seja porque, à semelhança de Deus, está no centro de toda a criação e no centro de todo o mundo, de todas as coisas e do Direito. Essa concepção posiciona a dignidade humana como valor fundamental da ordem jurídica:

[...] para expressivos números de ordens constitucionais, pelo menos para as que nutrem a pretensão de constituírem um Estado democrático de Direito. Da concepção jusnaturalista – que vivenciava seu apogeu justamente no século XVIII – remanesce, indubitavelmente, a constatação de que uma ordem constitucional que – de forma direta ou indireta – consagra a ideia da dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado (SARLET, 2024, p. 41).

Se a dignidade é algo inerente (Kant, Mirandola) ou atribuído (Hobbes), não se discute neste momento e neste trabalho. Vem sendo definida como o “valor próprio que identifica o ser humano”, o que não se presta para esclarecer, exatamente, o que é dignidade (SARLET, 2024, p. 43).

Em busca de um conceito jurídico da dignidade, é indispensável trazer um mínimo de objetividade, pois a dignidade contém conteúdo aberto, que pode ter como consequência a arbitrariedade. Nesse compasso, o mesmo autor procura conceituar a dignidade sob perspectivas ontológica, intersubjetiva, defensiva, prestacional, e considerando, por fim, a diversidade cultural:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos,

sem descurar do devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida e à natureza como um todo (2024, p. 73).

Nota-se, portanto, que a dignidade da pessoa humana traz um conteúdo positivo – prestacional, além do negativo – de não infringir direitos individuais. Como consequência do reconhecimento da dignidade humana, cabe ao Estado não a infringir, mas também promover a preservação da dignidade.

A esse respeito, portanto, deve-se lembrar que 193 países assinam atualmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, entre eles, França, Estados Unidos, Brasil, Itália, Inglaterra, países estes que assinaram a declaração original de 1948.

Há, portanto, por meio desse documento, o reconhecimento universal de que o homem é um ser digno, livre, igual a todos os demais. Isso porque está assim previsto diretamente no preâmbulo da declaração, que “considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo, [...]”. Além disso, prossegue logo no primeiro artigo que “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Está claro que se estabelece um compromisso do Estado signatário em promover a garantia da dignidade, tudo conforme previsto no preâmbulo da Declaração de 1948:

A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.

Ao considerar que a promoção de tais direitos se efetiva apenas no direito interno, em respeito à soberania, tais garantias não estão automaticamente integradas aos ordenamentos de cada país signatário. Pode-se afirmar, com

Bobbio, que as promessas realizadas em 1948 – e até os dias de hoje – são mais que doutrina, porém menos que normas jurídicas em sentido estrito (2022, p. 27 e 30).

A título exemplificativo, o princípio da dignidade humana está inserto expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil (art. 1º, 1988), Portuguesa (1976, art. 1º), Alemanha (1959, art. 1º), Polônia (1997, art. 30), entre outras. Estados Unidos é signatário do Pacto de São José da Costa Rica, que garante o direito à vida, à integridade física, à liberdade e à dignidade (1969). A Constituição Francesa assegura a todos igualdade de tratamento, sem distinção de origem, raça ou religião (1958, art. 1º), entre outros documentos internacionais, que comprovam, em outras palavras, que a dignidade humana alcançou valor universal mundial, mas também ultrapassou fronteiras para se estabelecer no direito interno, com a mesma importância vetorial para a própria democracia:

Com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos, passou-se a reconhecer, primeiro, que, acima das leis emanadas do poder dominante, há uma lei maior de natureza ética e validade universal; segundo, que o fundamento dessa lei é o respeito à dignidade da pessoa humana. Afirma que a pessoa humana é o valor fundamental da ordem jurídica. É a fonte das fontes do direito (SILVA, 2008, p. 230).

A sujeição do Estado Democrático de Direito ao império da lei não se verifica ou realiza a qualquer lei, mas sim à lei que garante direitos fundamentais que promovem o pleno desenvolvimento das capacidades humanas, ou seja, preserva-se a dignidade humana em todas as suas dimensões:

A dignidade decorre da própria natureza humana, o ser humano deve ser sempre tratado de modo diferenciado em face de sua natureza racional. É no relacionamento entre as pessoas e o mundo exterior, e entre o Estado e a pessoa, que se exteriorizam os limites da interferência no âmbito desta dignidade. A seu respeito, é importante que se ressalte, não é uma concessão ao Estado, mas nasce da própria soberania popular, ligando-se à própria noção de Estado Democrático de Direito (SILVA, 2008, p. 22).

Ainda estabelecendo a relação entre dignidade e o Estado Democrático de Direito, Bobbio assim escreve:

Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos (2022, p. 1).

A previsão constitucional e sua direta relação com os Direitos Fundamentais têm como consequência a obrigação do Estado signatário ao tratamento da pessoa humana com respeito, garantindo a vida e a integridade física, a liberdade e a promoção de suas plenas capacidades.

2. A SOCIEDADE LÍQUIDA E O AVANÇO TECNOLÓGICO

Na obra *A Quarta Revolução Industrial*, Klaus Schwab descreve as alterações em todo o mundo, caracterizando as transformações decorrentes da globalização, do avanço tecnológico, do barateamento dos transportes e do surgimento da internet como fatores de identificação de uma nova realidade. Por todos esses fatores, o mundo de 1950 é bem diferente do mundo do século XXI, cuja modernidade é causada pela nova revolução.

Esta não é marcada por guerras, violência explícita, movimentos populares ou tomada de territórios. A modernidade é marcada pelo domínio do mercado financeiro sobre todas as outras formas de produção de riqueza, pela instantaneidade em que o dinheiro é transferido de uma parte a outra do globo, pelo desaparecimento de postos de trabalho e profissões e aumento da desigualdade social, em uma sociedade que, paradoxalmente, apresenta melhores condições e expectativa de vida, graças aos avanços da medicina e políticas de prevenção e tratamento de doenças.

O impulsionador principal de tantas transformações é o avanço tecnológico, que aliado à disseminação digital, alcança a indústria automobilística, robótica e cria novos materiais. Digitalmente, o avanço tecnológico dotou a capacidade de transferência e velocidade de informação a um nível jamais imaginável. A quantidade e facilidade de coleta de dados, por exemplo, deve-se ao avanço da tecnologia na área digital. Na biologia, o avanço tecnológico produz efeitos além da cura e prevenção de doenças, para chegar à genética, cujas questões profundamente éticas fogem ao objeto deste trabalho (SCHWAB, 2016, p. 23).

Sobre o emprego, o autor destaca a automação, que libera automaticamente a mão de obra, em especial, o mecânico e repetitivo, forçando que trabalhadores busquem novas fontes de renda. Por outro lado, surgem novas profissões, fundadas nessas novas necessidades de produtos e serviços (2016, p. 42). No entanto, “a evidência é a seguinte: a quarta revolução industrial parece estar criando menos postos de trabalho nas novas indústrias do que as revoluções anteriores” (2016, p. 44).

O avanço tecnológico tornou muito menos custoso o transporte, além de facilitar a comunicação em qualquer parte do globo, com equivalente eficiência na distribuição de dados, riquezas, administração e comandos. Com isso, afirma-se que a produção de bens de consumo pode se realizar em qualquer local do mundo, sendo desnecessária a identidade da sede da empresa com o local de produção. Como resultado, a produção será realizada onde for menos custosa, em termos de salários, tributos e encargos. Assim, setores fabris são deslocados para países com menos normas trabalhistas ou imposições fiscais, em geral para países asiáticos e africanos. Assim, não somente a automação é responsável pela redução de vagas de emprego tradicionais, mas, igualmente, o avanço na comunicação digital.

Com este, também as fronteiras se enfraquecem e o controle do Estado, sobre todas as operações realizadas, se torna mais difícil. O mundo está hiperconectado, com desigualdades crescentes, insegurança, segregação e agitação social que criam o cenário ideal para o extremismo e à violência (SCHWAB, 2016, p. 84).

A esse cenário hiperconectado, no qual os indivíduos constituem centenas e milhares de “amizades” fáceis, sem jamais manter qualquer contato efetivo um com o outro, seja intelectual ou físico, no qual os amores são fugazes e sem responsabilidade e que as conexões humanas são frágeis e sem significado, Zygmunt Bauman nomeia de sociedade da modernidade líquida. É uma sociedade desprovida de crítica real, sem fundamento sólido. (2001, p. 30).

O autor destaca que se vive em uma sociedade cuja tônica é o enxugamento de trabalhadores, de cargos e funções, o que também contribui para a redução de postos de trabalho:

A competição pela sobrevivência certamente não é apenas o destino dos trabalhadores – ou, de maneira mais geral, de todos os que estão do lado que sofre a mudança da relação entre tempo e espaço. Ela domina de alto a baixo a empresa obcecada com a “dieta de emagrecimento”. Os gerentes devem reduzir o tamanho de setores que empregam trabalhadores para continuar vivos; a alta gerência deve reduzir o tamanho de seus escritórios para merecer o reconhecimento das bolsas, ganhar os votos dos acionistas e garantir o direito aos cumprimentos quando completar a rodada de cortes. Depois de começada, a tendência “ao emagrecimento” ganha força própria (2001, p. 117).

As redes sociais abrigam núcleos de opinião, sem qualquer respaldo de veracidade ou checagem de fatos a conferir-lhe credibilidade. As celebrações digitais propagam suas opiniões para seus milhares de seguidores, cuja notoriedade raramente é fundada em mérito científico, acadêmico ou de contribuições humanas. A celebridade atual é a pessoa bem-sucedida, que transmite dicas de dietas, restaurantes, moda, saúde e beleza. A internet se tornou um ambiente imprudente, no sentido de que pessoas normais adquirem propriedades messiânicas. Nesse sentido, tornam-se ferramentas de manipulação de opinião: basta muni-las com a informação desejada, a fim de que propaguem determinada informação ou opinião, a influenciar as massas, que vão alterar a opinião pública.

A comunicação rápida é inexorável, não havendo meios de impedi-la. Assim, as críticas servem para demonstrar a precariedade das opiniões formadas exclusivamente por meios eletrônicos, porque não há controle se o que é veiculado é verdadeiro ou falso.

O ódio, portanto, se propaga na mesma velocidade que a fraternidade. Afirmar, levemente, que imigrantes e refugiados prejudicam a economia, desconsidera fatos relevantes e verdadeiros, como a baixa taxa de natalidade entre os países mais desenvolvidos e a falta de mão de obra para uma gama de trabalhos indispensáveis para qualquer nação.

Vários são os casos em que a errônea interpretação da migração causou danos irreversíveis para a sociedade. Acontecimentos que demonstraram a tendência dos grupos nacionalistas em abraçar a pauta anti-imigração – como o movimento “Europeus Patriotas contra a Islamização do Ocidente” na Alemanha, desfilando seu ódio contra imigrantes ao entoar o coro de que estes seriam os verdadeiros culpados pelas mazelas do Estado, e o ataque de 22 de julho de 2011 na Noruega, onde Anders Breivik, radical norueguês

de extrema direita, assassinou mais de 70 pessoas num acampamento de jovens na ilha de Utøya, sob o pretexto islamofóbico de deportar migrantes muçulmanos da Europa –, podem comprovar as terríveis consequências da falta de clareza sobre a migração (JACOBUCCI, 2022, p. 25).

Afirmar que imigrantes disputam empregos com os cidadãos nativos desconsidera qualquer dado sobre quais postos de trabalho são, efetivamente, ocupados por essa mão de obra estrangeira e se há, de fato, qualquer disputa com os nativos.

O medo sempre foi característico da humanidade. A guerra, a disputa territorial e as suas consequências, como a fome, a perda do lar, da sua vila, eram os medos preponderantes da sociedade até meados do século XX. Com a globalização, ocorreu o enfraquecimento do Estado como poder dominante do território, dando lugar a estados mais fracos, que não precisam ser tomados para serem utilizados por Estados mais fortes. Na modernidade, tal fato ocorre de forma pacífica. Como foi dito anteriormente, a riqueza não é mais gerada, principalmente, nos chãos das indústrias, e sim nos espaços virtuais do mercado financeiro.

Logo, o medo na *modernidade líquida* está mais conectado com a revolução da tecnologia e a globalização. Esse novo receio, no entanto, não chega à população de forma clara, pois significaria que cabe ao Estado a promoção de políticas reais de promoção de emprego, de medidas efetivas para preservação da Seguridade Social e de combate à insegurança na velhice. É mais simples manter o poder extraindo-o do novo medo. É o que explica Leonidas Donskis:

Agora temos de aprender a viver com um permanente senso de incerteza. O que chega como inspiração a um filósofo ou artista pode se tornar uma calamidade para pessoas comuns, temendo que suas vidas sejam prejudicadas e desperdiçadas. O problema é que com isso vem um político trapaceiro que promete resolver a questão e afastar todos os nossos medos e descontentamentos. Assim, o medo se torna uma mercadoria política, abrindo caminho para uma onda de populismo e xenofobia na Europa. Diante de nossos olhos, a cultura do medo produz a política do medo (2021, p. 117).

O avanço tecnológico é tão significativo na modernidade atual — nesta quarta revolução industrial — que bancos de dados apresentam maior va-

lor agregado que o petróleo. Na sociedade líquida, a riqueza dos metais foi substituída pela riqueza da informação, esta, sim, capaz de influenciar populações, mudar governos e até manipular a democracia.

Casos como Cambridge Analytica, empresa que foi acusada de utilizar dados não autorizados de usuários de redes sociais e influenciar a eleição estadunidense, em 2016, concebem de que forma a internet pode ser usada para alterar a opinião pública e, conseqüentemente, influenciar a intenção eleitoral para um ou outro candidato, derretendo até o significado de liberdade e democracia (GLOBO, 2018).

A instabilidade causada por todos os fatores relacionados à globalização se veste de outra roupagem para atender os interesses políticos. A imigração se torna o bode expiatório de todas as mazelas a serem evitadas pelos governos:

A ansiedade pode ser imputada à causa errada, circunstância a que os políticos atuais em busca de apoio eleitoral podem recorrer, e com frequência o fazem, em benefício próprio – mesmo que não necessariamente em proveito dos eleitores. Claro, eles preferem atribuir o sofrimento de seus eleitores a causas que podem combater, e ser vistos combatendo (como quando propõem endurecer a política de imigração e de asilo ou a deportação de estrangeiros indesejáveis), a admitir a verdadeira origem da incerteza, que nunca tiveram a capacidade ou a disposição de enfrentar [...] (DONSKIS, 2021, p. 122).

Na modernidade líquida, a opinião pública de grupos e de toda uma nação pode e é influenciada pela internet, sem que se saiba, exatamente, a origem dos dados fornecidos e as intenções dos que movimentam as informações.

A era global e o mundo das incertezas. O pensamento de Ulrich Beck (BECK, 1999, 180-4) vem bem a calhar. Na sociedade reflexiva, os riscos escapam do controle do sistema *convencional* das instituições da era industrial. Isso significa que o Estado não consegue mais regular os riscos de alta complexidade (SILVA, 2023) – os efeitos na modernidade líquida –, principalmente aqueles que têm a capacidade e uma temporalidade que vão além das fronteiras geopolíticas nacionais, por exemplo, armas químicas e biológicas.

A sociedade global pode mudar o rumo de sua história, mas para isso é necessário educar o homem, educar todos os homens, educar o homem todo. É necessário educar o homem para os direitos humanos.

3. A MIGRAÇÃO E A SOCIEDADE ATUAL

A migração faz parte da história, constituindo fenômeno natural das sociedades. É anterior, inclusive, à formação do Estado. Em outras palavras, não se trata de uma crise ou uma situação atual e nova, temporária ou passageira, uma contingência a ser lidada e evitada pelas nações (JACOBUCCI, 2022, p. 16).

O fenômeno migratório e sua aceitação pelo Estado de destino deve ser analisado historicamente para que se conclua que sempre esteve conexo com a política e com a necessidade daquele Estado. Assim, se o Estado está em desenvolvimento e necessita de mão de obra para a execução de trabalhos, ou para formar exércitos, verifica-se a aceitação e livre entrada de migrantes. No entanto, uma vez suprida essa necessidade, sem maiores justificativas, os migrantes passam a ser considerados indesejados, tratados com discriminação e até violência contra seus direitos mais básicos.

Para tanto, é merecido recordar a intensa migração ocorrida em Ellis Island, nos Estados Unidos, de 1892 a 1954, período em que o país necessitava de mão de obra para abastecimento das indústrias têxteis e a vapor. Atualmente, o país impõe as mais rígidas regras para migração e essas pessoas não são mais recebidas de braços abertos.

Com a automação, a sociedade atual não tem mais a mesma necessidade de mão de obra industrial. Como demonstrado no capítulo anterior, a humanidade é apenas consumidora. Seu papel é produzir riqueza mediante a aquisição dos bens. O valor da pessoa humana, portanto, se verifica pelo que ela pode oferecer à sociedade, infringindo o princípio outrora consolidado de que a pessoa humana tem valor em si mesma, como fim e não como meio do Estado ou de outrem.

Os refugiados são os migrantes que são forçados a sair de seu Estado, não em busca de melhores condições de vida, mas em fuga e por questão de sobrevivência. “O fator de desespero que leva as pessoas a abandonarem seus

Estados em busca de refúgio decorre, na maioria das vezes, da violência em massa derivada de algum fator econômico, social ou político, que provoca reações em cadeia” (JACOBUCCI, 2022, p. 17).

Essas pessoas não têm a capacidade de movimentar o Estado conforme esse modelo de modernidade. Bem colocado por Bauman:

Mas no seu atual estágio final moderno (Giddens), segundo estágio moderno (Beck), supramoderno (Balandier) ou pós-moderno, a sociedade moderna tem pouca necessidade de mão de obra industrial em massa e de exércitos recrutados: em vez disso, precisa engajar seus membros pela condição de consumidores. A maneira como a sociedade atual molda seus membros é ditada primeiro e acima de tudo pelo dever de desempenhar o papel de consumidor. A norma que nossa sociedade coloca para seus membros é a da capacidade e vontade de desempenhar esse papel (BAUMAN-b, 2021, p. 88).

Refugiados em fuga não carregam grande capacidade consumidora e, por este motivo, seu valor perante o Estado de destino é questionável nessa *modernidade líquida*.

Se o avanço tecnológico trouxe o aumento da qualidade de vida, com a medicina moderna, gerando mais expectativa de vida, também acompanhou tragédias humanas que geraram deslocamento de pessoas em números recordes (ACNUR, 2024), seja pelo desemprego causado pela automação, seja pela crise e pelas desigualdades sociais da sociedade de risco. Em outras palavras, a tecnologia trouxe avanços inimagináveis, mas aumentou e criou novas desigualdades, de modo a deixar à margem dessa nova modernidade as populações sem acesso a esse avanço tecnológico.

Em 13 de julho de 2018, a ONU propôs um acordo não vinculativo, sugerindo que se assegurassem melhorias no tratamento conferido aos migrantes, totalmente fundamentado na Declaração Universal de Direitos Humanos. O Pacto Global por uma Migração Segura e Regular não foi assinado pelo número desejado de países. A abstenção do pacto global por nações, como Estados Unidos, Polônia, Israel e Bélgica, sinaliza para um fato alarmante: a dignidade humana não é mais prioridade no pensamento mundial, nem a desejada fraternidade o objetivo de todas as nações.

A intolerância faz parte de discursos políticos e de grupos em fóruns de internet, que atribuem aos migrantes o aumento de violência, de despesas

públicas e de falta de empregos. Como resultado, governos que defendem política digna de acolhimento de refugiados tendem a sofrer críticas. Segundo o Irish Times, jornal europeu publicado na Irlanda, a assinatura do pacto causou tensão política sobre o primeiro-ministro da Bélgica, Charles Michel. Parte da opinião pública entendeu o pacto muito simpático aos imigrantes, e que, ainda que sem força vinculante, o pacto serviria como base fundamental de decisões em favor de direitos humanos, que serviriam para atrair mais imigrantes ao país (THE IRISH TIMES, 2018).

As justificativas para a intolerância conferida aos refugiados e migrantes em geral nem sempre são baseadas em dados reais ou mesmo verificados. Como exemplo, é notório que a Europa enfrenta, atualmente, decréscimo populacional, resultado do menor número de filhos nascidos por família:

Segundo as últimas previsões demográficas, o número de habitantes da União Europeia (hoje em torno de 400 milhões) deve encolher até 240 milhões nos próximos cinquenta anos, o que tornaria obsoletos os tipos de estilo de vida a que estamos acostumados e que temos interesse em manter. Além disso, os demógrafos nos dizem que, a menos que 30 milhões de estrangeiros se estabeleçam na Europa, o sistema europeu será incapaz de sobreviver (BAUMAN, 2021-a, p. 232).

Ao lado do aumento da expectativa de vida, tais dados resultam em crise previdenciária e falta de mão de obra em setores específicos, além da inserção tardia dos jovens no mercado de trabalho. O envelhecimento da população é um fato preocupante na Europa, conforme apontado por Guillemard (2007, p. 329).

A quarta revolução industrial coincide com uma filosofia mais individualista do homem e a desconfiança geral nos órgãos governamentais, o que conduz à insegurança e ao medo de que algo ou alguém prejudique ou cesse o que já foi conquistado. Todas essas questões contribuem para que tais sentimentos se dirijam aos migrantes, como alívio fácil de um receio nem sempre bem posicionado. As redes sociais são decisivas para proliferar esses sentimentos.

A Europa foi marcada por movimentos migratórios e toda sua cultura histórica resulta dessa constante passagem de povos de diferentes nações. Em

uma análise sobre o receio observado na Europa contra certa invasão cultural trazida pelos migrantes, assim relembra Bauman:

Já é hora de trazer de volta à nossa memória coletiva o fato de que a coexistência livre de conflitos e mutuamente benéfica de diferentes culturas foi durante séculos considerada norma em muitas partes da Europa geográfica definidas como “centrais”, e de que isso prosseguiu até bem pouco tempo atrás (2021-a, p. 228).

A reconsideração é urgente. Em razão dos recentes conflitos no Oriente Médio, sem contar as condições de pobreza extrema de numerosos países, 117 milhões de pessoas abandonaram suas casas em busca de alguma dignidade, segundo dados da ACNUR, “devido a perseguições, conflitos, violência, violações de direitos humanos e eventos que perturbam seriamente a ordem pública” (ACNUR, 2024).

Porém, essas pessoas não têm encontrado qualquer dignidade em seu destino. Fechar as portas para os imigrantes, com base no receio de perda de postos de trabalho e de alteração em usos e costumes locais, tornou-se medida recorrente:

Fechar as portas à imigração é política praticada com notável empenho pelos dois principais governos da direita populista na Europa, o de Viktor Orban, na Hungria, e o de Giorgia Meloni, na Itália. Orbán ergueu barreira de arame farpado na fronteira, orgulha-se de assim haver preservado seu país como “uma ilha de paz” [...] (REVISTA VEJA, 2024, p. 57).

Giorgia Meloni, primeira-ministra da Itália, país cuja história e cultura são marcadas pela mistura de povos dos mais variados espaços, pretende efetuar um bloqueio naval para impedir que balsas de refugiados cheguem aos portos. Também defende endurecimento das normas para aquisição de cidadania (REVISTA VEJA, 2024, p. 57).

Na contramão, portanto, dos valores emanados da Declaração Universal de Direitos Humanos, refugiados são tratados como indesejados, muito embora cheguem a esses países desesperados por proteção. São culpados por uma situação social e econômica existente no país antes de sua chegada, impedidos de entrar e tendo recusado qualquer tratamento digno.

Para mudança desse cenário, é necessária uma nova ótica social dos povos, das nações e da humanidade, o homem precisa se pôr a serviço do homem, para ajudar a diminuir a pobreza, as desigualdades, a intolerância – todas as formas de discriminação, inclusive dos imigrantes, que por uma razão ou outra, são forçados a deixarem tudo para trás. É preciso um novo olhar – de humanidade, de fraternidade, de cooperação e de dignidade. É ter uma visão ética dos valores, só assim será possível vislumbrar um mundo melhor.

CONCLUSÃO

A primeira reflexão que se deve fazer é a decorrente da crítica exposta. Está-se no limiar de uma nova revolução, ou, ao contrário, vivenciando uma revolução de pensamento, não necessariamente para melhor?

Quando a Declaração Universal de Direitos Humanos foi elaborada, após o fim da Segunda Guerra Mundial, é verdadeira a afirmação de que a humanidade havia constatado os malefícios da ausência de uma bússola moral, que indicasse o caminho de todas as relações internacionais e também de todo Direito.

Sob à luz do princípio da dignidade humana, a sociedade desenvolveu a consciência da necessidade de garantias mínimas ao homem. Mas a sociedade mudou desde então. As crises econômicas causadas pela quarta revolução industrial e a difusão de ideias e dados falsos por meio de redes sociais estão ofuscando o pensamento verdadeiro pelo medo, pela desinformação e pela disseminação de ideias de intolerância.

É bem verdade que o Estado é soberano e detém o poder sobre suas fronteiras, mas ao criar muros e cercas, impedindo a entrada de pessoas em seu território em momento de risco à vida e à dignidade, fere o princípio com o qual aquiesce desde 1948. A falta de assinatura do pacto global, ou mesmo do tratado de 1951, não o isenta de garantir a dignidade à pessoa humana, nem justifica seus atos imorais.

Conectados de forma global, volta-se para o individualismo, sem considerar a fraternidade ao próximo. Essa dissonância entre o princípio da digni-

dade humana (como norma) e a *modernidade líquida* dificulta a efetivação do princípio na sociedade. Prejudica a norma em sua eficácia social.

O direito é a solução para essa problemática? O direito é uma ferramenta de solução dos problemas identificados, mas a solução está fora do direito, que depende das políticas para ser efetivado. O direito é uma ferramenta poderosa, pela força coercitiva que detém.

A solução para a problemática está na visão ética dos valores, na educação dos homens, na conscientização dos direitos humanos. E o homem deve enxergar a finalidade de sua existência, o comprometimento ético e moral do comportamento social. É o homem estar preparado para os desafios da sociedade reflexiva – líquida e tecnológica.

É buscar uma justiça social efetiva, eficiente e equitativa. Talvez seja esse o caminho a ser buscado, de forma a minimizar as mazelas do mundo – do egoísmo exacerbado, da pobreza e das desigualdades.

Todos esses valores se encontram firmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos – basta olhar para cada um deles e fazer valer os seus preceitos –, na busca pela efetivação do valor dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfred Bosi. São Paulo: Martins Fontes, 2022.

ACNUR. Agência da ONU para refugiados. **Dados sobre refugiados**. 2024. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugiados/?_gl=1*1y8vn83*_up*MQ..&gclid=CjwKCAjw6JS-3BhBAEiwAO9waFxmXzJprJNxB7D5mXkzdiWW6SnHHeNMiDysVqD-7f0-8zCYtLmFJcABoCG08QAvD_BwE. Acesso em: 14 set. 2024.

AQUINO. São Tomás. **Suma Teológica**. Trad. Alexandre Correia. Disponível em: <https://sumateologica.wordpress.com/wp-content/uploads/2017/04/suma-teolc3b3gica.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2024.

BAUMAN, Zygmunt. DONSKIS, Leonidas. **Cegueira Moral**: a perda da sensibilidade na modernidade líquida. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **O que é globalização? Equívocos do globalismo. Respostas à globalização**. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Atlas. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Brasília, DF: Senado. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/508144>. Acesso em: 18 ago. 2024.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Nota à imprensa n.º 4. 5 jan. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/mre/pt-br/canais_atendimento/imprensa/notas-a-imprensa/retorno-do-brasil-ao-pacto-global-para-migracao-segura-ordenada-e-regular Acesso em: 14 set. 2024.

BRASIL. Pacto Global para uma Migração Segura e Regular. ONU Migração. Disponível em: <https://brazil.iom.int/pt-br/pacto-global-para-uma-migracao-segura-ordenada-e-regular>. Acesso em: 3 set. 2024.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. O círculo e a Linha. Da liberdade dos antigos à liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais. *In: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Parte 1. Cap. XI.

DEUTSCHERBUNDESTAG. **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**. 1959. https://web.archive.org/web/20080912134535/http://www.bundestag.de/parlament/funktion/gesetze/grundgesetz/gg_01.html. Acesso em: 13 set. 2024.

GUILLEMARD, Anne-Marie. Trabalho ou aposentadoria ao fim da carreira? Uma estratégia da terceira via para uma população em envelhecimento. Cap. 15. p. 329. *In: O debate global sobre a terceira via*. Tradução de Roger Maioli dos Santos. São Paulo: Editora UNESP, 2007.

GLOBO. Economia. Tecnologia. BBCNews. 20 mar. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>. Acesso em: 15 set. 2024.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. 1651 Illustrated. Arizona: Green World Publishing. 2016. Edição do Kindle. *E-book*.

JACOBUCCI, Fabrício Conte. **O regime internacional de proteção dos refugiados para além de seu principal tratado: a perspectiva dos estados não signatários da convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951**. 2022 Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/25951>.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintela. 2ª ed. São Paulo: Grupo Almedina, 2017.

NAÇÕES UNIDAS. ONU NEWS. Perspectiva Global Reportagens Humanas. Saiba tudo sobre o pacto global para Migração. 8 dez. 2018. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2018/12/1650601>. Acesso em: 10 set. 2014.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 14 set. 2024.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Lisboa: Edições 70, 2006.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. **Constitution du 4 octobre 1958**. Légifrance. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORF-TEXT000000571356/>. Acesso em: 14 set. 2024.

POLONIA. SEJM. **The Constitution of the Republic Of Poland**. 1997. Texto em inglês. Disponível em: <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>. Acesso em: 13 set. 2024.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Parlamento. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 14 set. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2024.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. Tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016

SILVA, Marco Antonio Marques da. Cidadania e Democracia: Instrumentos para a efetivação da dignidade humana. *In*: **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. Parte I. Cap. 15.

SILVA, Roberta Soares da. **O princípio da contrapartida no sistema de seguridade social – o orçamento em destaque**. Curitiba: Alteridade, 2023.

THE IRISH TIMES. Dispute over migration brings down Belgian government. 18 dez. 2018.

Disponível em: <https://www.irishtimes.com/news/world/europe/dispute-over-migration-brings-down-belgian-government-1.3736136>. Acesso em: 7 set. 2024.

UNIDED NATIONS. Digital Library. **International Bill of Human Rights**: Universal Declaration of Human Rights: resolution / adopted by the General Assembly. 1948. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/670964?ln=en>. Acesso em: 14 set. 2024.

Submissão: 18.set.2024

Aprovado: 30.set.2024

“PEJOTIZAÇÃO” E TERCEIRIZAÇÃO: ANÁLISE A PARTIR DA DECISÃO DO STF ACERCA DA LEGALIDADE DA TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

*Pejotização and Outsourcing:
an Analysis Based on the Supreme
Court’s Decision on The Legality of
Outsourcing Core Business Activities*

Alex Dylan Freitas Silva¹

Regiane Pereira Silva da Cunha²

Frederico Santiago de Mendonça³

ÁREA: Direito do Trabalho. Direito Empresarial.

RESUMO: Este artigo propõe uma análise crítica sobre a “pejotização” e terceirização no Direito do Trabalho e no Direito Empresarial, tomando como ponto central a decisão do STF que reconheceu a legalidade da terceirização da atividade-fim. O objeto da pesquisa é examinar as implicações jurídicas e empresariais

¹ Advogado e professor. Doutorando em Direito do Trabalho pela PUC/Minas (Bolsista CAPES). Mestre em Direito do Trabalho pela PUC/Minas. Especialista em Direito Previdenciário. Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa Retrabalhando o Direito (RED), com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq (registro: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/6826272617317198), e do Grupo de Pesquisa Trabalho, Constituição e Cidadania, da Universidade de Brasília (UnB), com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq (registro: dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2379740943106919). Esta produção é aderente ao seu projeto de pesquisa e está vinculada aos seus grupos de pesquisa credenciados pelo CNPq, tendo sido realizada com o apoio da CAPES – Código de Financiamento 01. Endereço eletrônico: E-mail alex@pdsc.com.br. Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/0935759149881434> >.

² Assessora Jurídica no Ministério Público do Trabalho. Doutoranda e mestra em Direito Privado pela PUC/MG. Especialista em Direito Processual pela PUC/MG. Integrante do Grupo de Pesquisa “Capitalismo e Proteção Social na Perspectiva dos Direitos Humanos e Fundamentais do Trabalho e da Seguridade Social” da PUC/MG. Endereço eletrônico: < regianesilvaadv@gmail.com >. Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/7852088201564068> >. ORCID ID: < <https://orcid.org/0000-0002-1495-4767> >.

³ Advogado. Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Arnaldo. Endereço eletrônico: E-mail frederico.sdm97@gmail.com. Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/2504609699289113> >.

dessas práticas, especialmente no que se refere à precarização do trabalho e à flexibilização das relações laborais. O objetivo geral é avaliar o impacto da decisão do STF no cenário das relações trabalhistas e empresariais no Brasil. Os objetivos específicos incluem: identificar as características da “pejotização” e da terceirização como figuras jurídicas civis, discutir o entendimento do STF sobre a legalidade dessas práticas e apontar as dificuldades de delimitação entre a relação de emprego e a terceirização. A metodologia adotada é de revisão bibliográfica e análise de jurisprudência, com foco na interpretação dada pelo STF à terceirização da atividade-fim. Como principais resultados, o estudo revela que a decisão do STF, embora válida do ponto de vista empresarial, gera controvérsias quanto à proteção dos direitos trabalhistas. As conclusões apontam para a necessidade de maior regulamentação para evitar a precarização do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: terceirização; “pejotização”; atividade-fim; empresário individual; relação de emprego.

ABSTRACT: This article presents a critical analysis of “pejotização” and outsourcing within Labor Law and Corporate Law, focusing on the Brazilian Supreme Court (STF) decision that upheld the legality of outsourcing core business activities. The study examines the legal and business implications of these practices, particularly regarding labor precarization and the flexibilization of employment relations. The general objective is to assess the impact of the STF decision on labor and business relations in Brazil. Specific objectives include identifying the characteristics of “pejotização” and outsourcing as civil legal constructs, discussing the STF’s interpretation of the legality of these practices, and highlighting the challenges in distinguishing between employment relationships and outsourcing arrangements. The methodology consists of a bibliographic review and jurisprudential analysis, with a focus on the STF’s interpretation of outsourcing core activities. The main findings indicate that while the STF decision is valid from a business perspective, it raises controversies regarding the protection of labor rights. The conclusions underscore the need for further regulation to prevent the precarization of work.

KEYWORDS: outsourcing; pejotização; end activity; individual entrepreneur; employment relationship.

SUMÁRIO: Introdução. 2. Terceirização e “pejotização” como relação jurídica de natureza civil-empresarial. 3. O entendimento do STF sobre a “pejotização” e terceirização da atividade-fim. 4. Zonas cinzentas entre a relação de emprego e a terceirização de natureza civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a “pejotização” e a terceirização ocupa lugar central no âmbito das relações trabalhistas e empresariais, especialmente após a de-

cisão do Supremo Tribunal Federal (STF) que validou a terceirização irrestrita, inclusive em atividades-fim, afastando a restrição antes imposta pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Esse cenário suscita profundas reflexões acerca dos limites entre a terceirização legítima, de caráter civil-empresarial, e a precarização das relações de emprego, sobretudo diante do fenômeno da “pejotização”, em que trabalhadores são contratados como prestadores de serviços, em vez de empregados, por meio de pessoas jurídicas (PJs).

A legalização da terceirização da atividade-fim, ao flexibilizar as formas de contratação, permite às empresas maior liberdade para ajustar sua força de trabalho de acordo com as demandas de mercado. No entanto, essa mesma flexibilização levanta preocupações quanto à erosão de direitos trabalhistas, favorecendo a substituição de contratos de trabalho tradicionais por relações mais frágeis e menos protegidas, como a contratação de pessoas jurídicas de caráter individual.

Nesse contexto, aqui buscamos analisar criticamente a decisão do STF sobre a terceirização da atividade-fim e suas consequências para as relações de trabalho no Brasil, abordando também a “pejotização” como uma prática cada vez mais comum e suas implicações jurídicas. A pesquisa visa identificar como essas figuras jurídicas — “pejotização” e terceirização — se entrelaçam e se diferenciam, observando as zonas cinzentas que emergem na fronteira entre a relação de emprego e os contratos de natureza civil. A partir desse debate, será possível refletir sobre a necessidade de regulamentações mais claras e equilibradas para assegurar a proteção dos direitos trabalhistas, sem inviabilizar a autonomia empresarial.

2. TERCEIRIZAÇÃO E “PEJOTIZAÇÃO” COMO RELAÇÃO JURÍDICA DE NATUREZA CIVIL-EMPRESARIAL

A terceirização e a “pejotização” são práticas amplamente adotadas no âmbito trabalhista e empresarial do mundo atual, especialmente no contexto das relações empresariais, sendo ambas caracterizadas por sua natureza jurídica civil, desvinculadas diretamente das obrigações trabalhistas tradicionais. Essas figuras, embora distintas em sua essência, compartilham o objetivo de flexibilizar a organização empresarial e as formas de contratação,

transferindo parte dos custos e responsabilidades inerentes às relações de emprego formal para modelos alternativos de prestação de serviços. No entanto, tais práticas levantam questões quanto à sua legalidade e aos limites impostos pela legislação trabalhista, sobretudo quando exploradas com o intuito de desvirtuar direitos trabalhistas.

A terceirização, como instituto jurídico, consiste na contratação de uma empresa especializada para realizar determinadas atividades, sejam elas meio ou fim, dentro da estrutura empresarial de outra organização. Nessa relação, o vínculo de trabalho é formalmente estabelecido entre o trabalhador e a empresa contratada, enquanto a empresa contratante mantém um contrato de natureza civil-empresarial com a prestadora de serviços, ficando isenta das obrigações trabalhistas diretas para com os empregados terceirizados. Essa configuração permite uma maior eficiência e adaptação ao mercado, sendo vantajosa para empresas que desejam concentrar esforços em suas atividades principais. No Brasil, como se verá adiante, a terceirização foi regulamentada pela Lei nº 13.429/2017, e a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em 2018, validou a terceirização irrestrita, inclusive nas atividades-fim, afastando as limitações anteriormente impostas pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST). Com essa flexibilização, a terceirização passou a ser vista como um mecanismo legítimo de organização empresarial.

A “pejotização”, por outro lado, é a prática de contratação de trabalhadores como prestadores de serviços por meio de pessoas jurídicas (PJs), em vez de formalizar o vínculo empregatício por meio de um contrato de trabalho regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Nessa modalidade, o trabalhador cria uma pessoa jurídica individual e celebra um contrato civil com a empresa contratante, configurando uma relação empresarial. Esse arranjo, embora legalmente possível em situações de trabalho autônomo, muitas vezes é utilizado de forma fraudulenta para mascarar uma relação de emprego. Nesses casos, estão presentes os elementos que caracterizam o vínculo empregatício, como subordinação, habitualidade, pessoalidade e onerosidade, mas o trabalhador fica privado dos direitos garantidos aos empregados pela CLT, como férias, FGTS e 13º salário.

Maurício Godinho Delgado⁴ explica que o termo “pejotização” é um neologismo derivado da sigla P.J., que significa pessoa jurídica, utilizado no âmbito do Direito do Trabalho para se referir às situações de fraude da legislação trabalhista. Em outras palavras, “pejotização” descreve casos em que há uma tentativa enganosa de evitar o reconhecimento do vínculo empregatício.

Nessa mesma linha de raciocínio, Lorena Vasconcelos Porto e Paulo Joarês Vieira⁵ apontam que a “pejotização” corresponde à contratação de um trabalhador subordinado na condição de sócio ou titular de uma pessoa jurídica, com o objetivo de ocultar a relação de emprego por meio da formalização de um contrato autônomo, em fraude ao vínculo empregatício.

Embora a terceirização e a “pejotização” compartilhem a característica de serem relações jurídicas de natureza civil, é fundamental distinguir a terceirização legítima da “pejotização” fraudulenta. Na terceirização, há a contratação de uma empresa prestadora de serviços, que se responsabiliza pelos trabalhadores, assumindo os encargos trabalhistas. Já na “pejotização”, o trabalhador atua individualmente como pessoa jurídica, e, em muitos casos, desempenha funções típicas de empregado, sem a correspondente proteção da legislação trabalhista. O uso da “pejotização” pode ser legítimo em situações de trabalho autônomo, mas quando se destina a evitar o vínculo empregatício, torna-se um mecanismo de precarização das condições de trabalho.

Sob o aspecto jurídico, tanto a terceirização quanto a “pejotização”, quando utilizadas de maneira adequada, são práticas legítimas que podem trazer benefícios para a organização das atividades empresariais. No entanto, o uso dessas figuras requer um cuidado rigoroso para evitar a violação de direitos trabalhistas. Na terceirização, a empresa contratante não pode exercer controle direto sobre os trabalhadores terceirizados, sob pena de caracterização de vínculo de emprego. Na “pejotização”, é necessário garantir que o prestador de serviços tenha efetiva autonomia em suas atividades. Do ponto de vista empresarial, ambas as práticas oferecem vantagens significativas, como a redução de custos trabalhistas e a flexibilidade nas formas de contra-

⁴ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2019, p 437.

⁵ PORTO, Lorena Vasconcelos; VIEIRA, Paulo Joarês. A ‘pejotização’ na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho. *Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, v. VIII, n. 80, p. 53-54, jul. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/161810/2019_rev_trt09_v0008_n0080.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2024.

tação. No entanto, seu uso indiscriminado pode trazer riscos legais, incluindo o reconhecimento judicial de vínculos empregatícios e a consequente responsabilização da empresa pelos encargos trabalhistas.

Portanto, é essencial que as empresas compreendam os limites legais dessas práticas, buscando equilibrar a eficiência empresarial com a proteção dos direitos dos trabalhadores. A flexibilização proporcionada pela terceirização e “pejotização” deve ser acompanhada por uma rigorosa observância das normas jurídicas que regem as relações de trabalho, a fim de evitar a precarização e assegurar a segurança jurídica das práticas empresariais.

3. O ENTENDIMENTO DO STF SOBRE A “PEJOTIZAÇÃO” E TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre a terceirização irrestrita, incluindo atividades-fim, marcou uma mudança significativa no entendimento jurídico das relações de trabalho no Brasil. Até então, a jurisprudência predominante, consolidada pela Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), limitava a terceirização às atividades-meio, considerando ilegal a terceirização das funções essenciais ao objeto social da empresa. Essa visão protegia os trabalhadores de práticas abusivas e visava evitar a precarização das condições de trabalho. Contudo, com o julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 26 e do Recurso Extraordinário (RE) 958.252, em 2018, o STF reconheceu a constitucionalidade da terceirização em qualquer atividade, o que rompeu com as restrições anteriormente impostas.

No julgamento, o STF baseou sua decisão no princípio da livre iniciativa, consagrado pela Constituição Federal, e na autonomia empresarial para organizar suas atividades da maneira que considerar mais eficiente. Segundo o entendimento dos ministros, a limitação da terceirização às atividades-meio interferia indevidamente na gestão empresarial e restringia a competitividade das empresas no mercado global. O tribunal argumentou que a modernização das relações de trabalho e a crescente complexidade das estruturas empresariais exigiam uma maior flexibilização dos modelos de contratação. Assim, a terceirização da atividade-fim foi considerada um instrumento le-

gítimo para a organização produtiva, desde que respeitados os direitos fundamentais dos trabalhadores, como saúde, segurança e remuneração digna.

O artigo 4º-A da Lei 6.019/74⁶, incluído pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), permite a terceirização de qualquer atividade, inclusive a atividade-fim, para uma pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a execução desses serviços. O §2º do mesmo artigo estipula que não há vínculo empregatício entre os trabalhadores ou sócios das empresas prestadoras de serviços, independentemente do ramo, e a empresa contratante.

Essa permissão legal para a terceirização de atividades, incluindo a atividade-fim, só foi formalizada em 2017, com a Reforma Trabalhista. Contudo, em 2018, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar a ADPF nº 324⁷ e o recurso extraordinário nº 958252⁸, declarou inconstitucional a proibição da terceirização de atividades-fim contida na Súmula nº 331 do TST. O STF afirmou a licitude da terceirização ou qualquer outra forma de divisão de trabalho entre pessoas jurídicas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas. Segundo o entendimento do STF, não havia legislação que impedisse a terceirização, o que significa que ela já seria permitida mesmo antes de 2017, com base no princípio de que o que não é proibido, é permitido.

Seguindo essa lógica, pode-se argumentar que, antes de 2017, a ausência de regulamentação específica sobre a terceirização implicaria na inexisten-

⁶ BRASIL. *Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974*. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília, DF: Presidência da República, 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm>. Acesso em: 25 set. 2024.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324*, [2018a]. Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. Relator: Min. Roberto Barroso, julgamento em 30 de agosto de 2018. Divulgado em 05 de setembro de 2019, publicado em 06 de setembro de 2019 no DJe-194. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738975>>. Acesso em: 25 set. 2024.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 958.252/MG*, [2018b]. Recurso Extraordinário Representativo De controvérsia com repercussão geral. Direito Constitucional. Direito do Trabalho. Constitucionalidade da “Terceirização”. Relator: Min. Luiz Fux, julgamento em 30 de agosto de 2018. Divulgado em 12 de setembro de 2019, publicado em 13 de setembro de 2019 no DJe-199. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750817537>>. Acesso em: 25 set. 2024.

cia de requisitos ou limites para essa prática, seja em relação ao tipo ou à fração de atividades transferidas para prestadoras de serviços. Porém, com a inclusão do artigo 4º-A na Lei 6.019/74 pela Lei 13.429/2017, e sua posterior modificação pela Lei 13.467/2017, essa prática passou a ser regulada.

Autores como Lorena Vasconcelos Porto e Paulo Joarês Vieira⁹ destacam que o atual texto da Lei 6.019/74 exige, para a terceirização, que a empresa prestadora de serviços tenha capacidade econômica compatível com a execução da atividade, conforme o artigo 4º-A. Essa exigência implicaria na necessidade de transferência integral de alguma atividade da contratante para a prestadora, com todas as suas nuances, excluindo a possibilidade de repasse de tarefas pontuais ou indeterminadas.

Além disso, o §1º do art. 5º-A da Lei 6.019/74¹⁰ veda o uso de trabalhadores em atividades diferentes daquelas estabelecidas no contrato com a prestadora de serviços¹¹ e o art. 5º-B exige que o contrato especifique as partes, os serviços a serem prestados, o prazo (quando aplicável) e o valor. Assim, alguns poderiam argumentar que, atualmente, a terceirização só é permitida quando envolve a transferência integral de uma atividade, e não tarefas isoladas ou indefinidas.

No entanto, o artigo 442-B da CLT, também inserido pela Reforma Trabalhista, autoriza a contratação de trabalhadores autônomos, afastando a formação de vínculo empregatício¹². Contudo, há quem questione essa interpretação, pois a relação de emprego, em princípio, prevalece sobre ou-

⁹ PORTO, Lorena Vasconcelos; VIEIRA, Paulo Joarês. A 'pejotização' na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho. *Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, v. VIII, n. 80, p. 54-55, jul. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/161810/2019_rev_trt09_v0008_n0080.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2024.

¹⁰ BRASIL. *Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974*. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília, DF: Presidência da República, 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113429.htm>. Acesso em: 25 set. 2024.

¹¹ PORTO, Lorena Vasconcelos; VIEIRA, Paulo Joarês. A 'pejotização' na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho. *Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, v. VIII, n. 80, p. 55, jul. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/161810/2019_rev_trt09_v0008_n0080.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2024.

¹² BRASIL. [CLT (1943)]. *Decreto-lei n. 5.452, de 1. de maio de 1943*. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 25 set. 2014.

tros regimes jurídicos. Em caso de reconhecimento de inconstitucionalidade desse dispositivo, haveria argumentos em defesa de uma terceirização irrestrita, sem limitação quanto ao tipo de prestador (autônomo, pessoa física ou jurídica) ou à quantidade de tarefas repassadas.

Embora o STF tenha declarado a legalidade da terceirização da atividade-fim, o tribunal não se debruçou sobre a definição de “atividade” no sentido de ser total ou parcial. O consenso parece recair apenas sobre a necessidade de uma definição prévia dessas atividades, uma vez que contratos com cláusulas abertas poderiam configurar subordinação e, conseqüentemente, a existência de vínculo empregatício. No entanto, a extensão do conceito de “atividade” – se inclui a totalidade ou parte dela – não foi discutida explicitamente.

No entanto, essa decisão suscitou preocupações no campo do Direito do Trabalho, especialmente no que diz respeito à proteção dos trabalhadores terceirizados. Embora o STF tenha afirmado que a terceirização irrestrita não implicaria, por si só, na precarização das condições de trabalho, muitos juristas e estudiosos apontaram que a prática poderia resultar em uma maior fragilização dos direitos trabalhistas. Isso porque, historicamente, a terceirização esteve associada aos salários mais baixos, condições de trabalho menos favoráveis e maior rotatividade dos trabalhadores. A ampliação irrestrita dessa prática, sem uma regulamentação clara e rigorosa, poderia intensificar esses efeitos, criando um ambiente de maior insegurança jurídica e social para os trabalhadores.

Em relação à “pejotização”, o STF não tratou diretamente desse tema no julgamento da terceirização, mas o entendimento aplicado à terceirização pode ser utilizado como base interpretativa. A “pejotização”, quando realizada de maneira fraudulenta, fere os princípios constitucionais da proteção ao trabalho e da dignidade da pessoa humana, sendo combatida pela Justiça do Trabalho. Entretanto, o próprio STF já reconheceu, em decisões anteriores, a legitimidade da contratação de pessoas jurídicas para a prestação de serviços, desde que estejam ausentes os elementos típicos da relação de emprego, como subordinação, habitualidade e pessoalidade. Assim, o tribunal parece adotar uma visão pragmática, que busca equilibrar a flexibilidade das relações empresariais com a proteção dos trabalhadores, ainda que o combate à “pejotização” fraudulenta dependa de uma análise caso a caso.

A decisão do STF sobre a terceirização irrestrita reflete, portanto, uma tentativa de harmonizar os interesses empresariais com os direitos dos trabalhadores, em um contexto de crescente flexibilização das relações de trabalho. No entanto, ao permitir a terceirização em qualquer atividade, o tribunal deixou lacunas que exigem maior regulamentação e fiscalização para evitar abusos e assegurar que os trabalhadores terceirizados tenham acesso a condições dignas de trabalho. Além disso, o entendimento do STF sobre a “pejotização”, embora indireto, aponta para a possibilidade de reconhecimento das relações jurídicas civis, desde que sejam respeitados os limites impostos pela legislação trabalhista. Assim, o grande desafio que emerge desse cenário é garantir que a flexibilização promovida pela terceirização e pela “pejotização” não se converta em um mecanismo de precarização dos direitos dos trabalhadores, mas, sim, em um meio de conciliar a eficiência produtiva com a dignidade do trabalho humano.

4. ZONAS CINZENTAS ENTRE A RELAÇÃO DE EMPREGO E A TERCEIRIZAÇÃO DE NATUREZA CIVIL

As mudanças recentes no entendimento jurídico acerca da terceirização e da “pejotização” trouxeram à tona zonas cinzentas entre a relação de emprego tradicional e as novas formas de contratação civil. A flexibilização dessas relações, especialmente após a decisão do STF que permitiu a terceirização irrestrita, criou ambiguidades na definição do que constitui uma relação de emprego. Tradicionalmente, o vínculo empregatício era identificado por elementos como a subordinação, habitualidade, pessoalidade e onerosidade. Entretanto, com a ampliação das possibilidades de terceirização e a proliferação da “pejotização”, muitas dessas características têm sido diluídas em contratos civis, o que torna mais difícil identificar, na prática, a existência de uma relação de emprego.

Um dos principais desafios apresentados por essas zonas cinzentas é a definição clara dos limites entre uma relação civil legítima e a dissimulação de um vínculo empregatício. No caso da terceirização, embora o trabalhador seja formalmente empregado de uma empresa prestadora de serviços, a realidade muitas vezes revela que ele exerce suas atividades sob controle direto da empresa contratante, o que pode caracterizar a subordinação típica de

uma relação de emprego. Esse fenômeno, conhecido como “subordinação estrutural”, ocorre quando o trabalhador terceirizado está inserido diretamente na estrutura produtiva da empresa contratante, seguindo suas diretrizes e utilizando seus recursos, mas sem a proteção garantida pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Essa situação gera uma tensão entre a forma contratual civil adotada e a realidade fática da relação de trabalho, abrindo espaço para discussões judiciais.

A “pejotização”, por sua vez, intensifica essa zona cinzenta ao formalizar a contratação de trabalhadores por meio de pessoas jurídicas. Embora a contratação por PJ seja legal em situações de trabalho autônomo ou prestação de serviços especializados, ela pode ser utilizada como estratégia para disfarçar uma relação de emprego, especialmente quando o trabalhador atua de forma contínua e exclusiva para uma empresa, com subordinação e controle, mas sem os direitos trabalhistas assegurados pela CLT. O problema surge quando esses trabalhadores são levados a constituir empresas individuais apenas para formalizar um contrato de natureza civil, mas, na prática, seguem o mesmo padrão de subordinação e habitualidade que teriam como empregados.

A dificuldade em distinguir entre uma relação de emprego e uma terceirização ou “pejotização” legítima é agravada pela falta de uma regulamentação mais clara sobre os limites dessas práticas. A legislação trabalhista brasileira não detalha com precisão as condições sob as quais a “pejotização” é considerada fraude, nem estabelece critérios objetivos para identificar a subordinação estrutural na terceirização. Isso faz com que a análise de cada caso dependa fortemente da interpretação dos tribunais, o que gera uma incerteza jurídica tanto para as empresas quanto para os trabalhadores. Essa insegurança pode levar a litígios trabalhistas, nos quais a empresa é eventualmente responsabilizada pelo pagamento de verbas trabalhistas retroativas, caso se reconheça a existência de uma relação de emprego disfarçada.

Além disso, as zonas cinzentas entre a terceirização e a relação de emprego geram um impacto direto nas condições de trabalho. Trabalhadores terceirizados ou pejotizados tendem a ter menos estabilidade no emprego, menores salários e menos acesso aos benefícios, como férias remuneradas, 13º salário e FGTS, quando comparados aos empregados regulares. Embora essas práticas possam ser vantajosas para as empresas em termos de re-

dução de custos e maior flexibilidade, elas muitas vezes resultam em precarização das condições de trabalho, com consequências negativas para o bem-estar dos trabalhadores.

No Brasil, têm se multiplicado decisões judiciais que permitem a terceirização de empresários individuais envolvidos na atividade-fim da empresa contratante, em casos cujo foco principal é o reconhecimento do vínculo de emprego. Um exemplo disso é a decisão tomada no processo nº 0011820-14.2017.5.03.0098, pela Quinta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região:

PEJOTIZAÇÃO - NÃO CONFIGURAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE PESSOALIDADE. [...] Insurge-se o reclamante contra a r. sentença, ao argumento de que foram preenchidos todos os critérios legalmente previstos para a configuração do vínculo de emprego, nos termos do artigo 3º da norma consolidada. Sustenta que não restam dúvidas quanto à ocorrência do fenômeno da “pejotização”, tendo em vista que foi obrigado a constituir personalidade jurídica para continuar a prestar os serviços em favor da 1ª ré. Pontua que laborou exclusivamente para a 1ª reclamada, de forma não eventual e com onerosidade, bem como que não detinha liberdade de iniciativa, não podendo gerir a sua atividade e não assumindo os riscos dela advindos. Adverte que, durante toda a relação pactuada entre as partes, sempre foi o responsável por tratar de todos os assuntos referentes à base por ele gerenciada, conforme revelam os e-mails anexos, concluindo-se pela presença da personalidade. Prossegue afirmando que estava sujeito às ordens e imposições da 1ª ré, evidenciando-se a subordinação. Ao final, aduz tratar-se de caso de terceirização ilícita e cita trechos de gravações nos quais entende ficar claro o ilícito praticado pela 1ª reclamada. [...] a nova tese adotada pelo STF coloca um ponto final na discussão a respeito da licitude da terceirização de atividades-fim da empresa tomadora dos serviços, devendo ser reconhecida a validade da situação jurídica em análise neste processo, sendo, portanto, lícita a terceirização promovida pelas empresas que figuram no polo passivo da ação. Restam afastados, portanto, quaisquer argumentos relativos à ilicitude da terceirização¹³.

¹³ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (Quinta Turma). *Recurso Ordinário no processo nº. 0011820-14.2017.5.03.0098 - RO*, [2019a]. “pejotização” - não configuração - inexistência de personalidade. Relator: Juiz Conv. Antônio Neves de Freitas, Julgamento em 14 de maio de 2019. Disponibilizado em 24 de maio de 2019, publicado em 25 de maio de 2019 no DEJT. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2942>>. Acesso em: 25 de set. de 2024.

Também é possível mencionar a decisão prolatada no processo nº. 0010722-82.2017.5.03.0004, da Nona Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região:

VÍNCULO DE EMPREGO. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. A BOA-FÉ COMO ELEMENTO ESSENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO. [...] Narra a autora na inicial que em 05/07/2011 foi admitida pela ré para exercer a função de jornalista, e que, embora tenha sido dispensada em 11/05/2013, continuou a prestar os mesmos serviços em benefício da ré, sem solução de continuidade, subordinada às mesmas pessoas e em jornada equivalente, porém de forma remota e sem a CTPS assinada, o que se deu até o dia 15/12/2016. Sustenta que “a reclamada simulou a existência de uma relação autônoma, determinando que a autora constituísse pessoa jurídica, pagando-a por meio da emissão de notas fiscais mensais, executando suas tarefas remotamente e de casa, razão pela qual nenhum direito decorrente da real relação de emprego foi concedido ou pago à autora pela reclamada, após 12/05/2013.” (ID 8975d22 - Pág. 1) Pugna pelo reconhecimento da unicidade dos contratos e a relação de emprego no período único e contínuo de 05/07/2011 a 30/01/2017. [...] extrai-se do depoimento da testemunha ouvida a seu rogo que a maioria dos colaboradores da empresa eram terceirizados, o que mais uma vez infirma a pretensão por não se vislumbrar qualquer ilicitude em relação a este procedimento. Frise-se, ainda, que recentemente entrou em vigor a Lei 13.429/2017 que passou a autorizar a terceirização também nas chamadas “atividade-fim”. Ou seja, a nova Lei passou a liberar a terceirização para todas as atividades das empresas. [...] Também o Supremo Tribunal Federal, julgando a ADPF 324 e o RE 958252, com repercussão geral reconhecida, decidiu que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, independentemente de ser relativa à atividade meio ou fim da empresa contratante¹⁴.

Nessa mesma linha de ideias, há também o entendimento anotado em decisão proferida no processo nº. 0000008-15.2014.5.05.0133, da Quinta Turma do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI nº 13.015/2014. TERCEIRIZAÇÃO EM ATIVIDADE-FIM DA TOMADORA. LICITUDE. VÍNCULO DIRETO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DE DIREITOS DA CATEGORIA

¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (Nona Turma). *Recurso Ordinário no processo nº. 0010722-82.2017.5.03.0004 (RO)*, [2019b]. Vínculo de emprego. Ausência de requisitos. A boa-fé como elemento essencial nas relações de trabalho. Relator: Des. João Bosco Pinto Lara, Julgamento em 06 de fevereiro de 2019. Disponibilizado em 07 de fevereiro de 2019, publicado em 08 de fevereiro de 2019 no DEJT. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2194>>. Acesso em: 25 de set. de 2024.

DO TOMADOR. INVIABILIDADE. [...] “O acórdão recorrido solucionou a controvérsia nos seguintes termos: [...] Em exame reclamação na qual pretendeu o reclamante o reconhecimento de vínculo de emprego direto com o tomador dos serviços - FORO MOTOR COMPANY BRASIL LTDA., apontando a existência de sucessivos contratos de trabalho celebrados com empresas interpostas desde fevereiro de 2000. [...] Continuou o relato, mencionando a obrigação de constituir pessoa jurídica em seu nome para emissão de notas fiscais, ressaltando que sua atividade ‘era altamente especializada, sob o ponto de vista técnico, mas essencial, numa perspectiva dinâmica do sistema produtivo da 18 ré’ - fi. 18, alegando ilícita a terceirização por envolver atividade fim do tomador dos serviços - item 4.39 da inicial, fi. 22. Contestando a primeira reclamada, sem negar a prestação de serviços do reclamante em seu favor, apontou a licitude da terceirização, já que ‘o autor era prestador de um serviço absolutamente específico’- fi. 216”. [...] Com razão. A partir do julgamento do RE nº 958.252 e da ADPF nº 354 pelo Supremo Tribunal Federal, a matéria em discussão nestes autos (ilicitude da terceirização de atividade-fim) pacificou-se e encontra o seu norte nos termos da decisão vinculante daquela Corte Suprema, que, ao julgar o mérito da controvérsia atinente ao Tema 725 da repercussão geral, definiu a tese jurídica segundo a qual “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”¹⁵.

Inúmeras decisões estão no mesmo sentido, por exemplo, a exarada no processo nº. 0000723-05.2014.5.03.0136, da Quinta Turma do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho¹⁶.

Para Lorena Vasconcelos Porto e Paulo Joarês Vieira¹⁷, sócios ou titulares de empresas prestadoras de serviços terceirizados só podem atuar direta-

¹⁵ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Quinta Turma). *Recurso de Revista no processo nº. 0000008-15.2014.5.05.0133 (RR)*, [2019c]. Recurso de revista interposto na vigência da lei nº 13.015/2014. Terceirização em atividade-fim da tomadora. Licitude. Vínculo direto. Impossibilidade. Aplicação de direitos da categoria do tomador. Inviabilidade. Relator: Min. Emmanoel Pereira, julgamento em 29 de maio de 2019. Disponibilizado em 30 de maio de 2019, publicado em 31 de maio de 2019 no DEJT. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=247982&anoInt=2017>>. Acesso em: 25 de set. de 2024.

¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Quinta Turma). *Recurso Revista no processo nº. 0000723-05.2014.5.03.0136 - RO*, [2019d]. Recurso de revista interposto na vigência da Lei nº 13.015/2014. Terceirização em atividade-fim da tomadora. Licitude. Vínculo direto. Impossibilidade. Aplicação de direitos da categoria do tomador. Inviabilidade. Relator: Min. Emmanoel Pereira, julgamento em 21 de agosto de 2019. Disponibilizado em 22 de agosto de 2019, publicado em 23 de agosto de 2019 no DEJT. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=228933&anoInt=2018>>. Acesso em: 25 de set. de 2024.

¹⁷ PORTO, Lorena Vasconcelos; VIEIRA, Paulo Joarês. A ‘pejotização’ na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho. *Revista Eletrônica - Tribunal*

mente nas atividades dos contratantes quando estiverem desempenhando uma atividade empresarial legítima, respeitando as definições e características próprias desse conceito, que são claramente distintas de uma relação de emprego disfarçada sob a forma de “pejotização”. Eles fundamentam essa posição com base no artigo 966 do Código Civil¹⁸, que define empresário como aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.”

O artigo 966 do Código Civil apresenta, pelo menos, cinco elementos essenciais para a caracterização de um empresário, que são: a) Profissional: exercício de atividade de forma contínua e habitual, servindo como fonte de renda permanente; b) Atividade: conjunto de tarefas coordenadas com uma finalidade específica, o que difere completamente de tarefas pontuais ou indefinidas; c) Econômica: deve ter natureza lucrativa, não sendo uma atividade altruísta ou caritativa; d) Organizada: deve ser estruturada, planejada e previamente definida; e) Produção ou circulação de bens ou serviços.

Na ausência de qualquer um desses elementos, não se configura a condição de empresário e seus efeitos legais correspondentes. Dessa forma, é possível afirmar, por exemplo, que uma empresa não pode ser registrada sem que haja uma prévia definição de sua atividade econômica. Assim, uma maneira eficiente de identificar fraudes envolvendo a “pejotização” é comparar a atividade econômica registrada da empresa (objeto social) em seus documentos constitutivos e, na Junta Comercial (classificação CNAE), com os serviços realmente prestados. Se houver discrepâncias, a fraude estará configurada e a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada para aplicar os efeitos legais de uma relação de emprego.

Lorena Vasconcelos Porto e Paulo Joarês Vieira¹⁹ também destacam que o artigo 2º da CLT vincula o conceito de empresa (seja individual ou coletiva)

Regional do Trabalho do Paraná, v. VIII, n. 80, p. 56, jul. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/161810/2019_rev_trt09_v0008_n0080.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2024.

¹⁸ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 25 set. 2024.

¹⁹ PORTO, Lorena Vasconcelos; VIEIRA, Paulo Joarês. A ‘pejotização’ na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho. *Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, v. VIII, n. 80, p. 56, jul. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/161810/2019_rev_trt09_v0008_n0080.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2024.

à assunção dos riscos da atividade econômica e à direção da prestação pessoal de serviços. Nesse sentido, a empresa contratante não poderia assumir os riscos da atividade do prestador de serviços, integrando-o à sua estrutura sem que este tenha uma organização própria, capacidade econômica ou responsabilidade pelas despesas. Tampouco poderia a contratante interferir na forma como o prestador executa seus serviços, limitando sua autonomia. Esses fatores também apontariam para a prática fraudulenta.

Além disso, os autores indicam outras características que podem sinalizar a prática fraudulenta da “pejotização”:

São características muito comuns da prática de “pejotização”, indiciárias da presença de fraude contratual: a) todo o equipamento e instrumentos, inclusive sistemas e bancos de dados, utilizados pelos profissionais pertencem à contratante; b) a receita obtida com a atividade econômica cabe à contratante; c) os custos da atividade igualmente são suportados pela contratante; d) os profissionais contratados como pessoa jurídica fornecem apenas mão de obra, recebendo remuneração fixa mensal, por horas trabalhadas.²⁰

Eles também mencionam o artigo 167 do Código Civil, que considera nulo qualquer negócio jurídico simulado. No parágrafo 1º, inciso II, é estabelecido que a simulação ocorre quando um negócio jurídico contém declaração, confissão, condição ou cláusula que não corresponde à verdade. A partir disso, deduzem que a “pejotização” com o intuito de fraudar relações trabalhistas configura um “negócio jurídico simulado”, já que envolve declarações e cláusulas que não refletem a realidade²¹.

Ao analisar o conceito de empresário nas chamadas zonas cinzentas, é importante destacar que a mesma lógica usada para examinar os pressupostos da relação de emprego também pode ser aplicada aos empresários. Em outras palavras, é possível identificar áreas nebulosas tanto nos requisitos

²⁰ PORTO, Lorena Vasconcelos; VIEIRA, Paulo Joarês. A ‘pejotização’ na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho. *Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, v. VIII, n. 80, p. 57, jul. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/161810/2019_rev_trt09_v0008_n0080.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2024.

²¹ PORTO, Lorena Vasconcelos; VIEIRA, Paulo Joarês. A ‘pejotização’ na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho. *Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, v. VIII, n. 80, p. 58, jul. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/161810/2019_rev_trt09_v0008_n0080.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2024.

de uma relação de emprego quanto nos elementos que caracterizam o empresário, que incluem a profissionalidade, a atividade e a organização.

Isso levanta questões como: qual é o limite exato entre o que pode ser considerado uma atividade profissional e o que não pode? Onde está a fronteira entre o que pode ser classificado como atividade e o que não pode? E qual é a diferença entre o que é organizado e o que não é?

Sílvio de Salvo Venosa²² explica que a profissionalidade resulta da ausência de ocasionalidade, ou seja, da habitualidade no exercício da empresa. Ele também define organização como o aparato produtivo que coordena os meios de produção por meio da combinação de quatro fatores: capital, mão de obra, tecnologia e insumos.

Sobre o conceito de atividade, pode-se recorrer às análises feitas no Direito do Consumidor. O artigo 3º da Lei 8.078/90²³ (Código de Defesa do Consumidor) utiliza o termo “atividade” para diferenciar o fornecedor das demais situações jurídicas. Paulo Roberto Roque Antônio Khouri²⁴ observa que as atividades descritas no artigo 3º da Lei 8.078/90 são apenas exemplificativas. Segundo ele, a lei busca enquadrar como fornecedor qualquer pessoa que desenvolva atividades econômicas no mercado, o que pressupõe intuito lucrativo, habitualidade e remuneração. Ele afirma que o que importa para o conceito de fornecedor é que ele ofereça bens e serviços, com habitualidade e profissionalidade, ao mercado.

Humberto Theodoro Júnior²⁵ compartilha uma visão similar, afirmando que fornecedor é aquele que exerce atividade remunerada, habitual e profissional. Da mesma forma, Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves²⁶ apontam que os termos do artigo 3º da Lei 8.078/90 são ampliativos

²² VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. *Direito Empresarial*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2020, p. 21.

²³ BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2024.

²⁴ KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *Direito do Consumidor: Contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 7. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2021, p. 63.

²⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*, 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 15.

²⁶ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 71.

para definir o conceito de fornecedor. Para eles, o que realmente importa na caracterização do fornecedor ou prestador é o fato de ele desenvolver uma atividade, que é a soma de atos coordenados para uma finalidade específica. Eles também citam Antônio Junqueira de Azevedo para reforçar essa definição de “atividade”:

“Atividade”, noção pouco trabalhada pela doutrina, não é ato, e sim conjunto de atos. [...] Para que haja atividade, há necessidade: (i) de uma pluralidade de atos; (ii) de uma finalidade comum que dirige e coordena os atos; (iii) de uma dimensão temporal, já que a atividade necessariamente se prolonga no tempo. A atividade, ao contrário do ato, não possui destinatário específico, mas se dirige *ad incertam personam* (ao mercado ou à coletividade, por exemplo), e sua apreciação é autônoma em relação aos atos que a compõem²⁷.

O fato é que os elementos fático-jurídicos que definem o conceito de empresário também apresentam áreas de incerteza. Isso significa que o enquadramento desses pressupostos exige uma análise detalhada e cuidadosa dos fatos específicos de cada caso concreto. Em muitas situações, a realidade pode envolver uma série de fatores que tanto favorecem quanto desfavorecem o enquadramento desses pressupostos. Afinal, quantos aspectos diferentes podem estar envolvidos na definição de profissionalidade, atividade e organização? A complexidade da vida real torna impossível listar todas as características de cada um desses elementos e suas possíveis combinações em normas rígidas e fechadas. Esses pressupostos são, na verdade, abertos a interpretações, permitindo sua aplicação ou não a inúmeras situações práticas. Essa é uma das razões pelas quais existem as chamadas zonas cinzentas e um por quê de as ciências jurídicas serem consideradas inexatas.

Uma forma de reduzir a amplitude e a flexibilidade dessas zonas de incerteza é, novamente, recorrer às teorias sobre o conceito de subordinação, delimitando-o apenas pela ideia de dependência ou controle em um sentido amplo. Isso ampliaria o campo de aplicação da subordinação, consequentemente diminuindo o espaço para enquadramentos jurídicos que se afastem da relação de emprego e também reduzindo a própria zona cinzenta. Isso é viável porque, como já mencionado, o regime jurídico da relação de emprego

²⁷ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014, p. 71.

deve prevalecer sobre o de natureza civil aplicado aos terceirizados, devido à supremacia dos princípios de proteção ao trabalhador (por sua condição de hipossuficiência) e à dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, as zonas cinzentas entre a relação de emprego e a terceirização de natureza civil refletem um desequilíbrio entre a necessidade de modernização das formas de contratação e a proteção dos direitos trabalhistas. A flexibilização promovida pela terceirização e pela “pejotização” é, em certa medida, necessária para acompanhar as transformações econômicas e produtivas da sociedade contemporânea. No entanto, é essencial que o poder judiciário e o legislador avancem em medidas que garantam um equilíbrio entre a liberdade empresarial e a proteção dos direitos fundamentais dos trabalhadores, de modo a evitar a precarização e assegurar que as práticas de terceirização e “pejotização” sejam utilizadas de forma justa e transparente. Somente com uma regulamentação mais clara e uma fiscalização rigorosa será possível superar essas zonas cinzentas e promover relações de trabalho que combinem eficiência produtiva com dignidade e justiça social.

CONCLUSÃO

A análise da “pejotização” e da terceirização à luz da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que validou a terceirização da atividade-fim, revela a complexidade das relações laborais no contexto contemporâneo. O reconhecimento da legalidade irrestrita da terceirização representa um marco para a flexibilização das relações empresariais, ao permitir que empresas organizem sua força de trabalho de maneira mais ágil e eficiente, sem as amarras impostas pela legislação trabalhista tradicional. No entanto, essa decisão também suscita preocupações quanto à proteção dos trabalhadores, uma vez que a prática pode facilitar a precarização dos vínculos empregatícios, especialmente quando há disfarce da relação de emprego por meio da “pejotização”.

Embora o STF tenha validado a terceirização da atividade-fim sob uma ótica empresarial, é inegável que a linha tênue entre contratos civis legítimos e a desvirtuação de direitos trabalhistas permanece uma zona cinzenta. A “pejotização”, quando utilizada como forma de evitar encargos trabalhis-

tas, compromete a dignidade e a segurança jurídica do trabalhador, gerando insegurança e dificultando a garantia de direitos como férias, décimo terceiro salário e FGTS.

A conclusão deste estudo aponta para a necessidade urgente de regulamentações mais precisas que delimitem o uso adequado da terceirização e inibam a “pejotização” fraudulenta. É imprescindível que o legislador e os tribunais superiores avancem em medidas que preservem a autonomia empresarial, mas sem sacrificar os direitos fundamentais dos trabalhadores. Somente com um equilíbrio entre essas esferas será possível promover um ambiente econômico favorável e, ao mesmo tempo, proteger a dignidade do trabalho no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [CLT (1943)]. *Decreto-lei n. 5.452, de 1. de maio de 1943*. Brasília, DF: Presidência da República, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 25 set. 2014.

BRASIL. *Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974*. Altera dispositivos da Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília, DF: Presidência da República, 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm>. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. *Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 324*, [2018a]. Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade. Relator: Min. Roberto Barroso, Julgamento em 30 de agosto de 2018. Divulgado em 05 de setembro de 2019, publicado em 06 de setembro de 2019 no DJe-194. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750738975>>. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 958.252/MG*, [2018b]. Recurso Extraordinário Representativo De controvérsia com repercussão geral. Direito Constitucional. Direito do Trabalho. Constitucionalidade da “Terceirização”. Relator: Min. Luiz Fux, Julgamento em 30 de agosto de 2018. Divulgado em 12 de setembro de 2019, publicado em 13 de setembro de 2019 no DJe-199. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750817537>>. Acesso em: 25 set. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (Quinta Turma). *Recurso Ordinário no processo nº. 0011820-14.2017.5.03.0098 - RO*, [2019a]. “pejotização” - não configuração - inexistência de pessoalidade. Relator: Juiz Conv. Antônio Neves de Freitas, Julgamento em 14 de maio de 2019. Disponibilizado em 24 de maio de 2019, publicado em 25 de maio de 2019 no DEJT. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2942>>. Acesso em: 25 de set. de 2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região (Nona Turma). *Recurso Ordinário no processo nº. 0010722-82.2017.5.03.0004 (RO)*, [2019b]. Vínculo de emprego. Ausência de requisitos. A boa-fé como elemento essencial nas relações de trabalho. Relator: Des. João Bosco Pinto Lara, Julgamento em 06 de fevereiro de 2019. Disponibilizado em 07 de fevereiro de 2019, publicado em 08 de fevereiro de 2019 no DEJT. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=2194>>. Acesso em: 25 de set. de 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Quinta Turma). *Recurso de Revista no processo nº. 0000008-15.2014.5.05.0133 (RR)*, [2019c]. Recurso de revista interposto na vigência da lei nº 13.015/2014. Terceirização em atividade-fim da tomadora. Licitude. Vínculo direto. Impossibilidade. Aplicação de direitos da categoria do tomador. Inviabilidade. Relator: Min. Emmanoel Pereira, Julgamento em 29 de maio de 2019. Disponibilizado em 30 de maio de 2019, publicado em 31 de maio de 2019 no DEJT. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=247982&anoInt=2017>>. Acesso em: 25 de set. de 2024.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Quinta Turma). *Recurso Revista no processo nº. 0000723-05.2014.5.03.0136 - RO*, [2019d]. Recurso de revista interposto na vigência da Lei nº 13.015/2014. Terceirização em atividade-fim da tomadora. Licitude. Vínculo direto. Impossibilidade. Aplicação de direitos da categoria do tomador. Inviabilidade. Relator: Min. Emmanoel Pereira, Julgamento em 21 de agosto de 2019. Disponibilizado em 22 de agosto de 2019, publicado em 23 de agosto de 2019 no DEJT. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=228933&anoInt=2018>>. Acesso em: 25 de set. de 2024.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: LTr, 2019.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antônio. *Direito do Consumidor: Contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 7. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2021.

PORTO, Lorena Vasconcelos; VIEIRA, Paulo Joarês. A 'pejotização' na reforma trabalhista e a violação às normas internacionais de proteção ao trabalho. *Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, v. VIII, n. 80, p. 52-77, jul. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/161810/2019_rev_trt09_v0008_n0080.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 25 set. 2024.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor: direito material e processual*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*, 10. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo; RODRIGUES, Cláudia. *Direito Empresarial*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2020.

Submissão: 26.setembro.2024

Aprovação: 31.outubro.2024

INDENIZAÇÃO POR ACIDENTE DE TRABALHO E A CONSOLIDAÇÃO DO NOVEL ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Compensation for Workplace Accidents and the Consolidation of the New Understanding of the Superior Labor Court

Hélio Grasselli¹

ÁREA: Direito do Trabalho.

RESUMO: Este ensaio busca trazer o entendimento atual do Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da análise de sua jurisprudência mais recente, sobre a incapacidade laboral definitiva do empregado decorrente de acidente do trabalho, a qual deve ser observada em relação à função que o obreiro exercia e não mais em relação à outras atividades que o empregado eventualmente possa exercer depois de sua reabilitação. Para tanto, foram analisadas diversas decisões do Tribunal responsável por pacificar o direito e a jurisprudência pátria sobre o assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Acidente de trabalho. Perda da capacidade laborativa para a função exercida.

ABSTRACT: This essay explores the current understanding of the Brazilian Superior Labor Court (TST) regarding permanent work incapacity caused by workplace accidents. It examines the latest jurisprudence, emphasizing the shift in perspective where the assessment of incapacity is now focused on the employee's specific role prior to the accident, rather than on other potential activities the worker might perform after rehabilitation.

To achieve this, several rulings from the Court, which is responsible for harmonizing labor law and national jurisprudence, were analyzed, shedding light on this significant evolution in legal interpretation.

KEYWORDS: Workplace accident; Loss of labor capacity for the previously held position; Brazilian Superior Labor Court jurisprudence.

¹ Desembargador do Trabalho do TRT da 15ª Região. Doutor em Direito pela USP - Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela PUC/SP. Endereço eletrônico: < h.grasselli@uol.com.br >. Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/1816789714775564> >.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Quanto à responsabilidade civil subjetiva e objetiva. 2. Quanto ao dano moral *in re ipsa*. 3. Quanto aos danos materiais. 4. Da nova jurisprudência do TST. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Muito comum na Justiça do Trabalho é a existência de ações envolvendo pedidos de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho típico ou de doença profissional e do trabalho a ele equiparadas.

Como sói acontecer nesses casos, o Juízo determina a realização de uma perícia médica para averiguar a existência do dano e de sua extensão, bem como se há ou não nexos de causalidade entre este e as condições de trabalho.

Indaga-se, também, se há responsabilidade subjetiva, ou seja, se o empregador agiu com dolo ou culpa, ou se estamos diante da responsabilidade objetiva, caracterizada quando a atividade normalmente desenvolvida pela empresa implica, por sua natureza, risco para o empregado, conforme a dicção do artigo 927, § único, do Código Civil.

1. QUANTO À RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA E OBJETIVA

Aqui é importante ressaltar que no Projeto original do Código Civil de 2002 a redação era diversa, como nos lembra o saudoso Ricardo Fiuza²: “a proposta usava a expressão ‘*grande risco*’ para os direitos de outrem, salvo se comprovado o emprego de medidas preventivas tecnicamente adequadas.” Essa proposta de redação não prevaleceu porque, ao mesmo tempo em que possibilitava a responsabilidade sem culpa, *a contrario sensu* trazia uma excludente dessa responsabilidade, ao possibilitar ao causador do dano a prova da adoção de medidas preventivas e adequadas.

Críticas à parte, cremos que a expressão “grande risco” é que deveria prevalecer, na medida em que a expressão “risco” é inerente a qualquer atividade laborativa. Viver é um risco. Em nosso sentir, quando o trabalhador é exposto a um risco acentuado de sofrer um agravo, isto é, um risco maior do

² FIUZA, Ricardo. *Código Civil Comentado*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.786.

que aquele suportado pelos demais membros da sociedade, estamos diante da responsabilidade objetiva. Esses casos alcançam situações como o trabalho em uma fábrica de fogos de artifício que a qualquer momento pode explodir, o trabalho com inflamáveis ou o trabalho como motorista carreteiro que está diuturnamente rodando pelas perigosas estradas do nosso país.

A doutrina e jurisprudência firmadas após o advento do Código Civil de 2002 enveredaram por um caminho inadequado. Pelo fato de o inciso XXVIII do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 consagrar apenas a responsabilidade subjetiva, isto é, prever “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, **quando incorrer em dolo ou culpa**” (g.n.), chegou-se a cogitar sobre a inconstitucionalidade do artigo 927, § único, do Código Civil que também consagra a responsabilidade objetiva. Felizmente essa tendência não se confirmou, sendo pacífico o entendimento que, em matéria de acidente de trabalho, a responsabilidade pode ser tanto objetiva quanto subjetiva.

De outra parte, há situações em que o perito deve indagar se há culpa concorrente ou exclusiva da vítima, capaz de atenuar ou excluir a responsabilidade do causador do dano. Nesse particular entendemos que a culpa exclusiva da vítima tem aptidão para afastar a responsabilidade do empregador mesmo nos casos em que se reconhece a existência de responsabilidade objetiva. Cremos que posicionamento contrário a este, *data venia*, seria manifestamente antijurídico.

2. QUANTO AO DANO MORAL *IN RE IPSA*

Noutra seara, é de se ver que o dano moral é aferível *in re ipsa*, vale dizer, sua configuração decorre da mera comprovação da prática de conduta ilícita ou do desenvolvimento de atividades de risco acentuado, revelando-se desnecessária a demonstração de prejuízos concretos ou a comprovação probatória do efetivo abalo moral.

Nesse tema, é importante discorrer, ainda que sinteticamente, sobre o dano estético, também conhecido como “feiura”. Esse tipo de dano resultante de acidente típico ou de doença profissional ou do trabalho está diretamente relacionado à aparência da vítima após o infortúnio. Se deixa marcas

repulsivas e visíveis *a prima face* ou implica na perda de membro ou função, estamos diante do dano estético.

Discute-se em doutrina se o dano estético é espécie de dano moral cuja indenização deste já abarca a daquele. A questão é interessante porque, dependendo da conclusão, pode implicar em nova indenização além daquela prevista para o dano moral *stricto sensu*. Nessa matéria, cremos que são devidas duas indenizações diferentes: uma pelo abalo emocional trazido pelo próprio infortúnio; outra pelas marcas deixadas pelo acidente e que implicam em deformidade, em “feiura”.

3. QUANTO AOS DANOS MATERIAIS

Partindo para o estudo de outro abalo, a dificuldade maior surge quando estamos diante da indenização por danos materiais. As decisões sobre a matéria enfocam a questão sob a perspectiva da perda funcional apenas, deixando de investigar se essa perda está relacionada às funções que o empregado anteriormente exercia ou se refere à perda em sentido amplo.

A dicção do artigo 950 do Código Civil permite variadas interpretações. Diz o texto legal: “se da ofensa **resultar defeito** pelo qual o ofendido **não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho**, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, **incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu**. “(g.n.)

Referido dispositivo alcança duas situações:

- impossibilidade do trabalhador exercer seu ofício em razão das sequelas decorrentes do acidente ou doença profissional e do trabalho;
- redução de sua capacidade laboral.

O texto legal estabelece o direito de o ofendido receber uma pensão nos casos em que fique impossibilitado de exercer seu ofício habitual. O trabalhador também terá direito à pensão nos casos em que houve depreciação, vale dizer, redução de sua capacidade laboral.

Somos simpáticos à tese de que a impossibilidade de exercer a mesma função anteriormente exercida gera direito a uma indenização correspondente a 100% da remuneração que recebia nessa função, independentemente da possibilidade de exercer outra função para o mesmo empregador ou para empregador diverso. Caso ocorra apenas a redução da capacidade de trabalho, sem a impossibilidade de continuar exercendo a mesma função, exsurgirá o direito à pensão proporcional ao agravo sofrido.

Ocorre que de longa data a jurisprudência dos nossos Tribunais vinha se firmando no sentido de que a indenização seria proporcional às sequelas, pouco importando se dessas sequelas resulta incapacidade para o exercício da função que antes o trabalhador exercia. Disso resultou na adoção das tabelas da SUSEP, estabelecendo percentuais de indenização de acordo com a perda de órgão, membro ou função. Nesse passo, se um trabalhador músico, por exemplo, tocador de piano, perdesse uma das mãos, a indenização alcançaria o percentual de 60%, pouco importando se ficara impossibilitado de exercer a função de músico.

4. DA NOVA JURISPRUDÊNCIA DO TST

Ainda bem que esse posicionamento está sendo superado no Tribunal Superior do Trabalho e em alguns Regionais.

Começaram a surgir acórdãos das Turmas e até mesmo da Seção de Dissídios Individuais consagrando a tese da reparabilidade integral, desde que a impossibilidade ou as sequelas causem incapacidade que impeça o trabalhador de exercer a função anteriormente exercida. Confira:

AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.467/2017. RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR. DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. INCAPACIDADE PERMANENTE E

TOTAL PARA O DESEMPENHO DA ATIVIDADE. ART. 950 DO CÓDIGO CIVIL. Nos termos do art. 950 do CCB/2002, “se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”. Como se infere, a pensão mensal, em caso de perda ou redução da capacidade laborativa - seja temporária ou permanente -, deve corresponder à importância do trabalho para o qual o empregado se inabilitou. É dizer, **para fim de fixação da indenização por danos materiais a cargo do empregador, a investigação da incapacidade laboral deve partir do exame da atividade desempenhada pelo obreiro no momento do acidente de trabalho, pouco importando se há a possibilidade de adaptação a outra atividade no mercado de trabalho.** *In casu*, conforme premissa fática delineada no acórdão recorrido, a reclamante, em virtude das doenças pelas quais está acometida, se encontra completamente incapacitada para o desempenho da atividade anteriormente exercida no empregador, conquanto possa desempenhar outras funções. Assim, afigura-se consentânea com o art. 950 do CCB e com a jurisprudência desta Corte, a decisão do Regional que fixou a pensão no percentual de 100% da remuneração. Agravo conhecido e não provido. **(Ag-AIRR-457-42.2022.5.14.0003, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Jose Dezena da Silva, DEJT 17/10/2023, g.n.).**

E esta decisão não está isolada. Observe:

RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.467/2017. RECLAMANTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PENSÃO VITALÍCIA. INCAPACIDADE PARA ATIVIDADE ANTERIORMENTE EXERCIDA. 1 - O art. 950 do Código Civil prevê que “*Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu*”. 2 - Esta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que a indenização por danos materiais é definida a partir da elaboração de cálculos, que devem ter por base o percentual de redução da capacidade de trabalho para o qual o trabalhador se inabilitou. 3 - **Assim, quando há redução da capacidade de trabalho, o valor da pensão deverá ser proporcional à depreciação auferida e o cálculo da indenização deve ser apurado com base na incapacidade para o exercício de ofício ou profissão anteriormente exercido pelo trabalhador, e não para o mercado de trabalho em sentido amplo, devendo ser avaliada a situação pessoal da vítima.** 4 - Acrescente-se que o fato de o empregado estar apto a desempenhar atividades diferentes da-

quelas que exercia anteriormente, podendo desenvolver outras funções, não afasta a efetiva perda da capacidade para o exercício de seu ofício ou profissão. Nesse sentido, preleciona José Affonso Dallegre Neto: *“O legislador considerou ‘o próprio ofício’ ou a ‘profissão praticada’ pelo acidentado como critério para aferir o grau de incapacidade e, por conseguinte, fixar o valor da pensão. Assim, pouco importa o fato de a vítima vir a exercer outra atividade afim ou compatível com sua depreciação. Não se negue que o pensionamento é expressão de indenização decorrente do risco criado ou de ato ilícito praticado pelo empregador que vitimou seu empregado. Portanto, está correto o silogismo adotado pelo legislador. (...) Deveras, a indenização devida leva em consideração o prejuízo específico, sendo irrelevante a eventual procura de outro trabalho pela vítima, conforme observa Caio Mário da Silva Pereira: ‘Uma cantora que perde a voz, pode trabalhar em outra atividade; um atleta que perde a destreza não está impedido de ser comentarista. Uma e outro, no entanto, sofrem a destruição inerente à sua atividade normal. A indenização a que fazem jus leva em consideração o prejuízo específico, uma vez que a procura de outro trabalho é uma eventualidade que pode ou não vir a ser*” (Responsabilidade Civil no Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2014; g.n.).

5 - Nessa linha, a jurisprudência da SBDI-1 do TST é de que, em regra, a pensão mensal deve ser equivalente a 100% da remuneração quando há incapacidade total para as atividades exercidas e incapacidade parcial para o trabalho. Julgado. Após os diversos pronunciamentos da SBDI-1 do TST, reformulei meu posicionamento inicial sobre a interpretação do art. 950 do Código Civil, especialmente nos casos em que a incapacidade total para as atividades exercidas atinge trabalhadores de baixa qualificação, o que torna dificultosa a busca por melhores condições de emprego, seja externamente, seja na própria empresa. Julgado. Outros julgados desta Corte, abordando inclusive a questão do nexa concausal.

6 - No caso, o Regional consignou que “conforme se depreende do laudo, a incapacidade é total para a função anteriormente exercida, e definitiva”. Todavia, prevaleceu a tese de que, considerando a redução definitiva de 25% da capacidade laborativa do empregado (para o trabalho em geral) e a existência de nexa concausal, a redução é de 12,5%.

7 - Deve ser provido para determinar o pagamento da pensão mensal equivalente a 50% da remuneração (concausa) recebida na função anteriormente exercida pelo reclamante.

8 - Recurso de revista a que se dá provimento. (RR-2110-15.2017.5.09.0029, 6ª Turma, Relatora Ministra Katia Magalhaes Arruda, DEJT 27/10/2023). (não sublinhado no original).

No mesmo sentido:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE INTERPOSTO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2014 1 - DOENÇA OCUPACIONAL. INCAPACIDADE LABORATIVA PARA AS TAREFAS EXERCIDAS AO TEMPO DA LESÃO. READAPTAÇÃO. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. PENSÃO MENSAL. FIXAÇÃO DO PERCENTUAL. Nos termos do art. 950 do Código Civil, para fins de concessão da pensão mensal e fixação de seu valor, deve-se levar em conta o trabalho para o qual o obreiro se inabilitou, ou seja, o ofício desempenhado ao tempo da lesão, não refletindo no direito à indenização (pensionamento) tampouco em sua quantificação o fato de o obreiro ter sido reabilitado em outra função. No caso em tela, consta, na decisão recorrida, que, segundo o perito judicial, a redução da capacidade laboral obreira foi em 12,5%. É incontroverso que o reclamante foi readaptado e não pode mais exercer as atividades inerentes à função para o qual fora contratado (carteiro motorizado), o que o torna definitiva e integralmente incapaz para o exercício de sua atividade profissional, sendo-lhe devido o pensionamento vitalício no valor de 100% da última remuneração recebida com as devidas repercussões, em atenção ao princípio da reparação integral que envolve o instituto. Recurso de revista conhecido e provido. 2 - DOENÇA PROFISSIONAL. AFASTAMENTO. INDENIZAÇÃO EQUIVALENTE AOS VALES-REFEIÇÃO /ALIMENTAÇÃO. Pelo que se depreende do acórdão regional, a reclamada manteve o pagamento do auxílio alimentação (em todas as suas denominações) durante 90 dias, conforme estabelecido do acordo coletivo em vigor à época do afastamento do reclamante. Para acolher a pretensão do reclamante e reconhecer que o acordo coletivo previa a extensão do benefício para além do período concedido, de 90 dias, seria necessário o revolvimento de fatos e provas. Incidência da Súmula 126 do TST. Recurso de revista não conhecido.” (RRAg-179-18.2013.5.06.0411, 8ª Turma, Relatora Ministra Delaíde Alves Miranda Arantes, DEJT 03/10/2022).

Este também é o posicionamento da 2ª Turma do TST, que pode ser conferido por meio da decisão abaixo transcrita:

RECURSO DE REVISTA DO RECLAMANTE. INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. ACIDENTE DO TRABALHO. LESÃO PERMANENTE NA COLUNA CERVICAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PENSÃO MENSAL. INCAPACIDADE PARA A FUNÇÃO ANTERIORMENTE EXERCIDA. FIXAÇÃO DO PERCENTUAL DA PENSÃO MENSAL. Na hipótese, foi deferida ao reclamante indenização por danos materiais na forma de pensão mensal no importe de 15% do seu salário, considerada a incapacidade da reclamante para as atividades em geral, de acordo com a tabela SUSEP. Extrai-se do acórdão regional que o reclamante sofreu acidente de trabalho e adquiriu lesão permanente na coluna cervical, bem como, após o acidente, foi colocado para trabalhar em outra atividade compatível com a nova si-

tuação e com a capacidade laboral do autor. Com relação ao valor da pensão mensal, a lei civil fixa critérios relativamente objetivos para a fixação da indenização por danos materiais, que pode abranger: a) as despesas de tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença (artigo 949 do Código Civil); b) a reparação de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido (artigos 949 do Código Civil); e c) o estabelecimento de uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu (artigo 950 do Código Civil). Assim, quando da doença ocupacional resulta a incapacidade de trabalho, hipótese dos autos, **o valor da indenização deve ser apurado com base na incapacidade para o exercício de ofício ou profissão anteriormente exercida pelo trabalhador, e não para o exercício de outras profissões**, devendo ser avaliada também a situação pessoal da vítima e a capacidade econômica do empregador. Com efeito, a pensão tem como finalidade reparar o dano que impossibilitou o empregado de exercer sua profissão, ou que lhe diminuiu a capacidade de trabalho, a qual corresponderá à importância do trabalho para que se inabilitou ou da depreciação que ele sofreu. Essa é a melhor interpretação a qual se atribui ao artigo 950 do CCB. Traduz a intenção do legislador com a edição da norma e dá efetividade ao princípio da restitutio in integrum, no sentido da natureza jurídica reparatória da pensão mensal. Precedentes. Assim, sendo indubitável que, na hipótese, o reclamante encontra-se permanentemente incapacitado para o trabalho realizado anteriormente, a indenização por danos materiais, na forma de pensão mensal, deve ser calculada à razão de 100% da última remuneração do reclamante. Recurso de revista conhecido e provido. (RRAg-33000-14.2005.5.02.0461, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 29/04/2022). (g.).

Na Subseção I – Especializada do TST, este entendimento também encontra ressonância. Veja:

EMBARGOS SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. ACIDENTE DE TRABALHO TÍPICO COM LESÃO NA COLUNA VERTEBRAL. INCAPACIDADE TOTAL E DEFINITIVA PARA O DESEMPENHO DA ATIVIDADE DE ESTIVADOR. SÚMULA 296, I, DO TST. INESPECIFICIDADE DOS ARESTOS. Na hipótese, a Eg. 3ª Turma registrou, com amparo no quadro fático delineado pelo Tribunal Regional, a incapacidade total e permanente do Autor para o desempenho da função de estivador, atividade exercida antes do acidente de trabalho, e a existência da culpa da Recorrente no evento. Destacou, com fulcro no art. 950 do Código Civil, que o dever de indenizar não requer a incapacidade para todo e qualquer trabalho, sob pena de atribuir à vítima o ônus de arcar com o prejuízo causado pela conduta ilícita do ofensor. Nesse esteio, verifica-se que o acórdão Turmário foi proferido em conformidade com a jurisprudência deste Tribunal, no sentido de que a

redução da capacidade laborativa com **incapacidade total em relação ao labor desempenhado implica pensão equivalente à importância do trabalho para o qual o trabalhador inabilitou-se (100%)**. Incidência do óbice previsto no artigo 894, §2º, da CLT. Precedentes. Recurso de embargos não conhecido” (E-ED-RR-126500-24.2008.5.02.0302, **Subseção I Especializada em Dissídios Individuais**, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 17/12/2021, g.n.).

Por fim, os Tribunais Regionais também estão acatando esta tese. É o caso da decisão proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho - TRT, da 9ª Região, que segue a mesma linha de raciocínio. Confira:

ART. 950 DO CC. ACIDENTE DE TRABALHO. INCAPACIDADE TOTAL PARA O OFÍCIO OU PROFISSÃO. PENSÃO MENSAL DEVIDA INDEPENDENTEMENTE DE EVENTUAL READAPTAÇÃO DO AUTOR. A indenização a que tem direito o obreiro considera a incapacidade para a função e não para o trabalho em geral, prestando-se à reparar o dano material sofrido (Art. 950 do CC). Portanto, devido o pagamento de pensão mensal vitalícia, independentemente de eventual readaptação do autor em função compatível com sua limitação. Nessa esteira, faz jus o reclamante à percepção do percentual de 100% dos vencimentos na apuração da pensão mensal vitalícia, pois sua capacidade para a função que exercia habitualmente foi prejudicada nesta proporção de forma permanente. Recurso da parte autora ao qual se dá provimento no particular. (TRT-9 - ROT: 00004295720195090411, Relator: ARCHIMEDES CASTRO CAMPOS JUNIOR, Data de Julgamento: 29/06/2023, 5ª Turma, Data de Publicação: 14/07/2023)

CONCLUSÃO

Das ementas mencionadas, é possível extrair a conclusão de que, havendo incapacidade total para o exercício da função em razão de acidente de trabalho típico ou de doença profissional e do trabalho a ele equiparadas, a indenização por dano material será total, isto é, pensão mensal equivalente a 100% da remuneração do trabalhador, salvo em se tratando de concausa quando então o percentual será reduzido à metade (50%).

Nas hipóteses em que a incapacidade para a função for parcial, a indenização por dano material corresponderá ao percentual equivalente à sua depreciação, sempre considerando a função exercida e não o mercado de trabalho em geral.

Por fim, a incapacidade total ou parcial acarretará pensão mensal enquanto durar. Nos casos de incapacidade permanente a pensão será vitalícia, exceto se o trabalhador falecer em decorrência do acidente, circunstância que acarretará indenização aos sucessores, levando em conta a tábua de expectativa de vida divulgada pelo IBGE.

REFERÊNCIAS

BRASIL, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: < <https://tst.jus.br/> >. Acesso: 22.setembro.2024.

FIUZA, Ricardo. *Código Civil Comentado*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Submissão: 29.setembro.2024

Aprovação: 31.outubro.2024

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DO MARCO LEGAL DAS GARANTIAS – ECONOMIA PARA INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E MAIOR FOMENTO AO CRÉDITO NACIONAL

*Tax Aspects of the Legal Framework for
Guarantees – Cost Savings for Financial Institutions
and Enhanced Promotion of National Credit*

Rafael Spínola Castro¹
Thaylan Granzotto²

ÁREAS: Direito Tributário. Direito Civil. Direito Registral Imobiliário.

RESUMO: Durante muitos anos, a hipoteca foi amplamente utilizada no sistema financeiro e habitacional nacional como a principal garantia das operações imobiliárias. Em 1997, houve o surgimento da alienação fiduciária imobiliária. Considerando a alta da inflação na economia, o aumento da inadimplência e a demora da execução judicial do crédito hipotecário, a hipoteca foi perdendo força, tendo ocorrido sua maior derrocada em 2005, com a edição da súmula 308 pelo STJ. Desde então, as instituições financeiras passaram a utilizar a alienação fiduciária como a regra geral de garantia imobiliária, dada sua maior segurança e rapidez de execução. Entretanto, no final de 2023, houve a criação do Marco Legal das Garantias, que alterou significativamente a dinâmica das garantias reais e suas respectivas execuções. Analisando esta nova lei, identificamos uma maior segurança jurídica para o sistema de crédito, como um todo, por meio de processos de execução mais céleres e menos onerosos, trazendo economia, inclusive tributária,

¹ Tabela de Notas no Cartório de Ipiguá-SP. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidad Social Del Museo Argentino (Buenos Aires - Argentina). Professor convidado da USP (FDRP) na pós-graduação em Direito Notarial e Registral. Pós-graduado em Direito Civil e Imobiliário pela Universidade Anhanguera. Pós-graduado em Direito Notarial e Registral pelo Instituto Brasileiro de Estudos (IBEST - Faculdade Arthur Thomas - PR). Endereço eletrônico: rafael.cartorio@terra.com.br. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/2184551012138205>>. Advogado tributarista do grupo Rodobens S.A. Pós-graduando em Direito Tributário pela PUC-Minas. Endereço eletrônico: granzotto.thaylan@gmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0614987009745231>>.

² Advogado tributarista do Grupo Rodobens S.A. Pós-graduando em Direito Tributário pela PUC-Minas. Endereço eletrônico: granzotto.thaylan@gmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0614987009745231>>.

para as instituições financeiras, com alto potencial de fomento ao crédito para a população. O presente artigo tem como objetivo examinar a Lei 14.711/2023 (Marco Legal das Garantias), compará-la com a legislação anterior, com enfoque tributário sobre as garantias da hipoteca e da alienação fiduciária, analisando a jurisprudência e os tributos que incidem sobre as operações patrimoniais (ITBI, IPTU e IPVA), para identificar melhores modelos de negócios e contratos, visando economia tributária com segurança, e por fim, estimar possíveis impactos no mercado de crédito, sobretudo imobiliário. A metodologia adotada pelos autores, quanto ao procedimento, é a bibliográfica (em que se analisa a legislação, a jurisprudência, a produção acadêmica e a literatura a respeito do tema), quanto à abordagem, é a qualitativa (busca-se valorar os modelos estudados para firmar juízos e emitir conclusões assertivas) e quanto à natureza, é a aplicada (busca-se solucionar problemas práticos e gerar conhecimento aplicável e replicável, para advogados, analistas, consultores, empresários, contadores e demais profissionais envolvidos nas operações de crédito financeiro).

PALAVRAS-CHAVE: Marco Legal das Garantias. Hipoteca. Alienação Fiduciária. IPTU. ITBI. IPVA.

ABSTRACT: For many years, mortgages were widely used in the national financial and housing systems as the primary form of collateral for real estate transactions. However, the introduction of fiduciary transfer for real estate in 1997 marked a turning point. With rising inflation, increasing defaults, and delays in the judicial enforcement of mortgage credit, the use of mortgages began to decline, culminating in their sharpest drop in 2005 following the issuance of Precedent 308 by the Superior Court of Justice (STJ). Since then, financial institutions have predominantly adopted fiduciary sale as the standard for real estate collateral due to its greater security and faster execution process. At the end of 2023, the introduction of the Legal Framework for Guarantees significantly reshaped the dynamics of real guarantees and their enforcement mechanisms. An analysis of this new law reveals enhanced legal certainty for the credit system, streamlined and less costly enforcement processes, and resulting cost and tax savings for financial institutions. These changes hold high potential for expanding access to credit for the population.

This article aims to examine Law 14,711/2023 (the Legal Framework for Guarantees) by comparing it with prior legislation, focusing on the tax implications of mortgage and fiduciary sale guarantees. It analyzes jurisprudence and taxes associated with property transactions (such as ITBI, IPTU, and IPVA) to identify optimal business models and contracts that balance tax efficiency with legal certainty. Finally, the study estimates the potential impacts of these changes on the credit market, particularly in real estate. The methodology employed is bibliographic, involving the analysis of legislation, jurisprudence, academic works, and literature on the subject. The approach is qualitative, aiming to evaluate the studied models to make judgments and provide assertive conclusions. This applied research seeks to address practical challenges and generate actionable and replicable knowledge for professionals such as lawyers, analysts, consultants, entrepreneurs, accountants, and others involved in financial credit operations.

KEYWORDS: Legal Framework of Guarantees. Mortgage. Fiduciary Sale. IPTU. ITBI. IPVA.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Hipoteca e Alienação Fiduciária. 2. Tributação. 3. Marco Legal das Garantias. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

Visando diminuir o déficit habitacional e efetivar o direito à moradia, presente na Constituição Federal (Art. 6º), várias políticas públicas foram criadas pelo governo nacional. Uma delas foi a criação do Sistema Financeiro de Habitação (SFH), pela Lei 4.380/1964. Junto ao SFH, na Lei 4.380/64, foi criado o Banco Nacional de Habitação (BNH), que utilizava recursos da caderneta de poupança e do FGTS para realizar financiamento habitacional de longo prazo.

No entanto, no final da década de 80, o BNH foi extinto em decorrência do colapso do sistema financeiro imobiliário, ocasionado pela alta inadimplência. Inadimplência esta, por sua vez, causada pela grave crise que vivia o país, com alta inflação, decorrente da crise do petróleo e da alta dívida externa. Os devedores (mutuários) não conseguiam arcar com o alto aumento das prestações e com os altos índices de correção dos saldos devedores.

Neste período, a garantia utilizada pelas instituições financeiras para lastrear o crédito imobiliário era basicamente a hipoteca, que existe no país desde 1843. No Código Civil de 1916, houve um capítulo próprio para tratar da hipoteca, previsto nos artigos 809 a 855.

Após a crise ocorrida no SFH, em 1997, a Lei 9.514/97 cria o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) e, junto a ele, a garantia real da alienação fiduciária, que até então só existia para bens móveis. Essa criação se deu para fomentar o mercado imobiliário e a habitação nacional. A Lei 9.514/97 trouxe a alienação fiduciária como uma nova garantia muito mais interessante para as instituições financeiras, porque permitia (e ainda permite) sua execução, no caso de inadimplemento/mora, de maneira extrajudicial com muito mais celeridade e menor custo. Pois um grande problema que ocorria com a hipoteca, na hora de executá-la, eram os gastos judiciais (com advo-

gado, taxas e custas judiciais), em que o processo tramitava por anos até se resolver.

Desse modo, a alienação fiduciária agilizou muito a execução da garantia e de maneira muito menos onerosa. Além do fato da alienação fiduciária ser mais interessante do ponto de vista financeiro e operacional, para as instituições financeiras, trazendo maior segurança jurídica para o mercado de financiamento imobiliário, outro fato que afastou as instituições financeiras da hipoteca foi a edição da súmula 308 pelo STJ.

De modo bastante sintético e simplório, a súmula 308 foi editada no contexto de operações triangulares, que envolviam: a) construtoras/incorporadoras; b) agentes financeiros; c) adquirentes de boa-fé. O caso central envolvia a empresa ENCOL, construtora e incorporadora imobiliária de Goiás, que faliu por ingerência e suspeita de fraude contra o sistema financeiro. A incorporadora tomava empréstimo de bancos para realizar empreendimentos e estes imóveis eram hipotecados como garantia. Porém, os valores recebidos de determinados empreendimentos eram utilizados em outros, de modo que os contratos com os bancos não eram quitados e, ao buscar judicialmente a execução da garantia hipotecária, o judiciário se deparava com imóveis na posse de adquirentes de boa-fé, que haviam quitado seu contrato com a incorporadora.

Anteriormente à súmula, havia decisões que consideravam como critério para que a instituição financeira pudesse ou não executar a garantia em posse de terceiro, o momento da promessa de compra e venda: se fosse antes da hipoteca, não haveria o direito; se depois, haveria. Então, depois de diversos processos semelhantes tramitarem em vários tribunais do país, o STJ ementou a seguinte súmula: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”, e definiu-se que o momento era irrelevante, tendo o terceiro adquirente boa-fé presumida.

Tendo em vista que na hipoteca a venda é permitida pelo mutuário e na alienação fiduciária, não, as instituições financeiras, que já haviam começado a utilizar a alienação fiduciária devido a sua rapidez e baixo custo de execução, viram nesta garantia uma segurança jurídica bastante superior à hipoteca.

Desde o surgimento da alienação fiduciária e da criação do SFI, com a Lei 9.514/97, o mercado imobiliário cresceu bastante no país, saindo de 1,5% do PIB, em 2003, para 10,25% hoje, em 05/2024. Nesse período houve oscilações, o crescimento não foi linear e ininterrupto, vale pontuar. De 2002 a 2014, houve crescimento contínuo, seguido de queda nos três anos seguintes (2015, 2016 e 2017). Contudo, em 2018 o financiamento imobiliário voltou a crescer, chegando a seu ápice em 2021, seguido por nova queda em 2022 e 2023.

O crescimento do mercado imobiliário é real e notável. Não obstante, apesar de todo este crescimento, de acordo com o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), quase 10% dos domicílios brasileiros possuem estrutura precária e o déficit habitacional é significativo, de modo que milhões de famílias precisam dispor de grande parte de sua renda com aluguel. O referido instituto realizou uma pesquisa, em 2020, onde concluiu que comprar um imóvel é mais vantajoso do que alugar em pelo menos 2/3 dos casos. Analisando o mercado nacional, mesmo considerando a taxa de juros dos financiamentos e a inflação e as diversas variáveis do mercado, constata-se que a longo prazo o financiamento de um imóvel próprio é mais vantajoso.

Novamente em 2023, houve alteração nas garantias reais com a criação do Marco Legal das Garantias (MLG), por meio da Lei 14.711/2023. Esta Lei fomenta a política habitacional na medida em que promove o crédito, ao trazer maior celeridade, economia e segurança jurídica às relações. Isso porque, embora a alienação fiduciária tenha modernizado o sistema de crédito imobiliário e mobiliário, ainda há problemas e custos que encarecem o crédito e sua execução, como os custos tributários com o ITBI (para a consolidação da propriedade resolúvel na execução extrajudicial) e/ou com o IPTU (no caso de imóveis) ou com o IPVA e multas (no caso de automóveis), que são cobrados da instituição financeira na condição de proprietária resolúvel do bem, enquanto credora fiduciária. Como consequência desses riscos tributários, que são efetivos encargos, despesas para o negócio, as instituições financeiras aumentam os juros e diminuem o crédito.

O novo MLG (Marco Legal das Garantias) inovou nas garantias reais, sobretudo na hipoteca, e resolveu este problema na medida em que a utilização da hipoteca afasta o ITBI e o IPTU do credor hipotecante e permite executar mais rapidamente o bem móvel alienado fiduciariamente, no caso

dos veículos, diminuindo os riscos e custas com IPVA e multas, mediante execução extrajudicial da garantia.

1. HIPOTECA E ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Antes de nos debruçarmos sobre as questões tributárias, importante é definir as bases da hipoteca e da alienação fiduciária, não como mera repetição de conceitos, mas como forma de delimitar com precisão os objetos para trabalhar com rigor sobre eles.

A hipoteca é um direito real de garantia sobre coisa alheia, de natureza civil, indivisível (grava o bem em sua totalidade), que é embasada em dois princípios: a publicidade (para ser considerada efetivamente um direito real, deve ser registrada em cartório para produzir eficácia *erga omnes*) e a especialização (refere-se sobre um bem específico, indicado por suas características que o identificam por natural e *ope legis*, atributo de infungibilidade inerente aos bens imóveis), além de assegurar o direito de sequela ao seu titular (direito de buscar a coisa onde quer que ela esteja e independente de com quem esteja, sendo assim, oponível *erga omnes*). Esta garantia permanece vigente em favor do credor até que a dívida seja extinta.

No caso da venda do imóvel hipotecado, a dívida acompanha o bem e o adquirente deve entregar o imóvel caso não haja o pagamento (Art. 1.479 do CC):

Existem três tipos de hipoteca: a convencional (firmada em contrato), a legal (firmada em lei) e a judicial (firmada em decisão judicial). Abordaremos aqui somente a convencional. A hipoteca convencional decorre de um acordo de vontade entre partes (credor hipotecário e o devedor principal ou terceiro hipotecante). O direito de sequela indica a permissibilidade de alienação do bem hipotecado, o que revela ser um bom benefício para o devedor. Um ponto negativo da hipoteca é que no caso de falência, a hipoteca é preterida pelos créditos trabalhistas de até 150 salários-mínimos (Art. 83 da Lei 11.101/2005).

A alienação fiduciária, por sua vez, também é um direito real de garantia em que o credor possui a propriedade resolúvel (a garantia e o contrato se resolvem, se encerram, consolidando a propriedade em favor do credor,

no caso de inadimplemento do devedor fiduciante). O credor fiduciário tem direito de sequela para excutir o bem e satisfazer o crédito no caso de inadimplemento.

O professor Melhim Namen Chalhub descreve a alienação fiduciária como garantia real *sui generis*, pois não está prevista no título de direitos reais, mas tampouco pode ser classificada como propriedade do credor:

A nova redação do art. 1.367 do Código Civil afasta em definitivo a possibilidade de qualquer equívoco quanto à natureza jurídica da propriedade fiduciária, deixando claro que, por exercer função de garantia, esse direito real vincula o bem ao cumprimento de determinada obrigação (CC, art. 1.419) e priva o credor de fruição ou apropriação da coisa (CC, arts. 1.365 e 1.428). Assim, tal como nos demais direitos reais de garantia, a posse e a fruição do bem objeto de propriedade fiduciária são atribuídos com exclusividade ao devedor fiduciante e, no outro polo da relação jurídica, o Código Civil restringe os poderes do credor fiduciário mediante (i) vinculação do bem ao cumprimento da obrigação, e não à pessoa do credor (CC, art. 1.419),¹⁷ (ii) vedação ao pacto comissório, que impede o credor de ficar com a coisa objeto de propriedade fiduciária se a dívida não for paga no vencimento (CC, art. 1.365),¹⁸ e (iii) obrigação de vender o bem, judicial ou extrajudicialmente, para pagar-se em dinheiro, entregando ao devedor o saldo, se houver (CC, art. 1.364).

Assim, verifica-se que tanto a hipoteca quanto a alienação fiduciária são garantias reais relacionadas a algum bem que fica atrelado a um contrato com a instituição financeira, em troca de um empréstimo/financiamento em favor do devedor. O bem, objeto da garantia, não pode ser classificado como propriedade do credor, porque se trata de uma garantia relacionada a um valor, expresso em dinheiro, que a instituição financeira emprestou ao fiduciante. E em ambos os casos quem tem o *animus domini* é o devedor.

No caso da hipoteca isso é mais perceptível, tendo em vista que o imóvel pode ser alienado/vendido. Já na alienação fiduciária, pelo fato de o bem não poder ser vendido, enquanto o contrato não for resolvido ou quitado, a propriedade formal parece estar com o credor. Mas não está, pois a propriedade é caracterizada, cumulativamente pelos poderes de: uso, gozo, fruição, disposição e reivindicação (Art. 1.228 do CC/02). E o credor, tanto hipotecário quanto fiduciário, não possuem senão o direito de sequela, que se assemelha

ao direito de reivindicação, mas somente existe em potência, para evento futuro, quando houver a constituição da mora e o contrato for resolvido.

Cada uma dessas garantias possui vantagens e desvantagens comparativas. Para o devedor, a hipoteca é mais vantajosa sob a perspectiva de poder alienar o bem, até mesmo para quitar a hipoteca, por exemplo; ao passo que para o credor, a alienação fiduciária era mais interessante que a hipoteca (antes do MLG), porque com ela podia-se evitar o processo de execução judicial, em um processo mais célere e menos oneroso. No caso da hipoteca, outro ônus para o credor é o fato de poder ter a garantia preterida para saldar dívidas preferenciais no concurso de credores no caso de falência empresarial, o que também torna esta garantia menos interessante, pois a preferência dos credores garantidos, embora estabelecida por lei, não é absoluta e sofre algumas restrições, especialmente quando há incidência de créditos superpreferenciais, como os créditos trabalhistas e os decorrentes de acidente de trabalho (art. 83, inciso I). Esses créditos têm prioridade absoluta sobre os créditos garantidos, ainda que os titulares de garantias reais tenham o direito de serem pagos com o produto da alienação do bem.

Outra questão importante é a presença de créditos tributários que também podem interferir na satisfação integral do crédito garantido. Embora os créditos tributários venham depois dos créditos garantidos na ordem de preferência, tributos incidem diretamente sobre o bem e muitas vezes são exigidos dos credores.

Após nos debruçarmos sobre a tributação que incide sobre as operações envolvendo bens móveis e imóveis, objetos das garantias analisadas aqui (hipoteca e alienação fiduciária) e sobre o Marco Legal das Garantias, voltaremos a pontuar, de maneira mais completa e atualizada, as vantagens e desvantagens de ambas as garantias.

2. TRIBUTAÇÃO

No fim da introdução deste artigo, indicamos riscos e custos tributários envolvendo as operações de crédito. Estes riscos e custos são específicos da alienação fiduciária, cuja garantia é feita por meio de bens móveis (automó-

veis) ou imóveis. Referem-se ao IPTU, ITBI e IPVA. Mas há, também, riscos não tributários, como multas de trânsito, relacionados à alienação fiduciária.

Pelo fato de a instituição financeira constar no documento do bem (matrícula de imóvel ou CRV/DUT do automóvel) e ser economicamente mais forte que o devedor fiduciante, e pelo fato de a Constituição não definir o conceito de propriedade, os Fiscos municipais (no caso do IPTU) e estaduais (no caso do IPVA) possuem em sua legislação normas que abrangem indevidamente os credores fiduciários como sujeitos passivos desses tributos, classificando-os como proprietários sem fazer distinção entre proprietários plenos e detentores de propriedade resolúvel (garantia que pode transferir a propriedade do bem ao credor em caso de inadimplência do devedor).

O IPTU tem como fato gerador a propriedade imobiliária urbana e a posse ou domínio útil (Art. 156, I da CF e Art. 29 do CTN). Como dito, a definição de propriedade não é trabalhada na Constituição nem no Código Tributário Nacional (CTN); ela é expressa no Código Civil, em seu artigo 1.228, que explicita a propriedade exatamente como a expressão do domínio útil, ou seja, como o acúmulo dos direitos de: uso, gozo, fruição, disposição e reivindicação. Não é por outra razão que a lei 13.043/14 incluiu no Código Civil o parágrafo único do artigo 1.368-B que revela que o IPTU e demais tributos só serão devidos pelo credor fiduciário quando ocorrer a transferência da propriedade plena em seu favor (seja pela consolidação, adjudicação, recebimento em dação ou outra forma). E em 2023 a lei 14.620/23 incluiu na lei específica de alienação fiduciária (lei 9.514/97) o parágrafo 2º do artigo 23, que traz como obrigação do fiduciante o pagamento do IPTU.

Com relação à incidência do IPTU sobre a posse, não se trata do mero uso, gozo e fruição que o locatário tem do bem imóvel. A posse sobre a qual incide o IPTU é justamente aquela exercida com *animus domini*, por aquele que age como dono, por exemplo: o promitente comprador. E isso tudo é completamente de acordo com a lógica do sistema tributário, tendo no princípio da capacidade contributiva (Art. 145, §1º da CF) sua forma. Pois não faz sentido que a quem não é dado o uso, o gozo e tenha a possibilidade de extrair do bem recursos, ter de arcar com os tributos que incidem sobre a capacidade econômica daquele bem. Nesse sentido, o artigo 27, §8º da lei de alienação fiduciária também reitera que os tributos relativos ao imóvel são de responsabilidade do devedor fiduciante.

Importante pontuar que o legislador, ao deixar expresso na lei específica de alienação fiduciária que os tributos são de responsabilidade do devedor, não está utilizando a lei civil para tributar ou criar ou alterar previsão de responsabilidade tributária; está somente explicitando a natureza das operações e deixando mais claro o que significa ser proprietário. Daí porque o CTN veda a atribuição de conceitos (Art. 110), pois é o direito civil a fonte dos institutos jurídicos sociais. Assim é que prevalecem as leis especiais naquilo que têm de específico (Art. 1.368-A do CC/02).

O já citado professor Chalhub é bastante feliz ao afirmar que a natureza da “propriedade fiduciária” não é de propriedade, mas de garantia:

Em relação à garantia fiduciária, a neutralidade decorre da própria natureza dos direitos reais de garantia, pois a propriedade fiduciária é constituída mediante articulação dos elementos essenciais dessa categoria de direitos, isto é, (i) o crédito garantido, que é o direito principal, e (ii) a vinculação de determinado bem ao cumprimento da obrigação, mediante contrato acessório ao de crédito. Nessa configuração, o direito que integra o ativo do credor (proprietário fiduciário) é o direito de crédito, e não o direito de propriedade sobre o bem objeto da garantia; esse direito, de natureza resolúvel, constitui apenas uma garantia e não integra o ativo do patrimônio do credor-fiduciário, como ocorre em relação a qualquer outra espécie de garantia.

O ilustre professor demonstra que o imóvel objeto da garantia não incrementa o patrimônio do credor e por isso possui natureza neutra. Disso tudo se deduz que o termo “propriedade”, da expressão “propriedade fiduciária”, é equívoco. A garantia imobiliária não é propriedade do credor fiduciário. Se fosse: a) não haveria a consolidação da propriedade em favor deste com a efetiva transferência, sobre a qual incide ITBI, quando ocorre a resolução do contrato; b) não haveria vedação ao pacto comissório (proibição do credor receber o bem do fiduciante para saldar a dívida); c) os bens entrariam no estoque ou no ativo imobilizado da contabilidade da instituição financeira, não obstante estes valores são contabilizados em Contas a receber, quando o fiduciante da instituição financeira está adimplente, ou na conta contábil de BNDU (Bens Não de Uso), quando após o fiduciante estar inadimplente a propriedade resolúvel (leia-se: garantia) se consolida.

Nos casos de bens móveis, mais especificamente automóveis, sobre os quais incide IPVA (Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores),

além dos motivos já expressos, menos razão ainda tem os Estados em classificá-los como sendo de propriedade do credor fiduciário. Pois tratando-se de bens móveis, a propriedade é transferida mediante simples tradição (Art. 1.267 do CC). Não obstante, o credor fiduciário sofre com protestos e execuções fiscais decorrentes de débitos de IPVA e também com multas de trânsito.

A lei de alienação fiduciária sobre bens móveis (Decreto Lei 911/69) não veda a execução da garantia de maneira extrajudicial. Mas, para que haja a execução da garantia (automóvel), é necessário que o bem esteja na posse do credor. No caso de automóveis, a realidade fática, em regra, é que o bem fica na posse do devedor e este, quando está em mora, não o entrega amigavelmente. Então é necessário que o credor ajuíze uma ação de busca e apreensão. Apesar de atualmente esta execução judicial estar mais célere, exigindo do credor para o deferimento da liminar a simples comprovação de notificação do devedor (carta com AR registrado sem necessidade de recebimento pessoal pelo devedor) o custo de tal medida muitas vezes não é interessante e outras vezes o resultado é ineficaz, seja pela não localização do bem, seja pelo seu perecimento.

Com relação ao ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis Inter Vivos), ele é cobrado pelos Municípios (e pelo Distrito Federal) de onde está localizado o imóvel, quando há a transferência da titularidade. A sua incidência ocorre, na prática, quando há a consolidação da propriedade em favor do credor fiduciário. Chalhoub defende que sobre a consolidação não deveria incidir ITBI, pois a Constituição prevê imunidade de ITBI sobre direitos reais de garantia e a Lei geral do ICMS (Lei Kandir) também isenta as operações de alienação fiduciária da incidência do imposto, que tem como fato gerador a transferência de titularidade (o mesmo fato gerador do ITBI, só que no caso do ICMS a incidência é sobre mercadoria e, no ITBI, é sobre transferência de imóvel à título oneroso).

Vejamos o texto na Constituição:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, **exceto os de garantia**, bem como cessão de direitos a sua aquisição (Negritos nossos).

Agora vejamos o que diz a Lei Kandir:

Art. 3º O imposto não incide sobre: VII - operações decorrentes de alienação fiduciária em garantia, **inclusive a operação efetuada pelo credor em decorrência do inadimplemento do devedor** (Negritos nossos).

De fato, o autor está correto em seu raciocínio. Os Municípios e o DF não poderiam exigir o ITBI no momento da consolidação da propriedade, posto que o credor fiduciário não teria todas as características e atributos de proprietário (uso, gozo, poder de fruição e poder de disposição), já que não poderá, após ocorrida a consolidação, fruir do bem (um dos atributos essenciais da propriedade) e que a estrutura tributária (a exemplo do dispositivo constitucional e do dispositivo da lei Kandir, citados acima) vê na consolidação não uma efetiva transferência, mas sim uma imposição legal da lei de alienação fiduciária, para que o credor alcance a efetivação da sua garantia e o pagamento do contrato, o que não se confunde com a propriedade.

No entanto, o STF entendeu, no tema de repercussão geral nº 1.124, que a propriedade imobiliária, para fins de transferência, é caracterizada pelo registro em cartório, tal como disciplina o Código Civil em seus artigos 1.227 e 1.245.

Além disso, a lei de alienação fiduciária imobiliária (Lei 9.514/97) exige o pagamento do ITBI (Art. 26, §7º) para a consolidação da propriedade, para que a garantia seja executada. Então, independentemente de haver imunidade ou não incidência do ITBI, a operacionalização da execução da garantia faz com que na prática não seja possível afastar o tributo de modo ordinário.

No próximo tópico deste artigo, em que trataremos do Marco Legal das Garantias (MLG), iremos sugerir uma alternativa para afastar a incidência do ITBI para os credores.

Vale ainda mencionar que há, no STF, o tema de repercussão geral nº 1.153, em que se discute a possibilidade de cobrança do IPVA dos credores fiduciários e, no STJ, o tema repetitivo nº 1.158, que trata da possibilidade de cobrança de IPTU dos credores fiduciários. Ambos os temas estão pendentes de julgamento até o presente momento.

3. MARCO LEGAL DAS GARANTIAS

Publicada em 31/10/2023, a Lei 14.711/2023 trouxe diversas mudanças nas garantias, por exemplo: a possibilidade de alienação superveniente (o devedor pode obter novo financiamento com outra instituição financeira, utilizando o mesmo imóvel, desde que haja valor positivo entre o saldo devedor e o valor do bem), a possibilidade de recarregamento da alienação fiduciária (parecido com a alienação superveniente, mas o crédito é obtido com a mesma instituição financeira sem necessidade de firmar novo contrato, bastando aditar e realizar nova averbação na matrícula); a figura do agente de garantias (sujeito intermediário entre o credor e o devedor, contratado por aquele para gerir as garantias firmadas em operações de crédito), cláusula *cross default* na alienação fiduciária (o credor pode exigir o vencimento antecipado de todos os contratos firmados entre ele e o devedor sobre aquele imóvel), a realização de arbitragem por tabeliães de notas e várias outras mudanças.

O Marco legal das garantias promove a desjudicialização, a segurança jurídica nas relações de crédito, além de fomentar o próprio crédito e a redução da taxa de juros, de maneira indireta. A desjudicialização é promovida a partir de práticas de soluções alternativas para resolução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, de modo a diminuir os litígios judiciais, promover uma cultura mais compositiva e menos litigiosa e reduzir custos e tempo nos processos com autonomia das partes (sem prejuízo de optarem pela via judicial que foi preservada).

Questionamentos sobre a ilegitimidade da realização de arbitragem por tabeliães no Brasil, desempenhando funções próximas da jurisdição privada, não se sustentam. Tendo em vista que os tabeliães são delegados públicos, concursados, com alto nível de conhecimento técnico-jurídico, diretamente fiscalizados pelo Poder Judiciário por meio da Corregedoria do Tribunal de Justiça que realiza inspeções e correições anuais, respondem administrativamente, civilmente e criminalmente por todas as infrações cometidas. Outro ponto bastante benéfico deste modelo é a abrangência territorial dos cartórios que estão espalhados por todo país. Há diversas regiões que não possuem fórum ou tribunal, mas que possuem cartórios.

A segurança jurídica é promovida na medida em que há meios mais rápidos e baratos para executar a garantia, como a execução extrajudicial da

hipoteca, no caso de imóveis (Art. 9º da Lei 14.711/2023), desde que haja previsão expressa em contrato, sobre a qual não incide nem há risco de cobrança do ITBI e do IPTU; e a possibilidade de busca e apreensão extrajudicial de automóveis (Art. 8-C do Decreto Lei 911/69), para executar a garantia sobre a qual se cobra IPVA e multas. Estas possibilidades previstas na nova lei do MLG fomentam o crédito e a redução da taxa de juros, ampliando o acesso ao financiamento, na medida em que reduz os custos e riscos das operações de crédito para as instituições financeiras, estimulando o setor.

Conforme vimos ao longo deste artigo, a garantia da hipoteca tinha desvantagens para os credores, se comparada com a alienação fiduciária. Pois na alienação o devedor não podia (e ainda não pode) vender o imóvel, de modo que o bem imóvel parece ser uma garantia mais sólida; na alienação fiduciária, não havia (e não há) concurso entre credores (no caso de falência); e na alienação fiduciária, a execução era mais rápida e barata por ser extrajudicial. Na hipoteca, o devedor poderia alienar o bem, o qual concorria com credores em processos de insolvência empresarial e a execução da garantia era somente judicial e levava anos para se resolver. Soma-se a isto o fato de correlacionarem negativamente a hipoteca com a grande inadimplência ocorrida nos anos anteriores à criação da alienação fiduciária e do SFI, além da correlação negativa da hipoteca à súmula 308 do STJ, que veda a execução da garantia contra adquirentes de boa-fé, a hipoteca foi quase que completamente abandonada.

Porém, como expusemos, a alienação fiduciária também possui riscos e custos tributários para as instituições financeiras, que o novo Marco Legal das Garantias (MLG) resolveu. No entanto, essas oportunidades não estão sendo visualizadas pelas instituições financeiras, haja vista que, de acordo com as estatísticas do Banco Central (BACEN), mesmo após o novo MLG, a quantidade de imóveis adquiridos com hipoteca está caindo, ao passo que os imóveis adquiridos por meio de alienação fiduciária sobem.

Antes do MLG, a hipoteca praticamente só tinha desvantagens com relação à alienação fiduciária para as instituições financeiras: a) a hipoteca precisava ser registrada (e a alienação fiduciária, não necessariamente. Agora com o MLG, ambas precisam ser registradas); b) a hipoteca tinha que ser executada judicialmente e a alienação fiduciária podia ocorrer pela via extrajudicial.

Além disso, como dito, associava-se a hipoteca à inadimplência, como se a causa fosse a fragilidade ou inconsistência da garantia, mas na realidade, como demonstramos, a causa foi a crise do petróleo na década de 80 e a elevada dívida externa, que aumentaram a inflação e, conseqüentemente, a taxa de juros e o saldo devedor dos mutuários que não conseguiam saldar suas dívidas. Outra correlação negativa e injusta à hipoteca é a súmula 308 do STJ. Injusta porque sua aplicação não se restringe à hipoteca, sendo estendida inclusive para a alienação fiduciária.

As operações envolvendo “plano empresário” — o modelo de crédito que o banco empresta à construtora/incorporadora para a construção de um empreendimento — não são mais tão arriscadas quanto antes. Primeiro porque a lei passou a determinar uma série de requisitos, como certidões negativas, memorial descritivo, projeto de construção, avaliação do custo global da obra e vários outros, para a incorporadora poder lançar um empreendimento (Art. 32 da Lei 4.591/64., alterada em 2022 pela lei 14.382/22); segundo porque “obriga”, indiretamente, a incorporadora a adotar o regime de patrimônio de afetação, evitando situações semelhantes àquelas que ocorreram com a ENCOL.

Agora, após o MLG, a hipoteca possui vantagens relevantes com relação à alienação fiduciária: 1º em caso de o primeiro e o segundo leilão serem infrutíferos, permite-se ao credor realizar a venda do bem imóvel (garantia) diretamente a um terceiro sem ter que recolher o ITBI; 2º após a execução da garantia, caso haja saldo remanescente, o credor pode acionar o judiciário para realizar a cobrança (na alienação fiduciária isso não é permitido); 3º está isenta de riscos e custos tributários (IPTU e ITBI). Ademais, a hipoteca atual, pós MLG, tem outro importante e interessante benefício: permite ao credor, no caso de os leilões serem infrutíferos, vender diretamente o bem imóvel sem que haja a consolidação da propriedade (Art. 9º, §9º, II da Lei 14.711/23).

Do ponto de vista do devedor, a hipoteca é bem mais interessante, porque permite a ele a venda do bem, podendo obter recursos para quitar a hipoteca e ainda obter algum retorno lucrativo a partir da venda. Além disso, porque pode purgar a mora até o leilão (na alienação fiduciária esse prazo é menor, vai até a consolidação da propriedade).

Na falência da pessoa jurídica devedora, a posição do credor fiduciário é diferenciada. A Lei de Falências protege o credor com garantia fiduciária, garantindo-lhe preferência e destacando que os bens dados em garantia fiduciária não se sujeitam aos efeitos da falência (art. 49, § 3º, da Lei 11.101/2005). Isso significa que o bem alienado fiduciariamente não integra o patrimônio da massa falida, por força do Princípio da Separação Patrimonial, que postula que o bem imóvel alienado fiduciariamente não pertence ao devedor (massa falida), mas ao credor fiduciário. Portanto, o bem não pode ser liquidado em favor dos demais credores da falida, preservando o direito do credor fiduciário de reaver ou consolidar a propriedade do imóvel. Esta, portanto, é a única desvantagem da hipoteca para o credor, que persiste atualmente.

Vimos que a hipoteca imobiliária, agora, pode ser executada extrajudicialmente, com uma série de benefícios para as instituições financeiras e para os devedores. Dentre os benefícios daqueles está o afastamento dos riscos e custos tributários, como o ITBI e o IPTU. Já com relação ao IPVA e às multas, do ponto de vista das instituições financeiras, o MLG trouxe a previsão de que haverá a possibilidade de busca e apreensão extrajudicial dos automóveis alienados fiduciariamente (Art. 8-C, §1º da Lei 14.711/23) para a execução da garantia, depois de cumprir os requisitos que são: previsão expressa da possibilidade de busca e apreensão extrajudicial em contrato, notificação ao devedor sobre a mora, consolidação da propriedade extrajudicial, exigência do devedor a entrega voluntária do bem (art. 8º-B e 8-C do Decreto-Lei nº 911/1969).

Essa questão gerou intensas controvérsias, chegando a ocorrer o veto presidencial sobre o dispositivo, que depois foi reintegrado ao texto pelo Congresso Nacional. Esta possibilidade que a nova lei prevê tem como razão não só a desjudicialização e o fomento da economia e do crédito por meio de resoluções menos onerosas, mas também o fato de que esta celeridade se justifica na medida em que bens móveis, sobretudo automóveis, possuem alto potencial de perda e perecimento. Fato é que duas ADIs (Ação Direta de Inconstitucionalidade) foram ajuizadas no início do ano, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos do MLG que permitem a busca e apreensão extrajudicial das garantias: uma ação ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros

(ADI 7601) e outra pela Associação Nacional dos Oficiais de Justiça (ADI 7608). Ambas as associações entendem que a execução extrajudicial dos créditos é inconstitucional por representar desapropriação de patrimônio sem a observância do devido processo legal e sem respeito ao princípio da reserva da jurisdição.

Em outubro de 2023, o STF decidiu o tema de repercussão geral nº 982, sobre a possibilidade de execução extrajudicial da alienação fiduciária e fixou a seguinte tese: “É constitucional o procedimento da Lei nº 9.514/1997 para a execução extrajudicial da cláusula de alienação fiduciária em garantia, haja vista sua compatibilidade com as garantias processuais previstas na Constituição Federal”. Como a *ratio decidendi* é a mesma, é razoável esperar que o STF julgue as ADIs como improcedentes.

Importante pontuar também que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) ainda não regulamentou a questão das apreensões de automóveis pelos cartórios de registro. O procedimento deverá ser semelhante ao executado pelos oficiais de justiça, que deverá ser realizado por meio de escreventes do Registro de Títulos e Documentos (RTD).

CONCLUSÕES

O sistema de crédito financeiro é um instrumento eficaz para promoção de políticas públicas, tais como as de acesso à moradia. É necessário que haja segurança para que o sistema subsista, daí a importância das garantias que dão lastro às operações. O fato de a sociedade ser dinâmica e a economia seguir o fluxo da sociedade indica que as leis precisam de revisão e atualização constante, para se adequarem ao contexto fático social, a fim de facilitar e dar segurança às relações. Nesse sentido é que houve, na década de 90, a criação da alienação fiduciária, para superar fragilidades da garantia da hipoteca, naquele momento.

Devido às mudanças ocorridas nessas duas primeiras décadas do século XXI, o instrumento da alienação fiduciária também se mostrou problemático. Daí que o Marco Legal das Garantias renovou a hipoteca, tornando-a mais interessante, atualmente, para as operações de crédito imobiliário, se comparada à alienação fiduciária. Isso porque a hipoteca é isenta de riscos e

custos tributários (ITBI e IPTU) e o devedor tem mais liberdade com relação ao bem gravado, podendo aliená-lo para saldar sua dívida e eventualmente obter lucro na operação.

O presente trabalho demonstrou que a hipoteca é tão segura quanto à alienação fiduciária, com exceção dos empréstimos realizados com pessoas jurídicas, por causa da preferência que têm os créditos trabalhistas no processo de falência. A opção pelo instrumento hipoteca, ao invés da alienação fiduciária, tem alto potencial de economia para as instituições financeiras que parecem não estarem tão atentas, ainda, para isto.

O novo Marco Legal das Garantias (MLG) é uma inovação bastante interessante e importante, com alto potencial de desjudicialização, que tende a gerar maior rapidez nas execuções, diminuição de custos, segurança jurídica e fomento de crédito.

E, apesar de haver discussões quanto à possibilidade de alguns dispositivos do MLG serem declarados inconstitucionais, entendemos que não o são. Estimamos que dentro de médio prazo (5 anos, aproximadamente), as instituições financeiras irão utilizar a hipoteca como a regra para as operações de crédito com garantia imobiliária, tendo em vista os benefícios apresentados aqui, presentes no novo MLG.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm>>. Acesso em: 25 de set. 2024

BRASIL. Decreto- Lei 911/69, de 1º de outubro de 1969. Dispõe sobre normas processuais sobre alienação fiduciária. Brasília, DF. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm>>. Acesso em: 25 de set. 2024.

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm>>. Acesso em: 25 de set. 2024.

BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>>. Acesso em 25 de set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 329.968/DF. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgamento em: 09 out. 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&seq_uencial=34343&num_registro=200100773930&data=20020204&formato=PDF>> Acesso em: 25 de set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.576.164-DF – Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 14 maio 2019. Disponível em: <<<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1813567&tipo=0&nreg=201503248360&dt=20190523&formato=PDF>>> Acesso em 25 de set. 2024.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Gráfico Imobiliário 2014- 2024. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estatisticas/detalhamento-Grafico/GraficoImobiliario/indices_imobiliario_pib>> Acesso em 25 de set. 2024.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Gráfico Imobiliário – imóveis em garantia. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/estatisticas/detalhamentoGrafico/GraficoImobiliario/imoveis_g_arantia>> Acesso em 25 de set. 2024.

CHALHUB, M. N. IPTU de imóvel objeto de propriedade fiduciária. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil**, Belo Horizonte, v. 32, n. 1, p. 171-187, jan./ mar. 2023.

CHALHUB, M. N. **Alienação fiduciária: negócio fiduciário** – 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

COÊLHO, S. C.N. Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana. São Paulo: Saraiva, 1982, páginas 119-120.

FRANCISCO, B.A. Políticas de habitação comparativas: simulações com mercados endógenos. Radar: tecnologia, produção e comércio exterior, Brasília, n. 66, 31 p., ago. 2021.

FURTADO, B.A. Comprar ou alugar: há uma melhor escolha? Radar: tecnologia, produção e comércio exterior, Brasília, n. 63, 36 p., ago. 2020.

GIARETTA, S. F. Juros atrelados à alienação fiduciária em garantia e à hipoteca sob a análise econômica do direito em financiamentos imobiliários. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade do Vale dos Rios dos Sinos, São Leopoldo, p.94, 2017.

JARDIM, E. LORRANY, L. Evolução recente do mercado de crédito imobiliário no Brasil. Radar: tecnologia, produção e comércio exterior, Brasília, n. 63, 36 p., ago. 2020.

Sistema Financeiro habitacional. Associação brasileira das entidades de crédito imobiliário e poupança (ABECIP), 2023. Disponível em: <<[246 • Themis Revista Jurídica • Volume 05 • Número 09 • Jul-Dez 2024](https://www.abecip.org.br/credito-imobiliario/historia#:~:text=O%20Sistema%20Financeiro%20da%20Habita%C3%A7%C3%A3o,geral%20do%20Sistema%20Financeiro%20Nacional.>> Acesso em 24 de set. 2024.</p></div><div data-bbox=)

Sistema Financeiro habitacional. Associação brasileira das entidades de crédito imobiliário e poupança (ABECIP), 2023. Disponível em: <<<https://www.abecip.org.br/credito-imobiliario/indicadores/cgi>>> Acesso em 24 de set. 2024.

Submissão: 29.setembro.2024

Aprovação: 22.outubro.2024

ERRO, AÇÃO DESARRAZOADA E INJUSTIÇA: DECIFRANDO OS ENIGMAS DE “ÉDIPO REI” A PARTIR DAS LEITURAS DE KNOX, FOUCAULT E LÉVI-STRAUSS

*Error, unreasonable action and injustice: deciphering
the riddles of “Oedipus the King” based on the readings
of Knox, Foucault And Lévi-Strauss*

André Gardesani¹

ÁREA: Direito e Literatura.

RESUMO: A tragédia grega representa a tematização de diversos problemas políticos, jurídicos e sociais da antiguidade clássica e, via de consequência, da própria civilização ocidental para a qual contribuiu. Este artigo objetiva identificar e analisar o substrato jurídico em Édipo rei, tragédia de Sófocles, por meio da confluência entre conceitos e abordagens jurídicas e literárias, especialmente aquelas decorrentes das contribuições aristotélicas sobre a arte trágica (*hamartia*, *hybris*, *katharsis* e *mimesis*) e das exegeses elaboradas por Bernard Knox (2002), Lévi-Strauss (2010) e Foucault (2003), as quais, em razão da seriedade e completude, constituem fonte imediata para vários estudos interdisciplinares e contextualizados de Édipo rei, envolvendo o pensamento mítico, literário e jurídico. Na sequência, o estudo centra-se na questão da analogia entre o saber de Édipo, consubstanciado na solução do enigma da esfinge e na cura de Tebas, com os problemas da hermenêutica jurídica, bem como com erros intelectuais que impedem que o direito seja adequadamente compreendido e aplicado. Dessa forma, o trabalho se propõe a, por meio da função profilática da tragédia, reavaliar um texto trágico de quase 2.500 anos, com vista a obter respostas aptas a solucionar problemas práticos do direito contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Édipo rei. Sófocles. Tragédia grega. Direito e literatura. Hermenêutica jurídica.

ABSTRACT: Greek tragedy represents the thematization of various political, legal and social problems of classical antiquity and, consequently, of Western civi-

¹ Procurador do Estado. Pós-doutor em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade de Coimbra - Portugal. Doutor em Literatura Comparada pela UNESP. Endereço eletrônico: gardesani.a@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0031214963848993>.

lization itself, to which it contributed. This article aims to identify and analyze the legal substratum in *Oedipus the King*, a tragedy by Sophocles, through the confluence between legal and literary concepts and approaches, especially those arising from Aristotle's contributions on tragic art (*hamartia*, *hybris*, *katharsis* and *mimesis*) and the exegeses elaborated by Bernard Knox (2002), Lévi-Strauss (2010) and Foucault (2003), which, due to their seriousness and completeness, constitute an immediate source for several interdisciplinary and contextualized studies of *Oedipus the King*, involving mythical, literary and legal thought. The study then focuses on the question of the analogy between Oedipus' knowledge, embodied in the solution to the riddle of the Sphinx and the healing of Thebes, with the problems of legal hermeneutics, as well as with intellectual errors that prevent the law from being properly understood and applied. In this way, the work proposes, through the prophylactic function of tragedy, to reevaluate a tragic text that is almost 2.500 years old, with a view to obtaining answers capable of solving practical problems of contemporary law.

KEYWORDS: *Oedipus the King*. Sophocles. Greek tragedy. Law and literature. Legal hermeneutics.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Édipo de Sófocles e seus antecedentes míticos. 2. *Hamartia*, *hybris*, *katharsis* e *mimesis*. 3. Três leituras da tragédia: Knox, Foucault e Lévi-Strauss. 4. O jurídico em Édipo rei. 4.1. As incertezas da lei: decifra-me ou devoro-te! 4.2. Erro, ação desarrazoada e injustiça. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A tragédia Édipo rei, de Sófocles,² foi escrita, provavelmente, em 430 a.C.³ e representada pela primeira vez cinco anos depois, em Atenas, nas Grandes Dionísias. Com Aristóteles, Édipo rei ganhou posição de relevo no cenário da arte trágica, pois o filósofo a considerou, em sua *Poética*, como a “tragédia das tragédias”, em razão do elevado número de referências a ela,⁴ em sua maioria, em termos elogiosos. O drama do famoso “decifrador de enigmas”, que mata o pai e desposa a mãe, é considerado a tragédia do destino e da inevitabilidade das profecias; também uma das maiores obras do teatro grego antigo.

² Excluídas as ressalvas, todas as citações de Édipo rei contidas neste artigo foram extraídas da tradução de Trajano Vieira.

³ Entre os especialistas, não há consenso sobre a data em que Édipo rei foi escrito. Alguns estudiosos, embasados na descrição da peste contida no prólogo da tragédia, entendem que seria 430 a.C., ano em que uma epidemia assolou a cidade de Atenas durante a Guerra do Peloponeso (431-404 a.C.), a qual teria servido de inspiração para Sófocles.

⁴ São seis citações da tragédia (XI, 60 e 62; XIV, 79; XV, 89; XVI, 98; XXVI, 183) e quatro de Édipo, a personagem principal (XIII, 70 e 71; XIV, 74; XXIV, 158).

As discussões em torno das incertezas aflitivas do herói que atribui nome ao drama já foram objeto de estudos relativos às mais variadas questões morais, éticas, culturais, sociais, psicológicas, políticas e jurídicas. São incalculáveis o número de filósofos e pensadores que se debruçaram sobre a obra e os estudos estão longe de amainar. Constantemente surgem novas interpretações e releituras do mito. Abroham, de igual maneira, leituras diferentes, que mantêm o núcleo do drama, mas apresentam acréscimos, modificações e contrariedades, sobretudo com o escopo de possibilitar o renascimento da tragédia grega nos mais variados tempos e contextos sociais.

Em decorrência, a bibliografia sobre a tragédia é vastíssima e prolifera em larga escala. Não se pode dizer, contudo, que alguma dessas exegeses seja conclusiva, definitiva. O drama ainda possibilita o surgimento de novas respostas e novas operações, sobretudo quando são promovidas interpenetrações entre campos conexos do conhecimento, no caso, a literatura e o direito.

A leitura da tragédia, invariavelmente, faz com que desejemos que o herói tebano adote a melhor decisão para resolver o mecanismo que havia sido desencadeado por sua própria ação, pelos deuses ou pelo acaso, conforme a interpretação que se dá ao drama. Tal circunstância, quiçá, desperta especial interesse pela obra. Nietzsche é um dos pensadores que nos ensina a identificar o conteúdo humano da tragédia, da qual Édipo é um dos símbolos, quer em sua grandeza, quer na sua miséria: verdadeiro amálgama dos estados apolíneo e dionísio;⁵ um homem sábio que se aborrece e cuja arrogância o conduz à ruína.⁶ Édipo *rei* retrata, assim, o mais humano de todos os mitos:

⁵ Em *O nascimento da tragédia*, Nietzsche defendeu a origem mítica da tragédia, que é composta por dois universos simultâneos e complementares: o universo dionísio e o apolíneo. Esses dois estados são tão diversos e caminham lado a lado, na maioria das vezes em “discórdia aberta” (p. 24). Apolo é descrito por Nietzsche como o deus da luz, dos sonhos e das belas formas: “Apolo, na qualidade de deus dos poderes configuradores, é ao mesmo tempo o deus divinatório. Ele, segundo a raiz do nome o “resplendente”, a divindade da luz, reina também sobre a bela aparência do mundo interior da fantasia” (p. 26). Já Dioniso é a representação do irracional, do festivo, da ruptura com a civilização, da desmedida e da transgressão das regras do direito. Ao descrever as festas dionísicas, Nietzsche diz que elas consistiam “numa desenfreada licença sexual, cujas ondas sobrepassavam toda a vida familiar e duas venerandas convenções” (p. 30). Enquanto Apolo simboliza a justiça, a prudência e a razoabilidade, Dionísio representa a transgressão às regras da civilização e a desmedida. Édipo, no decorrer da trama sofocliana, optou por enveredar-se pelos impulsos dionísicos, ofuscando o seu lado apolíneo e, com isso, se afastou da justiça.

⁶ O Édipo de Sófocles é profundamente humano: a um só tempo, íntegro e violento. O próprio Sófocles costumava dizer: “pinto os homens quais devem ser” (Laurand, p. 111). E isso ocorre em virtude de o dramaturgo viver “numa época em que o prestígio dos homens cresce em detrimento dos deuses” (Schüler, p. 15).

Édipo não é réu, nem acusador, nem tampouco juiz; ele é Sófocles, ele é cada um de nós.

O caráter humano do texto favorece leituras de natureza interdisciplinar. No campo da antropologia, da literatura e do direito não poderia ser diferente. Contudo, apesar de existirem muitos estudos envolvendo a questão da inter-relação dessas searas do saber na tragédia, a maioria gravita em torno das formulações de três grandes teóricos: Bernard Knox, Foucault e Lévi-Strauss. O primeiro, numa publicação de 1957, intitulada *Édipo em Tebas: o herói trágico de Sófocles e seu tempo*, enfatiza que o núcleo da tragédia não seria o parricídio, tampouco o incesto, mas a investigação promovida por Édipo para descobrir o assassino de Laio e, com isso, sua própria identidade. O segundo, em uma conferência proferida na PUC do Rio de Janeiro, no início da década de 70, publicada, ao lado de outras quatro, no livro *A verdade e as formas jurídicas*, atribuiu especial enfoque à questão da busca da verdade processual. Por fim, Lévi-Strauss, no último capítulo do livro *A oleira ciumenta*, defendeu a ideia de que a tragédia sofocliana encerra um verdadeiro “enigma policial”.

Embora a iniciativa de analisar o direito em Édipo rei não seja novidade, é possível constatar, além de boa parte das análises e interpretações estarem vinculadas aos textos mencionados, nos faltam leituras da peça que apresentem uma efetiva confluência entre conceitos e abordagens jurídicas e literárias, especialmente aquelas que decorrem das definições aristotélicas sobre a tragédia (*hamartia*, *hybris*, *katharsis* e *mímesis*), que tendem a contribuir para a melhor identificação do substrato jurídico na tragédia.

Por meio da articulação interdisciplinar e do estudo sistemático de Édipo rei, busca-se conjugar a áurea estética da literatura sofocliana, com o entorno técnico-jurídico do direito, de modo a obter possíveis respostas para problemas práticos do jurista contemporâneo, especialmente no campo da interpretação e aplicação do direito.

1. O ÉDIPO DE SÓFOCLES E SEUS ANTECEDENTES MÍTICOS

Os antecedentes mitológicos da tragédia escrita por Sófocles encontram-se vinculados à fundação de Tebas por Cadmo. Após consultar o oráculo de Delfos sobre o paradeiro de sua irmã Europa, raptada por Zeus, Cadmo foi instruído a seguir uma vaca e fundar uma cidade onde ela caísse de exaustão. Antes disso, ele precisou matar um dragão que guardava um bosque sagrado com uma fonte de água. Seguindo o conselho de Atena, Cadmo plantou os dentes do dragão morto, dos quais surgiram os primeiros habitantes de Tebas. Cadmo casou-se com a deusa Harmonia e deu início à linhagem dos Labdácidas (Polidoro, Lábdaco, Laio e Édipo), a dinastia que fundou e governou Tebas.

Laio, filho de Lábdaco e bisneto de Cadmo, não pôde assumir o governo após a morte de seu pai, pois ainda era menor de idade. Por isso, Lico⁷ assumiu a regência, mas acabou sendo assassinado por seus sobrinhos. Aterrorizado, Laio fugiu e encontrou asilo na corte de Pélope,⁸ pai de Crísipo, que lhe concedeu hospitalidade.⁹ Laio se apaixonou por Crísipo¹⁰ e chegou a raptá-lo, o que ofendeu profundamente Hera, a deusa protetora da família. Envergonhado, Crísipo cometeu suicídio. Como consequência, Hera amaldiçoou Laio.

Laio casou-se com Jocasta e tornou-se rei de Tebas. Em certa ocasião, ele consultou o oráculo para saber sobre a fertilidade de seu casamento. O oráculo anunciou que, como castigo pela relação amorosa com o jovem Crísipo e pela quebra do dever de hospitalidade, seu filho com Jocasta o mataria. Apesar da predição, Laio teve um filho e, para evitar o cumprimento da profecia, ordenou que Jocasta entregasse o recém-nascido a um pastor de rebanhos. O pastor perfurou o calcanhar do bebê, passou uma correia pelo orifício e o carregou nas costas, como se fazia com caça miúda na época (cf.

⁷ Filho de Ctônio, era um dos homens nascidos dos dentes do dragão semeados por Cadmo durante a fundação de Tebas.

⁸ Pai de Atreu e avô de Agamêmnon.

⁹ A prática de hospitalidade representa o acolhimento de um forasteiro em sua casa. “Ela consiste em receber na *oikos*, por um tempo determinado, um hóspede conhecido ou desconhecido, com quem se estabelecerão laços duráveis se ele possuir condição equivalente à do anfitrião” (Zaidman, p. 33).

¹⁰ Segundo os helenistas tal fato inaugura entre os gregos o denominado “amor nobre”, isto é, entre homens e baseado na afinidade de conhecimentos e ideais.

Vernant, 2000, p. 165). Laio ordenou que a criança fosse abandonada no cume do monte Citerón, para que morresse naquela região deserta e inóspita. No entanto, o pastor, movido pela piedade, não abandonou o bebê e decidiu entregá-lo a um colega que trabalhava para Políbio, rei de Corinto. Políbio e sua esposa Mérope, que não tinham filhos e desejavam ter um, adotaram o menino e o batizaram de Édipo.¹¹

Quando Édipo chegou à adolescência, todos o admiravam por sua coragem e inteligência. Certo dia, um bêbado o insultou, chamando-o de filho adotivo. Perturbado, Édipo decidiu consultar o oráculo de Apolo, em Delfos, sobre sua origem. O oráculo revelou que ele mataria seu pai e se casaria com sua mãe.

Acreditando que Políbio e Mérope eram seus pais, Édipo fugiu de Delfos em direção a Tebas. No caminho, em uma encruzilhada, ele encontrou o Rei Laio, que estava indo para Delfos consultar o oráculo sobre um terrível monstro que ameaçava Tebas. Na encruzilhada, não havia espaço para dois carros passarem lado a lado. Laio, como rei, acreditava ter prioridade, enquanto Édipo, pensando ser um príncipe, também reivindicava o direito de passagem. A arrogância de ambos levou a um conflito e Édipo, sem saber que Laio era seu pai, acabou por matá-lo.

Ao chegar em Tebas, Édipo libertou a cidade das ameaças da esfinge, um monstro com cabeça e busto de mulher e corpo de leoa, que devorava aqueles que não conseguiam resolver seus enigmas. O herói tebano enfrentou o terrível monstro, que lhe propôs o seguinte charada: qual criatura anda sobre quatro membros, depois sobre dois e, mais tarde, sobre três? Após refletir, Édipo respondeu que era o homem, que na infância engatinha sobre quatro membros, na fase adulta caminha com duas pernas e, na velhice, apoia-se em uma bengala. Com essa resposta, a esfinge, derrotada, lançou-se do alto do rochedo e morreu.

Assim, Édipo salvou Tebas do terrível flagelo. Em reconhecimento à sua vitória e conforme prometido por Creon, rei de Tebas, Édipo recebeu a coroa e se casou com Jocasta, irmã do rei. Nessa união nasceram duas filhas, An-

¹¹ Etimologicamente o nome Édipo possui uma dupla e ambígua significação: *oidos*, em grego antigo, significa “inchados” e *pous*, significa “pés” (“aquele que tem os pés inchados”); por outro lado, *oida*, significa “saber ver” e *pous*, “pés” (“aquele que se sustenta por saber ver”). Quanto à primeira hipótese, comenta Lévi-Strauss que o nome de Édipo se encontra filiado à sua linhagem paterna, já que o nome do seu avô, Lábdaco significava “manco” e o do seu pai, Laio, “desajeitado” e apresenta, assim, um significado hipotético, na medida em que toda a sua linhagem evocava uma “dificuldade de andar direito” (2008, p. 231).

tígona e Ismene, e dois filhos, Polinices e Etéocles. Dessa forma, cumpriram-se as duas predições feitas pelo oráculo.¹²

Esses eventos, portanto, constituem os antecedentes míticos da tragédia *Édipo rei*, de Sófocles. A peça começa em uma praça em frente ao palácio real de Tebas, onde muitos cidadãos tebanos imploram pela intervenção de Édipo. Nesse momento, um ancião, sacerdote de Zeus, anuncia que uma peste devastadora caiu sobre a cidade, que está “naufragando” e incapaz de se reerguer. As consequências dessa peste eram extremamente nefastas: “morre no solo – cálices de frutas; morre no gado, morre na agonia / do aborto” (v. 25-27). O sacerdote, então, realçando os feitos heroicos de Édipo, que já havia salvo a cidade da terrível esfinge, suplica pelo auxílio e intervenção do soberano.

Diante da praga que devastava Tebas e do sofrimento de seu povo, Édipo decide enviar Creon, filho de Menelau e irmão de Jocasta, ao templo de Apolo, em Delfos, para consultar o oráculo sobre como salvar a cidade. Ao retornar, Creon informa que Apolo ordenou que a peste só seria erradicada se o assassino de Laio fosse identificado e punido com a morte: “Caçar o réu, pagar com morte o morto” (v. 100). Diante disso, Édipo demonstra em seu diálogo um temor composto por elementos caracterizadores da ironia trágica: “quem pôs as mãos em Laio logo pode / querer de mim vingar-se com seu golpe” (v. 139-140).¹³

É esse temor que faz com que o herói principie uma investigação destinada a identificar e punir o assassino de Laio. Começa ouvindo o adivinho cego Tirésias, o profeta mais próximo de Apolo. Édipo pede a Tirésias que revele os fatos, recorrendo a todos os seus recursos divinatórios, inclusive às profecias dos pássaros.¹⁴ Tirésias acaba fazendo a revelação que consistiria no primeiro

¹² Os versos 1196-1203 de *Édipo rei* fazem menção ao esplendor e heroísmo de Édipo que, decifrando o enigma proposto pela esfinge e salvando a cidade de Tebas do terrível flagelo: “Com a hipérbole do arco, / lograste o plenifausto / do bom-demônio. / Por Zeus! / Tu abateste a Esfinge, / - a virgem de unhas curvas! -, / com seu canto-vaticínio. / Em prol da pátria então se ergueu / uma torre contra Tânatos. / E houve o clamor (também clamei): / Basileu! / Te coube a distinção extrema: reinar em Tebas, a magnífica!”

¹³ A mesma ironia é apresentada em outras falas de Édipo: diz que seu peito se apertava pela pólis e por si próprio (v. 63-64); que sofria mais pelos cidadãos do que por sua própria vida (v. 93-94); invoca para si mesmo os castigos cominados ao assassino, caso em seu palácio, conscientemente, ocorra de recebe-lo (v. 249-250); refere-se a Laio como se fosse o seu próprio pai (v. 264); e pede a Tirésias que, por meio da adivinhação, depure a urbe e a si próprio (v. 312).

¹⁴ O voo dos pássaros era um recurso muito usado pelos videntes da época para proferir seus vaticínios.

passo rumo à perdição do herói: “Afirmo que és o matador buscado” (v. 362). Em diversas passagens do interrogatório, Tirésias incute inúmeras dúvidas na mente de Édipo, por meio de premonições, enigmas e ironias: “dotado de visão, não vês teu mal, / com quem moras, em que lugar habitas” (v. 413-414); “Não és o mestre das decifrações?” (v. 440); “E então nós o veremos pai e irmão / dos próprios filhos; no que toca à mãe, / dela será o marido; e quanto ao pai, / sócio no leito, além de seu algoz” (v. 457-460).

Após refletir por alguns instantes, Édipo começa a suspeitar de um conluio entre Tirésias e Creonte para destituí-lo do poder. Ele acusa Creonte de participar de um plano sórdido para removê-lo do trono de Tebas. Em resposta, Creonte desafia Édipo a ir até Delfos para consultar o oráculo e obter as informações desejadas. A tensão crescente leva Jocasta a intervir, destacando a futilidade da disputa em meio à calamidade que assola Tebas. Em seguida, o Coro também chama a atenção para a injustiça das acusações de Édipo: “O insulto é fruto da explosão de fúria, / antes de um projeto arquitetado” (v. 523-524).

Para demonstrar que Tirésias não possuía habilidades proféticas por ser mortal, Jocasta menciona uma antiga profecia que dizia que Laio morreria pelas mãos de seu próprio filho. No entanto, essa previsão não se concretizou, pois Laio foi assassinado por ladrões em uma encruzilhada: “Assim frustrou-se Apolo: nem o filho / assassinou o pai, nem padeceu / o rei – temor maior! – nas mãos do filho, / tal qual fixara o vozerio profético (v. 720-723).

Édipo ainda colheu os depoimentos do mensageiro de Corinto e de um escravo da comitiva de Laio que se salvou e regressou a Tebas. O mensageiro trouxe a notícia da morte do rei Políbio em Corinto, anunciando, ainda que o rei não era pai de Édipo: “Não tinhas parentesco com Políbio” (v. 1016) e que o havia recebido, recém-nascido, de suas próprias mãos como um presente (v. 1210-1211). O servo que acompanhava Laio tenta inicialmente manter silêncio sobre os acontecimentos, mas Édipo consegue arrancar-lhe a verdade: seu relato coincide com o do mensageiro de Corinto, indicando que, certa vez, entregou uma criança ao emissário para que fosse criada como filho, e que essa criança havia sido recebida de Jocasta. Perturbado, Édipo finalmente descobre a verdade, percebendo que ele próprio é o culpado que procurava: “Tristeza! Tudo agora transparece! / Recebe, luz,

meu derradeiro olhar! De quem, com quem, a quem – sou triplo equívoco: / ao nascer, desposar-me, assassinar!” (v. 1182-1184).

Ao descobrir a verdade sobre os acontecimentos, Jocasta tira a própria vida e Édipo cega a si mesmo, perdendo seu poder e prosperidade. O drama do famoso decifrador de enigmas termina com a seguinte lição: “Atento ao dia final, homem nenhum / afirme: *eu sou feliz!*, até transpor / - sem nunca ter sofrido – o umbral da morte” (v. 1528-1530). O destino humano é incerto, pois antes da morte o homem está sempre sujeito às tragédias do acaso. Enquanto vivo, não pode ser considerado verdadeiramente feliz, mesmo que tenha vivido em bem-aventurança, sendo necessário cruzar as fronteiras da vida consciente. Édipo fechou os olhos antes do dia fatal.

2. HAMARTIA, HYBRIS, KATHARSIS E MÍMESIS

Aristóteles, na *Poética*, analisou e sistematizou, pela primeira vez, o formato e a estética de dois importantes gêneros literários gregos: a tragédia e a epopeia. Em razão de não ser destinada à leitura, mas à transmissão oral aos seus alunos no Liceu,¹⁵ a *Poética* é dotada de um caráter inacabado e, não raro, lacunoso e incoerente. Entretanto, considerando o fato de ter sido escrita no final da vida de Aristóteles, entre os anos 335 e 323 a.C., não se deve desprezar a importância crítica desta obra para o estudo de Édipo rei, sobretudo em razão da sua proximidade temporal, o que contribui para que anacronismos sejam evitados.

Aristóteles define a tragédia como a imitação de uma ação de caráter elevado, completa e de certa extensão, produzida em linguagem ornamentada, cuja imitação não ocorre por meio de narrativa, mas mediante atores, e que, suscitando o terror e a piedade, tem por efeito a purificação dessas emoções (*Poética*, VI, 27). A imitação, na tragédia, deveria referir-se a homens representados de forma mais perfeita do que realmente são, ou seja, deveria imitar homens de grande valor e caráter (*ethos*). Só-

¹⁵ A escola peripatética, composta por seguidores de Aristóteles, tinha como principal característica o ensinamento e a transmissão de conhecimento ao ar livre, ocasião em que os filósofos caminhavam com os seus pupilos sob os portais cobertos do Liceu.

focles, segundo Aristóteles, imitava da mesma maneira de Homero, porque “ambos imitam pessoas de caráter elevado” (*Poética*, III, 10).

De todos os conceitos aristotélicos presentes na obra, nenhum será mais útil do que os de *hamartia*, *katharsis* e *mimesis*, não apenas em termos estritamente literários, como também no sentido de auxiliar a compreensão do direito e dos seus fenômenos na tragédia. A esses três conceitos podemos acrescentar um quarto, extraído da *Retórica*, o de *hybris*.

Aristóteles não apresentou uma definição clara de *hamartia* (ἁμαρτία). Os helenistas a consideram como o erro por ignorância. Assim, o desconhecimento poderia ser considerado pré-condição para a *hamartia*. A *hamartia*, portanto, seria uma falta irreversível cometida por ignorância, além de caracterizar-se pela involuntariedade. Ela deve ser vista como um erro de natureza intelectual,¹⁶ e não como uma mera falta ética ou moral como defendido por alguns críticos contemporâneos da *Poética*.

A leitura atenta de Aristóteles acena para o sentido de que o herói trágico comete erros em razão de suas próprias escolhas. Essa interpretação da tragédia é muito mais racional e ética do que divina, pois o infortúnio decorreria da própria ação humana, ou seja, da escolha da personagem: não é a malvadez que faz com que o herói trágico passe da felicidade para a infelicidade, mas algum erro, decorrente de uma avaliação mal sucedida, cometido pela personagem (*Poética*, XIII, 71).¹⁷

A *hybris* (ὑβρις), por sua vez, corresponde à falta de razoabilidade, ao excesso de confiança e ao ímpeto do herói trágico, que acaba gerando ações que extrapolam a medida. Aristóteles enfatiza que a *hybris* é a insolência, “uma forma de desdém (indiferença), na medida em que consiste em dizer e fazer coisas que prejudicam e afligem nossa vítima e que, sobretudo, a humilham” (*Retórica*, 1378b). O insolente, prossegue, imagi-

¹⁶ A interpretação da *hamartia* enquanto erro de ordem intelectual também é defendida por consagrados estudiosos que se dedicaram à análise do conceito, valendo a pena destacar Harsh (1975), para quem a *hamartia* envolve pormenores como o pensamento, a interpretação e o conhecimento; e Dawe (1968), que entende ser o próprio herói o responsável pelo erro, que o comete quer em decorrência de influências divinas, quer em razão de o conflito possuir pouca ou nenhuma escolha.

¹⁷ É de todo importante ponderar que o aspecto mítico-religioso, do sagrado, não pode ser ignorado em Édipo rei, quer em razão dos vaticínios oraculares, quer em virtude da influência divina. Assim, o erro intelectual não deve corresponder à única causa da desgraça de Édipo, tendo-se em vista a hereditariedade do castigo decorrente da conduta de seus ancestrais e da influência do destino.

na-se “como sendo muito superior aos outros ao maltratá-los” (*Retórica*, 1378b). Embora o conceito não seja mencionado de modo expresso por Aristóteles na *Poética*, ela integra o conceito de herói trágico, face à cólera, insolência e desmedida que lhes são ínsitas.

Assim, é possível afirmar que o herói trágico é punido por incorrer em um erro (*hamartia*) e em virtude do excesso de confiança (*hybris*). *Hamartia* e a *hybris*, a bem da verdade, têm a função de tornar ainda mais aceitável a desgraça que acomete o herói, pois o fato de não ter incorrido em culpa, faz com que o efeito final do drama sobre o leitor (ou espectador) seja a *katharsis* (καθαρσις), ou seja, o terror e a piedade. Conforme Aristóteles, o terror e a piedade “podem surgir por efeito do espetáculo cênico, mas também podem derivar da íntima conexão dos atos, e este é o procedimento preferível e o mais digno do poeta”, de modo que “quem ouvir as coisas que vão acontecendo, ainda que nada veja, só pelos sucessos trema e se apiade” (*Poética*, XIV, 74).

A noção de *katharsis*, é importante dizer, encontra-se vinculada à de *mímeses* (μίμησις), na medida em que é por força da verossimilhança que a tragédia exerce o efeito de piedade e de terror no público. A imitação passa a ser considerada manifestação fenomênica, reprodução da natureza, que por meio da verossimilhança desperta sentimentos que purificam e educam o público. Aristóteles apresenta dois meios de se produzir o terror e a compaixão: 1) Quando acontecimentos que se produzem entre pessoas unidas por afeição, por exemplo, quando um irmão mata o irmão, ou um filho o pai, ou a mãe, o filho; e 2) Quando a personagem executa o ato sem saber que comete um crime, mas só mais tarde toma conhecimento de seu laço de parentesco, mencionando, como exemplo, o Édipo, de Sófocles (*Poética*, XIV, 79).

Schiller entende que somente a tragédia permite ao espectador deleitar-se através da dor (p. 19). Ao retomar a doutrina de Kant, ensina que o sublime, como um sentimento de padecimento, é representado ao mesmo tempo como final. Assim, para Schiller, o sublime, juntamente com o comovente, coincide “em produzir prazer através do desprazer”. Para ele, “o homem está em suas próprias mãos” (p. 56) e é por meio do sublime que o homem moral se distingue do físico, pois, no lugar de sentir a sua

limitação, eleva-se infinitamente sobre o sensível-infinito, colocando-se como moralmente infinito.

Desse modo, o sublime tem a capacidade de liberar não apenas a volúpia (sentimento instintivo) como, também, das teias do sensível. Quando o homem representa no palco do teatro uma desgraça fictícia, entende Schiller que ele se torna mais bem preparado para a desgraça real. A bem da verdade, Schiller destaca o caráter profilático da tragédia e considera o trágico não como um fenômeno em si, mas em função do afeto ou sentimento que a tragédia deve produzir no espectador.

Em suma, a *hamartia* (erro trágico) e a *hybris* (desmedida) provocam o leitor ou espectador, desencadeando o maior objetivo da tragédia, a *katharsis*, o sentimento de terror e piedade, causado no público pela proximidade com a realidade (*mimesis*). O homem, com isso, torna-se mais preparado para os desafios da realidade.

3. TRÊS LEITURAS DA TRAGÉDIA: KNOX, FOUCAULT E LÉVI-STRAUSS

A riqueza e a complexidade do mito de Édipo e o caráter eminentemente humano do texto de Sófocles fizeram com que diversos estudos de natureza interdisciplinar viessem a lume. Há uma massa incalculável de trabalhos que versam, direta ou indiretamente, sobre a imbricação entre a antropologia, a literatura e o direito. Existem interpretações que recaem apenas sobre uma ou duas dessas áreas do saber; outras acrescentam dispositivos da filosofia, da psicologia e da política. Por outro lado, em geral, é possível constatar que as interpretações da tragédia que se centram exclusivamente nos aspectos míticos, literários e jurídicos, gravitam em torno das formulações de três grandes teóricos: Bernard Knox, Foucault e Lévi-Strauss.

Começemos pela leitura exegética de Knox. O classicista e crítico inglês examinou, nos cinco capítulos do livro *Édipo em Tebas: o herói trágico de Sófocles e seu tempo* (2002), originalmente publicado em 1957, pela Yale University Press, de modo exaustivo e profícuo, o heroísmo de Édipo e a linguagem da tragédia. Knox enfatiza que o núcleo do drama não seria o parricídio, tampouco o incesto, mas a investigação promovida pelo herói trágico para descobrir o assassino de Laio e, com isso, a sua própria identidade. Ini-

cia sua análise argumentando que Édipo rei não é uma tragédia conformada pelas potências divinas, mas um drama que decorre da livre decisão e ação do protagonista trágico: “a vontade do herói é inteiramente livre e ele é totalmente responsável pela catástrofe.” Prossegue afirmando que a catástrofe de Édipo “é descobrir sua própria identidade; e ele é o primeiro e o último responsável por esta revelação” (Knox, p. 3).

O autor ressalta também a relação de causalidade entre a ação de Édipo e os acontecimentos que se sucedem, pois suas ações originam a catástrofe final uma vez que o herói “é totalmente responsável pelos eventos que formam o enredo” (Knox, p. 9). O Édipo de Knox reúne as qualidades de um *tyrannos*, de um soberano, cuja tendência é sempre agir, por meio de decisões rápidas e corajosas, mas, não raro, lentas e reflexivas (Knox, p. 10-14). É um homem bom, que se preocupa com o bem-estar da cidade e do seu povo, mas que também se enfurece e se encoleriza com extrema facilidade (Knox, p. 18-22).

No segundo capítulo, Knox trata da cidade de Atenas do século V a.C., para a qual traslada as qualidades de Édipo. Em outras palavras, Knox defende a ideia de que o Édipo de Sófocles é a projeção, não apenas do cidadão ateniense, mas de toda Atenas, que, assim como Édipo, que perseguia o assassino de Laio, avançava com a sua política imperialista. Knox, portanto, lê o herói trágico à luz da sociedade do seu tempo e ensina que “os tragediógrafos atenienses escreviam dramas contemporâneos e não históricos” (Knox, p. 52). Chega até mesmo a sugerir que Sófocles teria se inspirado em Péricles para compor o caráter e a personalidade de Édipo, ao conferir destaque para as semelhanças existentes entre ambos.¹⁸

Ainda no segundo capítulo, Knox traça um paralelo entre a tragédia e o sistema jurídico vigente na Atenas do século V a.C., cotejando minuciosamente o texto dramático com a condução do inquérito, a apresentação dos testemunhos, os discursos da acusação e da defesa, as formalidades legais, a atmosfera e as práticas dos tribunais áticos. Consciente do fato de que o contexto legal, jurídico e político era natural para o cidadão ateniense, Knox afirma que Sófocles fixou o seu enredo nos termos da lei ática, o que envolve

¹⁸ Knox (p. 53-54) afirma que, assim como ocorria com a personagem sofocliana, havia sobre Péricles uma maldição hereditária devido ao assassinato sacrílego de Ciloe por seus ancestrais e os seus inimigos o chamavam de *tyrannos*. Péricles, assim como Édipo, era corajoso (p. 59), detentor de extrema autoconfiança (p. 61), adaptável, versátil e dedicado à cidade (p. 63), mas também de temperamento difícil e reação irada (p. 65).

tanto fórmulas do processo privado, pois “segundo a lei ática era o indivíduo, e não o Estado, quem processava por assassinato”, quanto uma ação político-legal pública, eis que “o homem assassinado era rei de Tebas e a resposta oracular deixa claro não só que seus assassinos eram tebanos mas também que a preservação da cidade dependia de sua identificação e punição” (Knox, p. 68). Para o crítico inglês, a atividade e autoridade de Édipo se assemelham à de um investigador ateniense, que busca novas evidências, notadamente por meio do depoimento de testemunhas. Mas a ação da trama se move rumo a uma reversão e o investigador/acusador acaba transformando-se em réu: “Édipo encontra a si mesmo, condena a si próprio” (Knox, p. 85).

Ao prosseguir com seu raciocínio, no capítulo terceiro, Knox trata da evolução humana, desde a ignorância primitiva até o poder civilizado. O homem “conquista os elementos, o mar e a terra; controla a natureza viva, os pássaros, as bestas e os peixes; comunica-se e combina-se com os seus semelhantes de modo a formar uma sociedade” (Knox, p. 94). Segundo o autor, o potencial humano, o poder que o homem tem para dominar o meio em que vive e instituir suas próprias leis é uma invenção do século V a.C. Anuncia, dessa forma, o enfraquecimento do poder divino e o advento de um homem que domina o conhecimento e, com isso, alcança o poder. Confere destaque, nesse passo, à inteligência e à mente de Édipo, que produzem o conhecimento e guiam o herói rumo à verdade.

No capítulo quarto, Knox sustenta a ideia segundo a qual Édipo, na condição de *tyrannos*, é igual aos deuses em seu poder, comparação, que, segundo o autor, é considerada lugar-comum na literatura grega. Lembra que o próprio Péricles, como líder ateniense, realizava atos religiosos e consultava os oráculos. Entretanto, sublinha que a pressuposição de estatura divina, implícita na atitude de Édipo no desenrolar do enredo, é exposta como falsa em diversas passagens,¹⁹ fazendo com que se deduza que os deuses são considerados a medida de todas as coisas e não os homens (Knox, p. 163).

O helenista inglês conclui sua leitura ressaltando que a peça termina como começou, ou seja, com a grandeza do herói, mas fundada, nesse mo-

¹⁹ Como exemplo, Knox cita a passagem em que Édipo é saudado por um sacerdote como “salvador”, mas o sacerdote, entretanto, orou para que “Apolo venha como salvador”; a reivindicação feita por Édipo de ter “detido” a esfinge, quando o sacerdote pede a Apolo para “deter” o flagelo; e quando Édipo alega “exercer o poder” em Tebas, porém o coro canta que Zeus “exerce o poder do relâmpago” (p. 160-161).

mento, no conhecimento e não na ignorância. Édipo seria para Knox um paradigma de toda a humanidade, bem como da própria cidade, tida como a maior criação do homem. O ressurgimento de Édipo, no desfecho do drama, “é uma visão profética de uma Atenas derrotada que ascenderá a uma grandeza que está além de tudo que alcançara na vitória” (Knox, p. 172).

Pouco mais de dez anos após o Édipo de Knox ter sido apresentado à comunidade acadêmica, já no início da década de 1970, Foucault proferiria uma conferência na PUC do Rio de Janeiro, em que estudou o mito de Édipo sob o viés propriamente jurídico, conferindo destaque especial à questão da busca da verdade processual. Partindo das ideias insertas em *O Anti-Édipo*, de Deleuze e Guattari,²⁰ Foucault desconstrói a ideia freudiana do “complexo de Édipo”, a fim de que o mito fosse visto não apenas como forma de controle dos desejos no âmbito individual e familiar, mas também como forma de exercício do poder. A partir daí, enfatiza que a saga de Édipo é “a história de uma pesquisa da verdade; é um procedimento de pesquisa da verdade que obedece exatamente às práticas judiciárias gregas dessa época” (Foucault, p. 31).

Foucault (p. 31-33) ensina que uma das primeiras formas de prova entre os gregos se encontra representada na *Ilíada*, especialmente quando Homero descreve a corrida de carruagens entre Menelau e Antíloco, realizada por ocasião dos jogos da morte de Pátroclo. A prova consistia em um circuito de ida e volta, passando por um marco que era preciso contornar o mais rápido possível. Conta que Menelau acusou Antíloco de ter trapaceado e, assim, pede que Antíloco jure sua honestidade perante Zeus e que fosse castigado caso fizesse um falso juramento. Sem outra alternativa, Antíloco admite ter agido de forma irregular. Essa era uma forma primitiva de prova judiciária, consistente em um “jogo de prova”, uma espécie de desafio lançado por um adversário ao outro.

O juramento perante os deuses, na sociedade grega arcaica, era uma das formas de produzir a verdade. Enfatiza Foucault que existem dois resquícios desta espécie primitiva de prova em Édipo rei: o primeiro quando Creon jura

²⁰ Na obra, o filósofo Deleuze e o médico psiquiatra e psicanalista Guattari (2010) destruíram as categorias em que a psicanálise e a psicologia enquadravam o mito de Édipo. O “complexo de Édipo”, para os autores, pode ser considerado um grande erro que freia as forças produtivas do inconsciente. O inconsciente seria uma espécie de usina povoada por máquinas desejantes. O triângulo edipiano obstaculariza o desejo fazendo com que permaneça aprisionado no interior da família. Assim, Édipo seria uma forma de coação, imposta pela psicanálise, especialmente a freudiana, ao desejo e ao inconsciente.

que não fez nenhum complô contra Édipo e o segundo quando Édipo, ao saber que a peste de Tebas decorria da maldição dos deuses em consequência de um assassinato, se compromete a exilar o criminoso. No drama sofocliano estão presentes a dinâmica de movimento do conhecimento e o mecanismo de pesquisa da verdade a respeito de um crime – o assassinato de Laio –, segundo as práticas judiciárias gregas.

Édipo, segundo Foucault, não soube encontrar as verdades ocultas, por meio do ajustamento dos fragmentos que lhe foram apresentados e, com isso, não conseguiu chegar ao poder, como ocorreu nos antecedentes da tragédia. Nesse sentido, enfatiza que a solução dos enigmas da peça decorre de um “jogo de metades”, sendo que a primeira parte desse jogo corresponde à profecia do deus Apolo, que ao ser consultado por Creon responde que Laio foi assassinado. A segunda metade deriva do nome do assassino. Quem assassinou? Esta parte condiz com o testemunho do adivinho Tirésias, o qual, por ser sacerdote de Apolo, está muito mais próximo do deus, apesar de ser perecível, enquanto Apolo é imortal. Tirésias “é cego, está mergulhado na noite”, ao passo que Apolo “é o deus do Sol” (Foucault, p. 34-35). Tirésias responde que Édipo é o assassino que procura. Dessa forma, o “jogo das metades” a que se refere Foucault, se manifesta, em primeiro lugar, no nível da profecia, por meio do depoimento de Apolo e do adivinho Tirésias; em segundo, pelos depoimentos de Édipo e de Jocasta, no nível dos soberanos; e, enfim, pelo depoimento do mensageiro e do escravo.

Ainda, entende Foucault que, além da questão da busca da verdade, o que está em jogo na tragédia de Sófocles é a questão do poder. Para ele, o poder se encontra até no título da peça. Afirma que “Édipo é o homem do poder, homem que exerce um certo poder. E é característico que o título da peça de Sófocles não seja Édipo, o incestuoso, nem Édipo, o assassino de seu pai, mas Édipo-Rei” (Foucault, p. 41). A todo instante Édipo estaria interessado em manter o seu poder, quer quando, no início da peça, persegue a solução para o crime, quer quando se sente ameaçado por Creon de perder o poder (Foucault, p. 44). Assim como Édipo, todos os tiranos gregos durante os séculos VII e VI a.C. possuem como característica a alternância de destinos, ou seja, “não somente conheceram os altos e baixos da sorte, mas também desempenharam nas cidades o papel de reerguê-la através de uma distribuição econômica justa, como Cípselo em Corinto ou através de leis justas como

Sólon em Atenas” (Foucault, p. 45). Assim, para Foucault, as relações entre saber e poder em todas as suas vertentes e direções também são uma marca jurídica importante retratada na tragédia.

Entre 1983 e abril de 1985, Lévi-Strauss escreveu *A oleira ciumenta*, percorrendo o pensamento mítico do continente americano focado na figura da oleira (ceramista) e as relações do seu mister com a personalidade humana, especialmente com o ciúme. No décimo quarto e último capítulo do livro, intitulado “Totem e Tabu”,²¹ o autor esboça uma análise comparada entre Sófocles e Labiche. Inicia enfatizando a proximidade do pensamento freudiano do mito de Édipo, mencionando Sófocles como outra importante fonte. Ressaltou que Freud tinha plena consciência dessa aproximação, pois entendia que no conteúdo manifesto dos sonhos sobrevinham com grande frequência imagens e situações que lembravam motivos conhecidos de contos, lendas e mitos.

Na sequência, Lévi-Strauss, atendendo a pensamentos míticos, confronta a comédia *Um Chapéu de palha da Itália*, de Labiche com a tragédia Édipo rei, de Sófocles, ressaltando que ambas são a mesma peça. Por exemplo, o tio Vézinet, surdo, equivale a Tirésias, que é cego: “devido a uma doença que lhes afecta a fala ninguém acredita em afirmações, que, correctamente interpretadas, teriam posto fim à acção, antes de ela se ter iniciado” (Lévi-Strauss, p. 212). Entende, ademais, que cada uma das peças apresenta e tenta resolver o mesmo problema: em Édipo rei, o problema inicial é descobrir o assassino de Laio, ao passo que em *Um chapéu de palha da Itália* cuida-se de descobrir um chapéu idêntico ao desaparecido (Lévi-Strauss, p. 212). O mecanismo de resolução dos problemas também é semelhante: “em Sófocles, a procura de um criminoso qualquer apaga-se progressivamente por detrás da descoberta bem mais interessante de que o assassino que se procura é exatamente quem procura descobrir o assassino”, já em Labiche, “a busca de um chapéu idêntico esfuma-

²¹ “Totem e tabu” é também o título de um livro escrito por Freud (2006), no qual procurou atribuir ao complexo de Édipo (desejos amorosos do filho com relação à mãe e hostis com relação ao pai) significação universal, sustentando a ideia de que o mito da morte do pai totêmico conduziria à origem das primeiras instituições familiares, sociais, culturais e religiosas. A partir do sistema totêmico vigente nas tribos aborígenes australianas, que teria como característica fundamental a exogamia, ou seja, a proibição de relações sexuais entre os membros do grupo, Freud enfatiza que a proibição do incesto estaria diretamente correlacionada à inclinação para cometê-lo. A vedação do incesto teria constituído o fator que motivou, entre os irmãos, a rebeldia contra o pai déspota e tirano. Após matarem o pai, os irmãos devoraram seu cadáver. Uma nova ordem social é constituída, baseada na instituição familiar e na crença religiosa em um deus que substituíra a figura paterna.

-se por detrás da descoberta progressiva de que o chapéu que se procura não é outro senão o que foi destruído” (Lévi-Strauss, p. 212).

Com base nesses argumentos, Lévi-Strauss questiona como o código sexual possibilitaria decifrar o mito de Édipo em sua plenitude e não explicaria a comédia de Labiche, cuja trama consiste em peripécias análogas? A codificação sexual, dessa forma, não poderia dar conta, por si só, de todo o interesse da tragédia grega, ou da atenção apaixonada com que seguimos o seu desenrolar. Partindo desse pressuposto, o antropólogo francês propõe uma releitura de Édipo rei sob a perspectiva de divisão e atribuição de poderes do direito constitucional: “quem pode pretender ao poder legítimo, o irmão ou marido da rainha?” (Lévi-Strauss, p. 214).

Ainda defende a ideia de que a tragédia sofocliana encerra um verdadeiro “enigma policial”,²² modulado por linhas bastante perceptíveis: “o esquema consiste num conjunto de regras destinadas a tornar coerentes elementos previamente apresentados como incompatíveis, ou mesmo contraditórios” (Lévi-Strauss, p. 215). O conjunto de partida e o conjunto de chegada, destinar-se-iam a estabelecer “uma correspondência biunívoca, por meio de operações diversas: aplicação, substituição, translação, rotação, inversão; operações que se compensam, de modo que o conjunto de chegada forme também um sistema fechado” (Lévi-Strauss, p. 215). Tanto em *Um chapéu de palha da Itália* como em Édipo rei, a prova fundamental para a solução do enigma surge de maneira oportuna: respectivamente, os fragmentos do chapéu e os pés inchados, os quais corroboram uma identidade mantida em segredo.

Por meio da crítica às visões psicanalíticas do mito de Édipo, Lévi-Strauss apresenta uma leitura constitucionalizada e policialesca da trama sofocliana.

4. O JURÍDICO EM ÉDIPO REI

As soluções hermenêuticas apresentadas por Bernard Knox, Foucault e Lévi-Strauss deflagraram inúmeros estudos e formas de revelação do direito na tragédia de Sófocles, os quais, em regra, se concentram, sumariamente, nos seguintes eixos temáticos: 1) o jogo do poder que estaria presente não

²² O caráter policialesco do drama se revela logo na parte inicial, por meio da fala de Édipo: “Onde buscaremos / pegadas foscas de um delito antigo? (Sófocles, v. 108-109).

só nos antecedentes da lenda (feitos heroicos, ligados ao saber, que levaram Édipo à aquisição do poder), assim como do início ao fim da peça; 2) os riscos da tirania para o direito e para a própria democracia; 3) os resquícios da produção de prova pelo arcaico sistema das “ordálias” ou “juízos de deus” (testemunho dos deuses); 4) o mecanismo de perquirição a respeito da verdade e o caráter de “peça policial”; 5) passagem de um direito sagrado (testemunho no nível dos deuses e das profecias) para um direito dessacralizado (testemunho dos homens); 6) a noção de punição dos gregos, que aparece dissociada da ideia de culpa e ligada à linhagem de sangue; 7) o sistema de punição entre os gregos que tinha o delito como uma mácula que, enquanto não fosse purificada, poderia ser comunicada a outras pessoas ligadas ao culpado e até mesmo a toda cidade que o abrigasse; 8) o confronto entre leis divinas com as leis humanas.

Dentre essas variadas formas de revelação do fenômeno jurídico em Édipo rei, a temática relativa à questão do conhecimento, da análise das soluções interpretativas encontradas por Édipo, tanto nos antecedentes míticos, como ao longo da tragédia, com base em seu saber isolado e aristocrático, e o tema dos vícios cometidos pelo herói para descobrir o assassino de Laio e sua própria identidade são ainda pouco explorados, especialmente quando considerada a relevante contribuição aristotélica, por meio dos conceitos de *hamartia*, *hybris katharsis* e *mímesis*. No campo do direito, o primeiro desses temas tende a resultar importantes contribuições para superar as incertezas da lei e as obscuridades do ordenamento jurídico, por meio da inteligência, da reflexão e do raciocínio; ao passo que o segundo poderia contribuir para que erros decorrentes do desconhecimento da situação de fato, da legislação ou dos precedentes judiciais sejam evitados, podendo também colaborar para que decisões mais justas e razoáveis viessem a ser proferidas. Tanto um, como outro, apresentam correspondentes nos estudos de Knox (questão da autonomia e independência volitiva do herói, influenciada pelo contexto da cidade e a concentração na figura do herói das características de um tirano), de Foucault (binômio saber-poder que envolvem tanto a perquirição a respeito da verdade como as formas de exercício de poder) e de Lévi-Strauss (mecanismos de resolução do problema e o caminhar para a “descoberta”).

4.1. As incertezas da lei: decifra-me ou devoro-te!

Para se tornar rei de Tebas, Édipo solucionou o enigma apresentado pela esfinge. Assim, pode-se dizer que Édipo alcançou o poder graças à sua inteligência e habilidade para elucidar charadas. Os antecedentes do mito demonstram que o tesouro guardado pela esfinge é de natureza intelectual: o conhecimento. Édipo “não mata o monstro pela força física, mas o derrota através da perspicácia e da inteligência” (Vieira, p. 171). Édipo é um decifrador de enigmas nato, um herói da mente e do conhecimento; o homem que sabia responder perguntas. Noutras palavras, Édipo tem a habilidade de transformar o enigma em conhecimento.

Ao responder à pergunta da esfinge, ele demonstrou como o poder da mente dispersa a irracionalidade. Édipo é o símbolo da inteligência humana; da mesma inteligência de que necessita o exegeta do direito para interpretar, explicando e esclarecendo o sentido e o significado da lei. A vitória sobre a esfinge decorre da excelência do intelecto do herói. Foi o seu saber que suplantou a violência e a voracidade da fiel cantora. O conhecimento revelou a superioridade de Édipo com relação aos demais homens.

A sapiência e a persistência de Édipo para solucionar enigmas correspondem a uma qualidade que o intérprete do direito precisa alcançar para se afeirar o verdadeiro sentido e significado de uma expressão; para transformar o texto frio da lei, com todas as suas imperfeições, em norma clara, aplicável ao caso concreto. De fato, não são raras as vezes que a lei aparece ao exegeta como uma verdadeira esfinge: decifra-me ou devoro-te! A vagueza e a ambiguidade da lei podem gerar incertezas terríveis.

A interpretação de qualquer norma jurídica constitui atividade de natureza preponderantemente intelectual, cuja finalidade é delimitar o sentido e o alcance da lei ou do ato normativo, genérico e abstrato, possibilitando a sua aplicação às situações concretas e particulares da vida. O raciocínio, no campo do direito, há muito se afastou do silogismo lógico, por meio do qual o intérprete da lei limitava-se a subsumir o caso concreto ao direito, posição dominante no século XIX com o positivismo jurídico. Atualmente, sobretudo com o advento das sociedades complexas e da proliferação de leis, o processo de concretização do direito passou a exigir um laborioso processo intelectual. O operador do direito deve, assim como Édipo, ter obstinação

pelo conhecimento, usar sua inteligência e aguçar sua capacidade de reflexão para resolver as crises hermenêuticas e os problemas sociais. O discurso que se pretende construir, portanto, é saber o direito pela decifração dos enigmas da lei, por meio da inteligência, da decodificação de mensagens, da argumentação e do raciocínio lógico.

O intelecto conduzido pelo caráter volitivo e heroico de Édipo parece representar o fio condutor de todo estudo de Knox. Na peça, a vontade do protagonista é livre, pois nada que faz “é forçado pelo destino, em nenhum dos múltiplos sentidos desta palavra tão ambígua” (Knox, p. 9). Hirata, ao analisar o Édipo de Knox, enfatiza que o herói utiliza uma série de verbos que acenam para a intelectualidade. Nesse sentido, Édipo pode “interrogar, *historein*, investigar, *dzetein*, examinar, *skopein*, descobrir, *heurein*, inferir, *tekmairesthai*, reconhecer, *gignoskein*, saber, *oida*, trazer à luz, *phainesthai* etc.” (Hirata, p. 254). E essa atividade de Édipo muito bem reflete o período grego de transição do mito para a razão, que fez com que uma nova geração de intelectuais surgisse, fundada na capacidade de raciocínio e de espírito crítico.²³

É importante observar que o intérprete da lei não pode, em nenhum momento, superestimar a racionalidade, optando pelo empirismo, sob pena de incorrer em resultados drásticos. Na tragédia de Sófocles, mais precisamente quando a peste recai sobre Tebas e os súditos de Édipo suplicam perante o palácio pelo auxílio do rei, este parece ter superestimado a racionalidade que o levou ao trono da cidade, conduzindo-o a resultados diversos do desejado.

Após se tornar rei de Tebas, Édipo teve que solucionar outros três enigmas que compõem a estrutura enigmática da tragédia: 1) O que motiva a peste que afeta a cidade? 2) Quem é o assassino de Laio? 3) Qual a origem de Édipo? A peça tem por objetivo a solução desses problemas, o que levou Lévi-Strauss a considerá-la como um “enigma policial”, cujo mecanismo de solução parte de uma busca que, progressivamente, encaminha-se para

²³ A tragédia ganhou o seu apogeu no período clássico (séculos V e IV a.C.), quando a democracia atingiu o seu mais importante momento. Nessa época, os gregos também vivenciavam a transição do mito para o *logos*. O denominado “racionalismo grego” projetou o homem como o centro de preocupações, não apenas na filosofia, mas também na arte, da qual se tornou a medida, o referencial: todo o conhecimento dependia do indivíduo. Trata-se da máxima de Protágoras: “o homem é a medida de todas as coisas.” O pensamento racional emergiu em todos os domínios: na filosofia com Sócrates, na medicina com Hipócrates, na historiografia com Heródoto e Tucídides, na arte com Fídias, na tragédia com Ésquilo, Sófocles e Eurípides.

a descoberta. Conforme Lévi-Strauss (p. 215), um conjunto de fragmentos que, no início da trama apresentam-se ao leitor (ou espectador) como incoerentes e até contraditórios, vão se ajustando com perfeição.

Com o objetivo de solucionar o primeiro enigma, ou seja, descobrir quem era o culpado pela peste que afligia Tebas, Édipo enviou Creon a Delfos em busca de uma solução oracular para o enigma. A almejada solução encontrava-se, inicialmente, inscrita no frontispício do templo de Apolo: “conhece-te a ti mesmo” (*gnothi seauton*, γνώθι σεαυτόν) e “nada em excesso” (*meden agan*, μηδεν αγαν). Os seguidores e consulentes do deus deveriam prezar pelo autoconhecimento, pois o conhecimento de si, o retorno às origens vitais e o comedimento seriam a chave para se alcançar a luz da razão, coisa que Édipo nem sequer observou, na medida em que não investigou o motivo de seus pés serem inchados. Ademais, a solução para o primeiro enigma da peça estava inserta na afirmação do oráculo: encontrar e punir o assassino de Laio.

Para descobrir o assassino de Laio e, assim, solucionar o segundo enigma, Édipo decide iniciar uma investigação. Como explicado por Foucault, a solução do “jogo de metades”, composto por três níveis (profético/divino, soberano e servil dos servidores/escravos) implicaria na solução do enigma. Dizendo de outro modo, a busca da verdade resultaria da fusão dessas metades: o que “havia sido dito em termos de profecia no começo da peça vai ser redito em termos de testemunho pelos dois pastores” (Foucault, p. 39). Primeiro, Édipo convocou o único mortal que possuía dons proféticos: Tirésias, que opta pelo silêncio, mas, após a insistência de Édipo, revela que o assassino é o próprio investigador. Édipo se recusa a acreditar e chega a pensar em um conluio entre Tirésias e Creon para usurpar-lhe o poder.

Após desavenças com Creon, Jocasta intervém e relata o testemunho do pastor da morte de Laio, bem como indica o local do crime. Tal fato instaura o primeiro conflito na consciência de Édipo, pois havia tirado a vida de um homem semelhante a Laio, no mesmo local. Édipo se recorda das predições que ouvira do próprio oráculo de Delfos, segundo as quais, ele seria parricida e incestuoso, o que o deixa ainda mais atormentado. Com o objetivo de saber se ele é o assassino de Laio e se os oráculos merecem ou não credibilidade, Édipo obtém do mensageiro de Corinto a revelação de que Políbio não era o seu pai e que teria sido adotado.

Édipo precisa, então, descobrir sua ascendência e, assim, solucionar o derradeiro enigma: qual a sua origem? O herói convoca uma testemunha ocular, o servo de Laio, que afirma ter entregue uma criança para o mensageiro de Corinto, que deveria tratá-la como filho e que havia recebido o recém-nascido de Jocasta. Transtornado, Édipo chega à verdade, descobrindo em si mesmo o réu que procurava. Fura, então, seus olhos, demonstrando, por meio dessa atitude extrema, que não basta ver o mundo e todas as coisas nele existentes de forma clara, se não possui capacidade de interpretá-lo com exatidão. Édipo não queria ser testemunha de seus infortúnios nem de seus pecados.

As ações de Édipo, no decorrer da trama, o conduziram a um resultado contrário ao que ele desejava. O caráter independente e volitivo, tão destacado por Knox, é confirmado pelo Coro: “Difícil aprovar tua atitude. / Melhor não ser do que viver na treva” (v. 1366-1367). E também pela resposta do herói: “Não venhas com um tom professoral / dizer-me o que é melhor, me dar conselhos” (v. 1369-1370). E esse agir de modo diverso consiste, sobretudo, no desprezo da racionalidade, assim como em erros de cálculo, de interpretação, por desconhecimento ou ignorância, que o tornaram cego diante da realidade. Somente a correta e adequada junção dos fragmentos foucaultianos que foram surgindo no curso das investigações, por meio de uma atividade estritamente intelectual, poderia resultar na descoberta da verdade. O que se constata é que Édipo foi traído por sua própria inteligência, pois pensava saber tudo, quando na verdade, nada sabia. Édipo precisava ver para saber, faceta que foi ressaltada por Foucault ao afirmar que o herói “é o homem do ver, o homem do olhar e o será até o fim” (p. 47).

4.2. Erro, ação desarrazoada e injustiça

Como dito, o heroísmo de Édipo decorre da manifestação do saber. Foi por meio da sua aguçada inteligência que ele solucionou o enigma da esfinge e libertou a cidade de Tebas. Entretanto, no decorrer da trama sofocliana, o herói subestima o pensamento racional, optando por soluções empíricas, o que ocasionou a sua queda. De rei aclamado, poderoso e clarividente, Édipo passa a ser criminoso, errante e cego. O próprio Coro apontou a fragilidade do conhecimento de Édipo no decorrer da trama: “Suporto males múltiplos.

/ A tropa adoece em bloco / e as armas do pensar, nenhuma nos / resguarda” (v. 168-171).²⁴

Recorrendo-se mais uma vez aos estudos de Knox (p. 10-25), pode-se dizer que as decisões do herói representam o fator causal no enredo da tragédia. O conhecimento de Édipo passou a ser não apenas empírico, mas também tirano e egoísta. Com efeito, a súplica e reclamo dos súditos tebanos, dirigida a Édipo no início da peça, é suficiente para demonstrar o poder de tipo arcaico, no qual o comando se concentra no tirano sagrado e poderoso. As qualidades tirânicas atribuídas por Knox a Édipo, especialmente a de manter posturas por vezes contraditórias e ambíguas e de enfurecer-se com facilidade, demonstram que a ruína de Édipo somente poderia advir da sua própria ação e do excesso de confiança.

De igual modo, Foucault enfatizou que Édipo reúne em si diversas características negativas da tirania: o herói “é aquele que não dá importância às leis e que as substitui por suas vontades e suas ordens” (p. 45). O Coro não deixou de vincular a desmedida à tirania: “A desmedida gera a tirania. / A desmedida - / se a infla o excesso vão / do inoportuno extremo cimos, decairá / no precipício da necessidade, / onde os pés não têm préstimo” (v. 872-878).

É relevante enfatizar que embora a tragédia seja frequentemente traduzida como “Édipo rei”, a tradução mais adequada, conforme Bignotto (p. 73) seria “Édipo tirano”, não apenas por se tratar do título original (Οιδίπους Τύραννος), mas também em razão do comportamento de Édipo ao longo da peça.²⁵ A bem da verdade, *Oedipus rex* corresponde à adaptação romana para o grego Οιδίπους Τύραννος, que os franceses traduziram como *Oedipe Roi* e os ingleses, *Oedipus the king*. No português também prevaleceu a tradução Édipo rei.

²⁴ As traduções de Cegalla e Serra são ainda mais claras quanto à natureza intelectual da solução para os males que assolam a cidade de Tebas. De fato, após fazerem menção aos inúmeros males acabrunham Édipo e a cidade, Cegalla foi mais enfático ao optar pela fórmula “e a mente não encontra arma alguma com que esconjurar o mal que nos aflige” (p. 24); Serra, por sua vez, adota um procedimento metafórico “não tenho na ideia adaga que corte o mal” (p. 46).

²⁵ Entendem da mesma forma Vernant e Vidal-Naquet (2008, p. 321) que enfatizam que o *týrannos* de Sófocles não é um “rei”, como querem as traduções. É que o tirano, ao contrário do rei, que obtém o poder por hereditariedade, conquista-o em decorrência das suas virtudes e feitos extraordinários.

Quando Édipo é procurado pelo povo que clamava para que uma solução fosse dada à praga que afligia a cidade, diz que a praga o atinge também. É fácil perceber, por meio da leitura dos versos iniciais, que Édipo procura representar não somente a cidade de Tebas, mas a si próprio: “Meninos, ciente e não insciente estou / do afã que movimenta este cortejo. / Eu reconheço o pan-sofrer; contudo, / nenhum sofrente tem meu sofrimento: / a cada um tão-somente a dor remonta, / a ele e a mais ninguém. Meu peito aperta / pela pólis, por mim, por ti também” (v. 58-64).

A questão que se apresenta, nesse passo, é o que teria afastado o herói das grandes realizações intelectuais que o conduziram ao trono de Tebas? Para melhor compreender este fato, é importante retomar duas definições de Aristóteles: a *hamartia* e a *hybris*.

Como visto, a *hamartia* corresponde a um erro irreversível, de natureza intelectual, cometido por ignorância de uma situação fática, que se conhecida levaria o agente a agir de outro modo. O texto sofocliano aponta para o fato de que a solução para o momento de crise há de ser intelectual, por meio da prevalência da razão. Da inabilidade intelectual de Édipo, demonstrada no decorrer da trama, resultaram o parricídio e o incesto.

Édipo não interpretou bem os primeiros sinais oraculares, pois, caso houvesse feito, evitaria os riscos de tirar a vida de alguém que poderia ter a idade para ser o seu pai ou de casar-se com alguém com idade para ser sua mãe. Ele realizou atos que poderia ter evitado e isso constitui a *hamartia* em Édipo: o erro ao se interpretar o oráculo e os elementos de prova que lhe foram apresentados. Édipo é revelado na tragédia, portanto, como um mau intérprete. Provavelmente foi a reflexão inteligente do herói manifestada nos antecedentes míticos da tragédia e que o conduziram ao sucesso, que nele fez florescer uma autoconfiança exacerbada.

Além de cometer um erro de natureza intelectual, Édipo também incorreu na *hybris*, distanciando-se, com isso, da razoabilidade e da própria noção de Justiça. Se por um lado Édipo tem saber e habilidade para decifrar enigmas, por outro, apresentou reiterados ataques de cólera, demonstrados quer por meio da violência externada contra Laio, quer por meio do tom agressivo com que se dirigiu a Tirésias. O profeta de Apolo, em diversas passagens, referiu-se à conduta de Édipo como a de um tirano não aberto ao diálogo e que tenta fazer prevalecer as suas ordens:

“Verdade? Pois então assume os termos / do teu comunicado: de hoje em diante, / não fales mais comigo nem com outrem, / pois com teu miasma contaminas Tebas!” (v. 350-353).

Mais adiante, o vate afirma que Édipo o forçou a falar contra a vontade: “Tu mesmo, ao pressionar minha fala” (v. 358). Édipo, ainda, instaurou desconfiança contra Creon, por meio de falsas acusações de que almejava despojar-lhe do poder. O Coro alertou para a injustiça das acusações: “O amigo que jurou jamais condenes, / fundamentado em boatos, à desonra” (v. 656-657). Creon, replicou as acusações afirmando que Édipo as faz sem provas e sem razão: “Se crês que a audácia destituída de / razão é um bem, incorres em equívoco” (v. 549-550).

No mesmo diálogo, Édipo refere-se a Tebas como sendo sua. Em seguida é repreendido por Creon: “Tebas também é minha, e não só tua!” (v. 630). O herói, ainda, proferiu palavras violentas contra o mensageiro, que não lhe manifesta o segredo de seu nascimento; e, enfim, irritou-se contra si mesmo ao descobrir que é o culpado. É aí que se encontra presente a desmedida, o exagero do herói.

Fica demonstrado, portanto, que a desmedida ou *hybris*, entre os gregos antigos, é perigosa não apenas para o indivíduo que a pratica como para a sociedade a que ele pertence. O próprio Sólon, legislador de Atenas, entendia que a desmedida (*hybris*) perverte os homens nas suas relações recíprocas, e, por esse motivo, suas reformas procuraram traçar “o ideal de temperança, de proporção, de justa medida e de justo meio” (Assis; Kümpel; Spaolonzi, p. 103).

Embora Édipo seja um homem elevado, incorre na *hamartia* e sucumbe à *hybris*, pois, por excesso de confiança, acredita que o seu conhecimento é capaz de controlar os fatos e solucionar o crime. Tal fato representa uma contrariedade ao emergente mundo racionalista da *pólis*, que perseguia a equidade e a justiça. Na mesma medida em que o homem se aproxima da *hamartia* e da *hybris* ele se afasta da *diké*.²⁶ Hesíodo, em *Os trabalhos e os*

²⁶ Assis, Kümpel e Spaolonzi, com base nas lições de Jaeger, explicam sobre a origem da palavra *diké*: “A etimologia da palavra *diké* não é muito clara. O conceito é originário da linguagem processual antiga e contém uma matriz de igualdade que permanece no pensamento grego ao longo dos tempos. No processo antigo, diz-se que dá *diké*, uma reparação, indenização ou compensação. O lesado, cujo direito é reconhecido pelo julgamento, recebe *diké* e o juiz reparte *diké*. Assim, o conceito de justiça (*diké*) passa a ser fixado na expressão ‘dar a cada um o que lhe é devido’. Significa, ao mesmo tempo, o processo, a decisão e a reparação ou pena” (p. 71).

dias, apresentou, como esteio da igualdade entre os homens a Justiça, a religião e o trabalho, com notória prevalência deste último. Argumentou que os homens que agem com excesso e, apartados dos ditames da razoabilidade, afastam-se da Justiça: “Àqueles que se ocupam do mau Excesso, de obras más, / a eles a Justiça destina o Cronida, Zeus longevidente / Amiúde paga a cidade toda por um único homem mau / que se extravia e que maquina desatinos” (v. 237 - 240).

Édipo, ao desprezar as provas que lhe foram apresentadas e o poder do testemunho, não agiu com equilíbrio, com proporcionalidade e, assim, com Justiça. Na condição de investigador e intérprete dos fatos, ele não teve sequer serenidade para buscar a verdade. O modo tirânico como o herói exerce o seu saber e olhar, incorrendo nos vícios da *hamartia* e da *hybris*, o faz cair numa terrível armadilha, cujas consequências decorrem diretamente de suas ações. A *katharsis*, o sentimento de terror e piedade gerado no público, purgando seus equívocos, reforçada pela *mimesis*, alerta para a “falha trágica”, revelando a função pedagógica e social da tragédia.

CONCLUSÃO

Grande parte da tragédia grega clássica se perdeu, sobretudo nos últimos séculos do Império Romano, com o fortalecimento da crença e da teologia cristã. Nenhum manuscrito próprio de Sófocles sobreviveu e, como espantosamente afirmam Vernant e Vidal-Naquet, “nenhum gravador registrou a apresentação de Atenas”, de forma que, a partir do momento em que se iniciou a tradição do texto, os copistas começaram a copiar e transcrever os manuscritos, acarretando, a partir daí, o surgimento dos primeiros desvios (2008, p. 318). Entretanto, os estudos e compilações bizantinos da Baixa Idade Média contribuíram para que a tragédia grega ressurgisse por meio de edições modernas do texto grego, como a de Brunck (Estrasburgo, 1786/1789), da qual se fundaram todas as edições subsequentes, fazendo com que as vozes de Édipo ecoassem na contemporaneidade e que o jurista-leitor fosse trasladado do seu mundo particular para outras realidades possíveis, ampliando, assim, seu horizonte de conhecimento.

Adotou-se, como ponto de partida, os conceitos aristotélicos de *hamartia*, *hybris katharsis* e *mimesis*, aliados aos estudos de Bernard Knox que promoveram uma interpretação histórica do herói, da cidade, do homem, do deus, retornando no final do trabalho à temática heróica, sempre norteado pelo aspecto autônomo e volitivo da personagem; de Foucault que, a partir do binômio saber-poder, tratou da questão da busca e pesquisa da verdade processual, conferindo ao mito de Édipo uma dimensão mais abrangente do que a freudiana, quer como forma de exercício de poder, quer como meio de controle social; e de Lévi-Strauss que interpretou Édipo rei como um verdadeiro “enigma policial”, também analisando o drama sob a perspectiva de divisão e atribuição de poderes entre as personagens.

Ao responder à pergunta da esfinge e transformar o enigma em conhecimento, Édipo demonstrou como o poder da mente dispersa a irracionalidade. Édipo é o símbolo da inteligência humana, da mesma inteligência que necessita o exegeta do direito para explicar e esclarecer o sentido e o significado da lei e encontrar a melhor solução para os casos concretos. Contudo, a *hybris* faz com que os intérpretes da lei se distanciem da razoabilidade e da própria noção de Justiça.

Édipo, no decorrer da trama, agiu com arrogância e desprezou as provas que lhe eram apresentadas; de igual modo não agiu com o necessário equilíbrio e proporcionalidade. Essa falha funcionou como pré-condição para a ocorrência da *hamartia*, não como erro de natureza moral, mas como um erro de ordem eminentemente intelectual. A partir de um terceiro conceito aristotélico, o de *katharsis*, ficou demonstrado que a tragédia possui uma “função social”, pois, ao suscitar terror e compaixão, alerta o leitor (ou espectador) para a possível ocorrência do “erro trágico” e as suas nefastas consequências. Trata-se da função profilática da tragédia sustentada por Schiller, no sentido de que o leitor amalha experiências práticas com a tragédia.

Nessa senda, Édipo rei alerta para os erros intelectuais e de interpretação, purgando equívocos do leitor (e do operador do direito), ressaltando a necessidade de percepção daquilo que é essencial para a solução dos problemas. Portanto, o operador do direito deve conhecer e pensar o direito de modo racional, para bem interpretá-lo, a fim de evitar erros de exegese ou de julgamento. Não deve, pois, traçar raciocínios apressados, sem proceder à acurada análise dos fatos.

Quando o jurista toma contato com o texto sofocliano, tido como uma “desgraça fictícia”, torna-se mais bem preparado para a “desgraça real”. Ao substituir a racionalidade pelo empirismo e por comportamentos tirânicos e ao tentar conhecer o mundo por meio dos sentidos, Édipo cometeu um terrível erro. A falha da experiência de Édipo deve ser vista como pré-condição para a ocorrência de um erro de ordem intelectual ou de julgamento. Essa é uma marca jurídica importante retratada na tragédia.

Os argumentos apresentados neste estudo sugerem que o desfecho trágico de Édipo representa um desdobramento de suas próprias ações, caracterizadas pelo uso inadequado do conhecimento e contaminadas pelos fenômenos da *hamartia* e da *hybris*, o que torna a tragédia de Sófocles um texto de extrema relevância para os profissionais do direito. Ao possibilitar uma reflexão profunda sobre a necessidade de exercer o direito de maneira racional e reflexiva, tem como objetivo corrigir falhas e lacunas legislativas, superar crises na interpretação jurídica e evitar erros decorrentes do desconhecimento dos fatos, da legislação ou dos precedentes judiciais, em busca do aprimoramento das soluções pré-jurídicas e jurídicas aos conflitos sociais.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. Poética. Trad. Eudoro de Souza. In: _____. **Obras escolhidas** (Os Pensadores). São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 241-321.

_____. **Retórica**. Trad. Edson Bini. Bauru: Edipro, 2011.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico; SPAOLONZI, Ana Elisa. **História da cultura jurídica: o direito na Grécia**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

BIGNOTTO, Newton. **O tirano e a cidade**. São Paulo: Discurso Editorial, 1998.

DAWE, R. D. "Some Reflections on Ate and Hamartia" *In: Classical Philology* (Harvard Studies). V. 72. 1968, p. 89-123.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **O Anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia**. Trad. Luiz B. L. Orlandi. São Paulo: Ed. 34, 2010.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

FREUD, Sigmund. Totem e tabu. Trad. J. Salomão. *In: Edição standard brasileira de obras completas de Sigmund Freud*. Rio de Janeiro: Imago, 2006, v. XIII.

HARSH, Philip Whaley. Hamartia again. *In: Transactions and Proceedings of the American Philological Association*. v. 105. 1975. p. 189-208.

HESÍODO. **Os trabalhos e os dias**. Trad. Mary de Camargo Neves Lafer. São Paulo: Iluminuras. 1996.

HIRATA, Filomena Y. "O Édipo de Knox" *In: Revista USP*, São Paulo, n. 58, jun./ago. 2003, p. 249-255.

KNOX, Bernard. Édipo em Tebas: o herói trágico de Sófocles e seu tempo. Trad. Margarida Goldsztyl. São Paulo: Perspectiva, 2002.

LAURAND, Luís. **História da literatura grega clássica**. São Paulo: Anchieta, 1946.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **A oleira ciumenta**. Trad. José António Braga Fernandes Dias. Lisboa: Edições 70, 2010.

____. **Antropologia estrutural**. Trad. Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Cosac Naify, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. **O nascimento da tragédia**. Trad. J. Guinsburg. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SCHILLER, Friedrich. **Teoria da tragédia**. Trad. Flávio Meurer. São Paulo: EPU, 1991.

SCHÜLER, Donaldo. O enigma de Édipo. In: Édipo rei; tradução do grego e estudo crítico de Donaldo Schüler. Rio de Janeiro: Lamparina, 2004.

SÓFOCLES. Édipo rei. Trad. Domingos Paschoal Cegalla. Rio de Janeiro: DIFEL, 2001.

____. Édipo rei. Trad. Trajano Vieira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

____. **Rei Édipo**. Trad. Ordep Serra. São Paulo: Peixoto Neto, 2004.

VERNANT, Jean-Pierre. **O universo, os deuses, os homens**. Trad. Rosa Freire d'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

VERNANT, Jean-Pierre; Vidal-Naquet, Pierre. **Mito e tragédia na Grécia antiga**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

VIEIRA, Trajano. “Mosaico Hermenêutico”. *In*: Édipo Rei. Trad. Trajano Vieira. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ZAIDMAN, Louise Bruit. **Os gregos e seus deuses: prática e representações religiosas da cidade na época clássica**. Trad. Mariana Paolozzi Sérvulo da Cunha. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

Submissão: 30.setembro.2024

Aprovação: 20.outubro.2024

DEPOIMENTO DA PARTE E ÔNUS DA PROVA COMO REGRA DE JULGAMENTO NA CHAMADA PROVA “DIVIDIDA”

Party Testimony and Burden of Proof as a Judgment Rule in the Context of “Divided Evidence”

Júlio César Bebber¹

*A justiça é a vingança do homem em sociedade, como
a vingança é a justiça do homem em estado selvagem
(Epicuro).²*

ÁREA: Direito Processual do Trabalho.

RESUMO: O estudo aborda o tema da prova “dividida” na Justiça do Trabalho, utilizando pesquisa doutrinária e jurisprudencial para analisar o papel do depoimento da parte e o ônus da prova enquanto regras de julgamento. Explora-se o direito da parte de requerer o depoimento de seu oponente, contrapondo-o à alegada faculdade judicial prevista no art. 848 da CLT, bem como as implicações constitucionais do direito de provar. Adicionalmente, discute-se a aplicação prática do ônus da prova diante da insuficiência ou contradição das evidências. Conclui-se que o ônus objetivo da prova deve ser subsidiário ao convencimento motivado, somente aplicável após esgotados todos os instrumentos probatórios disponíveis. Assim, o artigo propõe interpretações em conformidade com os princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

PALAVRAS-CHAVE: Prova dividida; Depoimento da parte; Ônus da prova; Justiça do Trabalho; Processo Civil.

¹ Juiz do Trabalho do TRT da 24^a Região. Doutor em Direito do Trabalho pela USP/SP. Pós-doutorando em Direitos Humanos. Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho – Titular da Cadeira n. 83. Endereço eletrônico: juliobebber@gmail.com. Lattes: < <http://lattes.cnpq.br/6363127261076846> >. Orcid: < <https://orcid.org/0000-0003-3721-7417> >.

² Frase atribuída ao filósofo grego helenista Epicuro (Ἐπικουρος, Epikouros), nascido em 341 a.C.

ABSTRACT: This study examines the issue of “divided evidence” in Brazilian Labor Justice, employing doctrinal and jurisprudential research to analyze the role of party testimony and the burden of proof as judgment rules. It delves into the party’s right to request their opponent’s testimony, contrasting it with the judicial discretion alleged under Article 848 of the CLT (Consolidation of Labor Laws), as well as the constitutional implications of the right to evidence. Additionally, the practical application of the burden of proof is discussed in cases of insufficient or contradictory evidence. The article concludes that the objective burden of proof must serve as a subsidiary measure to reasoned judicial conviction, only applicable after all available probative tools have been exhausted. Thus, it proposes interpretations aligned with the constitutional principles of adversarial proceedings, full defense, and due legal process.

KEYWORDS: Divided evidence; Party testimony; Burden of proof; Brazilian Labor Justice; Civil Procedure.

SUMÁRIO: Considerações iniciais. 2. Depoimento da parte. 2.1. Faculdade do juiz. 2.2. Inaplicabilidade do art. 385 do CPC. 2.2.1. Direito de provar. 2.2.2. Garantias e direitos absolutos. 2.3. Conflito com a Súmula n. 74, I, do TST. 2.4. Síntese conclusiva. 3. Ônus da prova. 3.1. Finalidades da distribuição do ônus da prova. 3.2. Ônus da prova objetivo e a inexistência ou insuficiência de prova. 3.3. Ônus da prova objetivo e a chamada prova dividida. 3.4. Síntese conclusiva.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É largo o estudo da prova. Em recorte metodológico, então, e despretensiosamente, farei a abordagem de dois pontos relacionados ao direito probatório que reputo essenciais: a) direito da parte de tomar o depoimento do seu oponente; b) ônus da prova objetivo (ônus da prova como regra de julgamento) diante da chamada prova “dividida”.

2. DEPOIMENTO DA PARTE

O depoimento da parte é meio de prova. Requerido pela parte, objetiva a confissão de seu oponente; determinado de ofício pelo juiz, visa o esclarecimento dos fatos da causa, nada obstante possa acidentalmente haver confissão.³

³ “(...) o depoimento pessoal deferido a requerimento da parte vem sob a pena da confissão ficta (art. 385, § 1.º), enquanto o realizado de ofício pelo juiz é destituído de tal consequência (art. 139, VIII).” (OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. *In*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. DELLORE, Luiz. ROQUE, Andre Vasconcelos. OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de.

Com precisão, assevera Luiz Fux que o “depoimento pessoal não é senão o interrogatório da parte, determinado pelo juiz para esclarecimento de fatos relacionados à causa ou requerido pela parte adversa com o fito de obter a confissão do depoente. No primeiro aspecto, poder-se-ia confirmar a versão generalizada de que o depoimento pessoal é o testemunho prestado em juízo pela própria parte. No segundo aspecto, o depoimento tem como finalidade obter a confissão *coram iudicem* da parte”.⁴

Há muito se discute na esfera trabalhista, porém, se a produção do depoimento da parte é um *direito dos litigantes* ou uma *faculdade do juiz*.

A literalidade do art. 848 da CLT sugere ser o depoimento da parte um ato (exclusivo) do juiz. O art. 385 do CPC (tal qual o art. 342 do CPC-1973), por sua vez, prevê o depoimento da parte como direito dos litigantes e como ato do juiz.

Há, então, quem afirme haver uma *lacuna parcial* no art. 848 da CLT, que permite a aplicação supletiva do art. 385 do CPC. Outros, porém, sustentam a autossuficiência do art. 848 da CLT, fechando as portas ao ingresso da regra do CPC.

A Seção de Dissídios Individuais - SBDI-1 do TST, em julgado de 2006, afirmou que o “juiz tem ampla liberdade na condução do processo, conforme disposto no artigo 765 da Consolidação das Leis do Trabalho”. Por isso, a “dispensa do depoimento pessoal das partes tem respaldo nesse dispositivo, sendo certo, ainda, que as normas insertas nos artigos 820 e 848 da CLT, encerram faculdade do Juízo”.⁵

Com o transcurso do tempo, entretanto, algumas Turmas do TST deixaram de seguir referido entendimento. Ao aplicar supletivamente o direito processual comum, passaram a afirmar o direito da parte ao depoimento de

Comentários ao Código De Processo Civil [livro eletrônico]. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021).

⁴ FUX, Luiz. Curso de direito processual civil [livro eletrônico]. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. “Classicamente define-se o depoimento como um meio de prova que se presta a obter a confissão da parte depoente (art. 389 do CPC/2015). No entanto, deve-se admitir que o escopo do legislador ao admitir o depoimento pessoal como meio de prova, é o de lograr obter, mercê de tal depoimento, a verdade respeitante aos fatos controvertidos objeto desse meio de prova, e não necessariamente apenas a confissão” (ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021).

⁵ TST-E-RR-4572600-65.2002.5.09.0900, SBDI-1, Rel. Min. Lelio Bentes Correa, DEJT 24.11.2006.

seu oponente. Por conseguinte, passaram a declarar a nulidade processual diante do indeferimento do requerimento de produção dessa prova (salvo nas hipóteses de sua inutilidade).

Em 16.5.2024, essa questão jurídica voltou a ser debatida na SBDI-1. Por maioria, referido órgão fracionário reafirmou o entendimento exarado em 2006, de que o depoimento da parte: (a) é faculdade do juiz, que detém ampla liberdade na condução do processo; (b) é regido pelo art. 848 da CLT, não sendo aplicável o art. 385 do CPC.⁶

Embora tenha aderido a esse entendimento no passado, detida reflexão me conduziu a julgá-lo equivocado, como tentarei demonstrar.

2.1. Faculdade do juiz

Partindo do conceito de processo como relação jurídica (relação regida pelo direito) processual (obrigatória e imperativa), não deixaremos de notar que do vínculo que liga os sujeitos do processo emergem situações jurídicas ativas e passivas.

As situações jurídicas ativas que emergem para as partes são os *poderes* e as *faculdades*; as passivas são os *deveres* e os ônus. Para o juiz, entretanto, somente haverá *poder* e *dever*. Juiz não possui ônus, tampouco faculdade, ligada intimamente àquele.

Faculdade, no direito processual, têm como premissa a disponibilidade de bens ou de situações jurídicas, compreendendo, por isso, discricionarie-

⁶ Depoimento pessoal da parte adversa. Indeferimento. Cerceamento de defesa. Não configuração. Art. 848 da CLT. Inaplicabilidade do art. 385 do CPC. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento do depoimento pessoal da parte adversa, tendo em vista que, a teor do art. 848 da CLT, a oitiva pessoal dos litigantes constitui faculdade do juiz, o qual detém ampla liberdade na condução do processo (art. 765 da CLT). Destarte, ante a existência de disciplina específica na legislação trabalhista, não há falar em aplicação do art. 385 do CPC de 2015, o qual confere à parte a prerrogativa de requerer o depoimento pessoal da outra. Sob esses fundamentos, a SBDI-I, por maioria, conheceu do recurso de embargos, vencidos os Ministros Lelio Bentes Corrêa e Alberto Bastos Balazeiro. Quanto ao mérito, ainda por maioria, vencidos os Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Alberto Bastos Balazeiro, Aloysio Corrêa da Veiga e Lelio Bentes Corrêa, deu provimento ao apelo para restabelecer o acórdão regional, com determinação de retorno dos autos à Turma do TST para análise do feito, como entender de direito, com ressalva de fundamentação do Ministro Evandro Valadão. TST-ERRAg-1711-15.2017.5.06.0014, SBDI-I, rel. Min. Breno Medeiros, 16/5/2024 (Informativo TST - n. 287 Período: 23 de abril a 17 de maio de 2024).

dade, ou seja, liberdade de conduta segundo suas próprias vontades e escolhas para a obtenção do resultado que mais lhe agrade.

O juiz não age no processo gerindo seus próprios interesses. Gere interesses e situações jurídicas ocupadas pelas partes, mediante o exercício de poderes e deveres.⁷

Além disso, o sujeito na relação jurídica processual é o Estado, e não o juiz (que é órgão daquele), imperando, assim, a *impessoalidade*. E constitui “reflexo da impessoalidade a ausência de *faculdades* à disposição do juiz. Ele exerce o *poder estatal* e cumpre os *deveres* que tem perante o Estado, na realização do processo justo e mediante julgamentos justos. Não tem, contudo, *faculdades*”.⁸

O verbo *poder*, quando dirigido ao juiz em textos legais, não está a outorgar a ele liberdade de conduta (faculdade). Não o autoriza a agir discricionariamente. Trata-se de indicativo, em regra, de dever (ex.: art. 332, § 1º) ou de ato de passível ocorrência (ex.: art. 332, § 3º).

O depoimento dos litigantes, portanto, não é uma faculdade do juiz. É um direito das partes e um dever do juiz, sempre que a oitiva se revele útil.

2.2. Inaplicabilidade do Art. 385 do CPC

O direito das partes ao depoimento de seus oponentes, que integra a esfera do direito de provar, não está assegurado no art. 385 do CPC, sendo irrelevante discutir a sua aplicação supletiva ao art. 848 da CLT.

⁷ Não há discricionariedade nos atos praticados pelo juiz. O denominado poder do “*livre convencimento* na apreciação das provas (CPC, art. 371) não é sinal de discricionariedade, mas um imperativo do indispensável subjetivismo racional indispensável para o bom julgamento; não faculta ao juiz a tomada de posições ou presunções pessoais e as suas conclusões são sempre suscetíveis de reexame pelos órgãos superiores, em grau de recurso” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II, p. 239).

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2016. v. I. p. 479.

2.2.1. Direito de provar

Advirto, inicialmente, que a ciência e a técnica processuais impuseram, ao menos a partir da vigência do CPC-2015, o uso das expressões *direito de provar* e *direito à prova*, para designarem fenômenos jurídicos distintos, não mais sendo admissível tomá-las como sinônimas.⁹

O *direito de provar* consiste na prerrogativa oferecida às partes, pela Constituição Federal, de empregar todos os meios legais e moralmente legítimos para demonstrar, em demanda judicial destinada à declaração do direito no caso concreto, a veracidade das suas afirmações fáticas, com vistas a influenciar eficazmente a convicção do juiz. Esse direito encerra um conjunto de outros direitos, entre os quais:

- a) *o direito de requerer a produção da prova*. As partes têm o direito de requerer ao juiz que admita a produção das provas por eles indicadas para demonstrar a veracidade das suas alegações;
- b) *o direito de produzir a prova requerida*. Admitida a produção da prova pelo juiz, têm as partes o direito às atividades judiciais destinadas a produzi-las;
- c) *o direito de participar da produção da prova*. As partes têm o direito de participar de todas as provas que forem produzidas no processo;
- d) *o direito de se manifestar sobre a prova produzida*. Produzidas as provas, têm as partes o direito de sobre elas se manifestarem, o que ocorre, normalmente, em razões finais;
- e) *o direito à valoração da prova produzida*. Não é lícito ao juiz escolher as provas com que irá julgar. Seu convencimento deve ser formado (e demonstrado) com o conjunto das provas, em que fundamentadamente refutará algumas e acolherá outras.¹⁰

⁹ *O direito à prova* (CPC, 381, II e III) é um direito autônomo consistente na “prerrogativa de invocar a intervenção estatal, na subespécie jurisdição, para permitir a busca e a obtenção da prova, assim como o esclarecimento e o registro de fatos daí decorrentes, sem vinculação direta com o pleito de declaração do direito material à relação controvertida e sem a justificação da urgência” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros. 2009, p. 312).

¹⁰ Nenhum valor haveria em “assegurar às partes o direito à proposição das provas, de

Com o conceito parcialmente reproduzido no art. 369 do CPC,¹¹ o direito de provar é uma “conquista do Estado Democrático de Direito”,¹² que reside na Constituição Federal, na qual se encontra dissolvido entre os princípios do devido processo legal (CF, 5º, LIV), da inafastabilidade da jurisdição (CF, 5º, XXXV) e do contraditório (CF, 5º, LV).¹³

Como enfatizado pelo Ministro Celso de Mello, em decisão proferida no RMS-28.517:

assiste, ao interessado, mesmo em procedimentos de índole administrativa, como direta emanção da própria garantia constitucional do *due process of law* (...), a prerrogativa indisponível do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inclusive o direito à

admissão das provas lícitas, pertinentes e relevantes, de participação ativa no momento da produção, se essas mesmas provas pudessem ser ignoradas pelo juiz no momento de proferir a decisão” (GRINOVER, Ala Pellegrini. O direito à prova. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 326).

¹¹ “O art. 369 fala de meios de prova não especificados no Código de Processo Civil. Com isso deixa claro que os meios de prova não precisam estar nesse Código. Podem estar em qualquer lei – e nesse sentido seriam “meios legais” – ou não expressamente previstos em lei alguma – quando seriam meios não tipificados em lei” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao CPC (369 ao 380) [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2016, v. VI).

¹² CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: RT, 2001, p. 45.

¹³ O contraditório, como advertia Ada Pellegrini, “não assegura apenas uma participação formal dos interessados no provimento, mas só pode ser entendida em sua dimensão positiva, como direito de incidir ativamente sobre o desenvolvimento e o resultado do processo. Dentre as atividades necessárias à tutela do interesse postulado pelas partes, sobressai, sem dúvida, a probatória, pois a prova é indiscutivelmente o momento central do processo, no qual são reconstituídos os fatos que dão suporte às pretensões deduzidas. Assim, o direito à prova constitui aspecto fundamental do contraditório, pois sua inobservância representa negação da própria ação e da defesa” (GRINOVER, Ala Pellegrini. O direito à prova. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988, p. 323). “O direito das partes à produção de provas tem extração constitucional, tanto como inerente ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da Constituição), quanto por ser corolário do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da Constituição), como finalmente por interpretação teleológica da vedação da prova ilícita (art. 5º, LVI, da Constituição)” (OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. DELLORE, Luiz. ROQUE, Andre Vasconcelos. OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. Comentários ao Código De Processo Civil [livro eletrônico]. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021). “Na perspectiva do direito constitucional”, o direito de provar “deve ser concebido como um *direito público subjetivo*, que tem a mesma natureza dos direitos de ação e de defesa assegurados pela Constituição (...). A Constituição Federal Brasileira de 1988 assegura a garantia do *acesso à ordem jurídica justa* (art. 5º, XXXV), que “é uma expressão ampla que abrange um complexo de direitos fundamentais processuais” entre os quais está o direito de provar (CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: RT, 2001, p. 44-5).

prova), consoante prescreve a Constituição da República, em seu art. 5º, incisos LIV e LV.

Desse modo, é lesiva à cláusula constitucional do devido processo legal, então, a supressão do direito de provar, “que, por compor o próprio estatuto constitucional do direito de defesa, deve ter o seu exercício plenamente respeitado pelas autoridades e agentes administrativos, que não podem impedir que o administrado produza os elementos de informação por ele considerados imprescindíveis”. É inegável, portanto, o *status* constitucional do direito de provar.¹⁴

Por compor o estatuto constitucional do direito de defesa, o direito de provar deve ter o seu exercício plenamente respeitado, como afirma o Min. Celso de Mello, sob pena de se converter em mera declaração formal, que permite a atuação arbitrária do juiz, com inegável erosão do Estado Democrático de Direito.

Se o direito de provar, então, reside na Constituição Federal, não há relevância no debate sobre a aplicação supletiva do art. 385 do CPC. É na Constituição Federal que se busca a garantia ao direito da parte ao depoimento de seu oponente, com vista à confissão.

¹⁴ O CPC “adotou um sistema aberto, em que a lei não especifica de forma exauriente quais os meios de prova de que as partes podem se valer, o que está em consonância com a natureza constitucional do direito à prova, uma vez que aumenta a possibilidade de participação na formação do convencimento do juiz” (CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *In*: ARRUDA, Alvim, Teresa. CPC em foco temas essenciais e sua receptividade: dois anos de vigência do Novo CPC [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018). O depoimento pessoal é meio de prova com o intuito de fazer com que a parte que o requereu alcance a confissão, real ou ficta, da parte adversa, acerca de fatos relevantes ao deslinde da lide, tornando até desnecessária a coleta de outras provas. É bem verdade que sendo o juiz o destinatário da prova, compete a ele decidir sobre as provas necessárias à instrução do processo, podendo indeferir as diligências inúteis ou meramente protelatórias, até mesmo dispensando a oitiva das partes, caso entenda, em decisão fundamentada, que o depoimento se mostre desnecessário diante do contexto probatório produzido nos autos. Todavia, tal prerrogativa do juiz deve ser conjugada com o princípio do contraditório e da ampla defesa, na medida em que o direito à produção de prova é garantia constitucional que rege nosso ordenamento jurídico, sob pena de se incorrer em nulidade por cerceamento de defesa (TST-RR-1784-87.2017.5.06.0013, 2ª T, Rel. Min. Delaide Miranda Arantes, DEJT 2.10.2020).

2.2.2. Garantias e direitos absolutos

O *status* constitucional do direito de provar não lhe confere a condição de direito absoluto. Como afirma o STF, em diversas oportunidades, na ordem jurídica brasileira não há garantias ou direitos, inclusive da categoria de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e em tratados e convenções internacionais em matéria de direitos humanos, que se revistam de caráter absoluto.¹⁵

Podem o legislador e o juiz limitar o direito de provar. As limitações ao exercício desse direito, entretanto, têm de ser razoáveis. Nesse viés, “a validade das limitações probatórias encontra a sua justificação no princípio da proporcionalidade, cuja finalidade é harmonizar os diversos direitos, bens ou valores constitucionalmente reconhecidos”.¹⁶

É razoável ao juiz não admitir a produção da prova obtida por meios ilícitos (CF, 5º, LVI). É razoável, também, obstar a produção da prova impertinente (que recai sobre fato que não possui nexos com os fatos alegados), irrelevante (que não possui capacidade de influenciar na solução da causa) ou inútil (que não possui serventia).

Não há razoabilidade, porém, em impedir o depoimento da parte (que objetiva a confissão) para fazer valer uma suposta faculdade do juiz (escolha segundo o próprio interesse). Logo, “de nada adianta o direito, em tese, ser favorável a alguém se ele não consegue demonstrar que se encontra em

¹⁵ “(...) não se pode esquecer que não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis” (ADI 2566 MC, TP, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 27.2.2004, p. 22). Em sentido idêntico: MS 23452, TP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12.5.2000, p. 20; HC 93250, 2ª T., Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 27.6.2008; ADPF 496, TP, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 24.9.2020; RE 1307334, TP, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 26.5.2022. Registro a seguinte ressalva a esse entendimento: se não há mais espaço para o absoluto, parece-me inadequada a *afirmação absoluta* de que não há garantias e direitos absolutos. Seria possível relativizar o direito de não ser submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante (CF, 5º, III; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, 7º)? E o direito de não ser submetido ao regime de escravidão (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, 8º)? E a garantia de que a pena não passará da pessoa do condenado (CF, 5º, XLV)? Creio ser mais adequado, então, afirmar que *em regra* não há direitos absolutos e que a relativização do direito à vida, embora situado no ponto mais elevado, não impõe por si a relativização de alguns direitos que estão abaixo.

¹⁶ CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: RT, 2001, p. 43.

uma situação fática que permite a incidência da regra jurídica (geral e abstrata)”.¹⁷

Assegurar às partes o acesso à justiça, o devido processo legal e o contraditório outra coisa não é a elas conceder instrumentos capazes de permitir a atuação eficaz em juízo.¹⁸ O depoimento da parte é

meio de prova que pode dar grandes luzes ao deslinde da causa, porque (i) permite o contato do juiz com a parte (princípio da imediatidade da prova) e (ii) viabiliza o contraditório mais profundo, dada a oportunidade de perguntas feitas pela parte que o postulou ao *ex adverso*.¹⁹

Se a atuação do poder jurisdicional se legitima pela conformidade com os direitos e valores constitucionais, em especial com os direitos fundamentais, não se pode ver no art. 848 da CLT, então, a supressão de um dos meios de prova.²⁰

¹⁷ CAMBI, Eduardo. DOTTI, Rogéria Fagundes. PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. MARTINS, Sandro Gilbert. KOZIKOSK, Sandro Marcelo. Curso de processo civil completo [livro eletrônico]. 3. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

¹⁸ Conforme José Roberto dos Santos Bedaque, “Contraditório efetivo e defesa ampla compreendem o poder conferido à parte de se valer de todos os meios de prova possíveis e adequados à reconstrução dos fatos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos do direito afirmado” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 26).

¹⁹ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. In: SANTOS, Silas Silva [et al.] (Coordenadores). Comentários ao código de processo civil [livro eletrônico]: perspectivas da magistratura. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

“Aponta-se o depoimento pessoal como significativo elemento de formação da convicção do juiz pelo que auferire através do contato direto com o interessado” (FUX, Luiz. Curso de direito processual civil [livro eletrônico]. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023).

²⁰ Importante salientar que o reclamado tinha o direito constitucional e legalmente assegurado de tentar obter a confissão do reclamante no seu depoimento pessoal. Conforme é consabido, o artigo 769 da CLT prevê que as normas e os institutos do direito processual comum serão subsidiariamente aplicáveis ao processo do trabalho nos casos omissos e se com este último forem compatíveis. Assim, embora o artigo 848 da CLT preveja o interrogatório das partes apenas por iniciativa do juiz do trabalho, isso, por si só, não impede a incidência subsidiária do CPC, que prevê o depoimento pessoal das partes como um dos meios de prova postos à disposição dessas para a defesa de seus interesses em litígio e a formação do convencimento do julgador - e que, por isso mesmo, pode ser por elas requerido quando o juiz não o determinar de ofício (artigo 343, caput, do CPC/2015). Em consequência, qualquer dos litigantes trabalhistas tem o direito de tentar obter a confissão da parte contrária a respeito dos fatos objeto da controvérsia por meio de seu depoimento pessoal, até para que não seja necessária a produção de prova testemunhal a esse respeito (CPC/2015, artigos 334, inciso II, e 400, inciso I). O referido depoimento, pois, não pode ser indeferido sem fundamentação pelo julgador, sob pena de cerceamento de prova e, conseqüentemente, nulidade da sentença depois proferida (TST-RR-243-69.2020.5.06.0221, 3ª T, Rel. Min. Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 19.8.2022).

2.3. Conflito com a Súmula n. 74, I, do TST

A interpretação atribuída ao art. 848 da CLT pela SBDI conflita com a Súmula n. 74, I, do C. TST. Ao dispor que “aplica-se a confissão à parte que, expressamente intimada com aquela cominação, não comparecer à audiência em prosseguimento, na qual deveria depor”, a Súmula 74 considera o instituto do depoimento da parte, e não o do interrogatório (por iniciativa do juiz).

A ausência de depoimento da parte regularmente intimada para esse ato somente acarreta a presunção de veracidade (impropriamente denominada de *confissão ficta*), se tiver sido determinado pelo juiz por provocação (requerimento) da outra parte. Somente nesse caso a ausência do depoimento daquela impede que esta alcance o objetivo pretendido (confissão real).

A ausência de depoimento determinado de ofício pelo juiz acarreta, quanto muito, a frustração de esclarecimentos dos fatos por este pretendido.²¹

2.4. Síntese conclusiva

Em síntese:

I – o direito de provar está dissolvido entre os princípios do devido processo legal (CF, 5º, LIV), da inafastabilidade da jurisdição (CF, 5º, XXXV; CPC, 3º) e do contraditório (CF, 5º, LV; CPC, 7º, 9º, 10) e assegura (entre outros) o direito da parte ao depoimento de seu oponente, com vista à confissão. Requerido o depoimento: a) *pela parte*, a ausência ou recusa injustificada em depor acarretará a presunção de veracidade (Súmula TST n. 74, I); b) *determinado de ofício pelo juiz*, a ausência ou a recusa injustificada

²¹ Se, nos feitos trabalhistas, as partes rotineiramente são intimadas a comparecer ao prosseguimento da audiência para depor sob a expressa cominação de confissão ficta, o entendimento de que não seria direito da parte requerer o depoimento pessoal da parte contrária acarretaria também que a aplicação, ou não, daquela sanção processual à parte injustificadamente ausente ficasse a cada caso a critério exclusivo do julgador, em manifesta contrariedade ao entendimento jurisprudencial consagrado na Súmula n. 74 do TST (TST-RR-243-69.2020.5.06.0221, 3ª T., Rel. Min. Jose Roberto Freire Pimenta, DEJT 19.8.2022).

em depor acarretará sanção processual (CPC, 5º; 6º; 379, I; 77, I; e 80, V).

II – o art. 848 da CLT deve ser interpretado em conformidade com o direito de provar previsto na Constituição Federal, sendo irrelevante o debate sobre a aplicação supletiva do art. 385 do CPC.

3. ÔNUS DA PROVA

Ônus processual (situação jurídica passiva) representa um agir fundado na liberdade de satisfazer um interesse próprio. Trata-se de um encargo no qual a parte tem de se desincumbir para obter uma vantagem ou evitar uma desvantagem.²² O ônus, assim, é estabelecido para o bem do próprio sujeito a quem se dirige.²³ Se ele se desincumbe dos seus encargos, tem melhores oportunidades; se os negligencia, oferece melhores oportunidades ao seu adversário.²⁴

O primeiro ônus imposto às “partes é o *de afirmar*. O autor tem o ônus de afirmar suas razões para demandar adequadamente, sob pena de sequer abrir caminho para a tutela jurisdicional (princípio da demanda). O réu tem o de fazer afirmações contrárias às do autor, com as quais estabelece controvérsias no processo e convida o juiz a decidir conforme a prova e sua convicção”.²⁵

O autor, assim, tem o ônus de afirmar os fatos que autorizam o seu pedido (fatos constitutivos); o réu, o ônus de negar a ocorrência dos fatos alegados pelo autor ou de afirmar fatos que elidem a eficácia daqueles (fatos extintivos, impeditivos e modificativos). Do ônus de afirmar decorre, então, o ônus

²² “Ônus são imperativos *do próprio interesse* e é a vontade de cada um que comanda a escolha por cumpri-los ou descumpri-los” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 610).

²³ “Ônus são imperativos *do próprio interesse* e é a vontade de cada um que comanda a escolha por cumpri-los ou descumpri-los” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 610).

²⁴ “Ônus é o encargo cuja inobservância pode colocar o sujeito numa situação de desvantagem. Não é um dever e, por isso mesmo, não se pode exigir o seu cumprimento. Normalmente, o sujeito a quem se impõe o ônus tem interesse em observá-lo, justamente para evitar essa situação de desvantagem que pode advir da sua inobservância” (DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código De Processo Civil brasileiro. Revista de Direito Mackenzie. 2017, v. 11, n. 2, p. 131).

²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 610.

de provar, uma vez que fato afirmado e não provado equivale a fato inexistente.

O ônus da prova compreende, portanto, o encargo, atribuído pela lei ou pelo juiz (nas hipóteses legais) “a cada uma das partes, *de demonstrar a ocorrência dos fatos de seu próprio interesse* para as decisões a serem proferidas no processo”.²⁶

Há muito se vê na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho a afirmação de que, diante de provas que retratam versões antagônicas acerca de um mesmo fato (prova conflitante; prova contraditória, prova colidente, prova dividida), deve o órgão julgador deliberar contra quem detinha o ônus da prova.²⁷

A adoção incondicionada desse entendimento, porém, é equivocada.

3.1. Finalidades da distribuição do ônus da prova

A distribuição, legal ou judicial, do ônus da prova tem por finalidade:

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III, p. 613.

²⁷ Quando da existência da prova dividida, a causa deve ser decidida em desfavor daquele a quem pertence o “onus probandi” (TST-ARR-733-75.2016.5.17.0011, 1ª T., Rel. Min. Amaury Rodrigues Pinto Junior, DEJT 7.6.2024); De fato, o acórdão regional merece ser mantido, tendo em vista que a existência de prova dividida enseja o julgamento em prejuízo de quem detinha o ônus de provar o fato obstativo do direito às horas extras pleiteado (TST-RR-1075-15.2011.5.04.0661, 2ª T., Rel. Min. Liana Chaib, DEJT 22.3.2024); Nota-se que a jurisprudência desta Corte é de que, na hipótese de prova dividida, o julgamento deve ser feito em desfavor de quem detém o ônus da prova (TST-EDCiv-Ag-AIRR-813-25.2020.5.20.0008, 3ª T., Rel. Des. Convocado Marcelo Lamego Pertence, DEJT 14.6.2024); Neste caso, a jurisprudência desta Corte Superior é de que a existência de prova dividida enseja o julgamento em prejuízo de quem detinha o ônus de provar (TST-Ag-ED-ED-AIRR-100506-08.2017.5.01.0075, 4ª T., Rel. Min. Alexandre Luiz Ramos, DEJT 28.10.2022); Configurada a hipótese de prova dividida, cumpre ao julgador decidir em desfavor daquele que detinha o ônus da prova (TST-Ag-AIRR-10763-48.2016.5.03.0048, 5ª T., Rel. Min. Morgana de Almeida Richa, DEJT 14.6.2024); Assim, como a prova testemunhal ficou dividida, a regra do ônus da prova milita em desfavor do reclamante (TST-RRAg-124-18.2021.5.12.0024, 6ª T., Rel. Min. Katia Magalhaes Arruda, DEJT 13.5.2022); A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que constatado a existência de prova dividida, o julgamento é em desfavor de quem detém o ônus da prova (TST-RR-2184-68.2012.5.18.0102, 7ª T., Rel. Min. Evandro Pereira Valadao Lopes, DEJT 28.10.2022); De outra parte, verifica-se que, constatado que a prova foi dividida, correto o entendimento do Tribunal *a quo* quanto à atribuição do ônus da prova à reclamada (TST-Ag-AIRR-1001022-15.2020.5.02.0319, 8ª T., Rel. Min. Delaide Alves Miranda Arantes, DEJT 20.8.2024).

a) *orientar as partes* quanto às atividades que devem desenvolver se quiserem manter a esperança de obter resultado favorável na demanda.²⁸ Assim, fundado no binômio *liberdade-responsabilidade* (as partes têm liberdade de escolha e respondem pelas consequências delas advindas), a distribuição do ônus da prova estabelece uma *regra de conduta*: dá “conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato”.²⁹ Dirigindo-se às partes, utiliza-se a denominação de ônus da prova subjetivo,³⁰

b) *orientar a decisão do magistrado* que não pode pronunciar o *non liquet* nas hipóteses de vácuo probatório (ausência ou insuficiência de prova). Por esse prisma, a distribuição do ônus da prova estabelece uma *regra de julgamento*. Determina quem *assume o risco* pela *ausência ou insuficiência* de elementos de convicção.³¹ Se a demanda tem de ser decidida, “torna imperioso que alguma das partes suporte o risco inerente ao mau êxito da prova. Cuida então a lei, em geral, de proceder a uma distribuição de riscos: traça critérios destinados a indicar, conforme o caso, qual dos litigantes terá de suportá-los, arcando com as consequências desfavoráveis de não se haver

²⁸ Para a parte a “necessidade de provar é algo que se encarta, dentre os imperativos jurídico-processuais na categoria de ônus, por isso que a ausência de prova acarreta um prejuízo para aquele que deveria provar e não o fez” (FUX, Luiz. Curso de direito processual civil [livro eletrônico]. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023).

²⁹ CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 52.

³⁰ “Sob a perspectiva das partes, a regra sobre o ônus da prova deve ser entendida como regra de conduta, permitindo-lhes traçar sua estratégia probatória. Sabendo que o ônus lhe cabe, o autor terá interesse de juntar na ação renovatória de locação, os contratos escritos que comprovem que a relação locatícia dura mais de cinco anos. O réu, por sua vez, terá interesse de se munir de elementos que demonstrem que o autor não vem cumprindo as obrigações contratadas, tendo, por exemplo, sublocado o imóvel quando isso lhe era vedado” (CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *In*: ALVIM, Teresa Arruda. CPC em foco temas essenciais e sua receptividade: dois anos de vigência do Novo CPC [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018). “Es ‘subjetiva’ porque contiene una norma de conducta para las partes y porque les señala cuáles hechos les conviene que sean probados en cada proceso, a fin de obtener una decisión favorable a sus pretensiones o excepciones, no obstante dejarlas en libertad de no hacerlo; en este sentido se habla precisamente de distribución de la carga de la prueba entre demandante y demandado” (ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio prueba judicial. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000. t. I, p. 198-9).

³¹ “O ônus da prova não determina quem deve produzir a prova, mas quem assume o risco pela sua não produção” (CAMBI, Eduardo. A prova civil: admissibilidade e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 320). Trata-se de uma regra de “civiltà”, que proíbe o juiz de dar por existentes fatos sem prova convincente: “il giudice non potrà mai come esistente un fatto sulla cui esistenza sia rimasto incerto” (VERDE, Giovanni. Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull’onere della prova. Rivista di Diritto Processuale, n. 27, 1972, p. 442).

provado o fato que lhe aproveitava”.³² Utiliza-se, por isso, a denominação de ônus da prova objetivo.³³

3.2. Ônus da prova objetivo e a inexistência ou insuficiência de prova

O ônus da prova objetivo é um critério de racionalização da incerteza, que permite a emissão de um pronunciamento resolutivo do mérito.³⁴ A incerteza que autoriza a utilização do ônus da prova como *regra de julgamento* é a que decorre da inexistência ou da insuficiência (fragilidade) da prova produzida.³⁵

Conforme ressaltado por Carnelutti, o ônus da prova é um expediente do qual o juiz não deve utilizar senão à falta de prova. Contrariamente, se há prova, independentemente de quem a produziu, este instituto não deve operar.³⁶

³² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da Prova. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 74-5).

³³ “Es ‘objetiva’, por cuanto implica una regla general de juicio conforme a la cual, cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan el litigio o la petición de jurisdicción voluntaria o la responsabilidad investigada en el proceso penal, el juez puede suplirla con ella, en vez de proferir un ‘non liquet’, o fallo inhibitorio” (ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio prueba judicial. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000. t. I, p. 198-9).

³⁴ “Já o sentido objetivo do ônus da prova é concebido como uma regra de julgamento que dá permissão ao juiz para decidir na ausência ou quando da insuficiência da prova. Segue-se o raciocínio de que o fato não provado equivale a fato não alegado e que, portanto, não integra o thema probandum. Consequentemente, tais fatos são dados como inexistentes pelo juiz, quando da prolação fundamentada da causa. Assim, o magistrado deve considerar como não verdadeiro o fato não provado (*non esse et non probare paria sunt*), rejeitando quaisquer argumentos baseados sobre tal acontecimento” (CAMBI, Eduardo. DOTI. Rogéria Fagundes. PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. MARTINS, Sandro Gilbert. KOZIKOSK, Sandro Marcelo. Curso de processo civil completo [livro eletrônico]. 3. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022).

³⁵ “Para as partes, as regras sobre distribuição do ônus da prova funcionam como uma espécie de distribuição de riscos. Determinam estas regras quem sofrerá a consequência negativa decorrente da insuficiência probatória” (ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021). “As regras do ônus da prova, em sua dimensão objetiva, não são regras de procedimento, não são regras que estruturam o processo. São regras de juízo, isto é, regras de julgamento: conforme se viu, orientam o juiz quando há um *non liquet* em matéria de fato – vale observar que o sistema não determina quem deve produzir a prova, mas sim quem assume o risco caso ela não se produza” (DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código De Processo Civil brasileiro. Revista de Direito Mackenzie. 2017, v. 11, n. 2, p. 131).

³⁶ “(...) l’ onere dela prova è uno spediente, del quale il giudice non deve servirsi *se non quando le prove gli manchino*. Se invence le prove ci sono, *da qualunque parte vengono*, questo istituto non deve operare” (CARNELUTTI, Francesco. Lineamenti dela reforma del processo civile de cognizione. Rivista di Diritto Processuale, 1929, I, p. 36).

Assim como Leo Rosemberg, para quem o ônus da prova é a consequência da falta de prova e tem aplicação, unicamente, quando a afirmação dos fatos permaneceu incerta.³⁷

Pontes de Miranda, em sintonia com os autores acima, afirmava: “se falta prova, é que se tem de pensar em se determinar a quem se carga a prova. O problema da carga ou ônus da prova é, portanto, o de determinar-se a quem vão as consequências de se não haver provado”.³⁸

Havendo a produção de provas, então, o juiz tem o dever de decidir com base nelas (CPC, 371), sob pena de infração ao princípio do direito de provar. De nada valeria o sistema jurídico garantir às partes o direito à produção da prova se ao magistrado fosse dado o poder de ignorá-la.

3.3. Ônus da prova objetivo e a chamada prova dividida

A colisão entre provas produzidas, ou seja, a produção de provas que retratam versões antagônicas acerca de um mesmo fato não autoriza o juiz a utilizar-se da presunção para julgar. Não é legítimo o recurso a esquemas formais de julgamento diante de dificuldade em descobrir a verdade dos fatos.

Cumpra ao magistrado, então, envidar esforços, mediante os instrumentos legais disponíveis (ex.: acareação; inspeção), para sanar a incoerência probatória.

Não obtido êxito nesse intento, incumbe ao magistrado valorar as provas produzidas, a fim de que possa afirmar qual delas é a melhor. A melhor prova não é a que produz a certeza, mas a que, por reunir suficientes elementos convergentes, permite a emissão de juízo comum de probabilidade do *homo medius* em favor de uma das alegações de fato.

³⁷ “(...) la teoría de la carga de la prueba es la de las consecuencias de la falta de prueba y tendrá aplicación, únicamente, cuando haya permanecido incierta una afirmación sobre los hechos” (ROSEMBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: EJEA, 1955. t. II. p. 221-2). “Poderá atuar como regra de julgamento apenas nos casos em que a prova não tenha produzido o convencimento do juiz, situação que poderá levar à conclusão contrária ao detentor desse ônus, que dele não se teria desincumbido, evitando o *non liquet*” (MARCATO, Antonio Carlos. In: MARCATO, Antonio Carlos. CIANCI, Mirna. SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. Curso de direito processual civil aplicado [livro eletrônico]. Barueri: Atlas, 2023).

³⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, T. IV, p. 271.

Somente se não houver possibilidade de afirmar a existência da melhor prova estará o juiz autorizado a lançar mão do julgamento por presunção, mediante utilização do ônus da prova objetivo.

Nesse caso, terá de: (a) comprovar a utilização dos meios legais disponíveis para sanar a incoerência probatória; (b) afirmar a impossibilidade de aferição da melhor prova. Para tanto, fundamentadamente revelará a valoração das provas produzidas, demonstrando a equivalência do seu poder de convencimento.³⁹

3.4. Síntese conclusiva

Em síntese:

- I – a distribuição, legal ou judicial, do ônus da prova encerra, ao mesmo tempo, regra: a) *de conduta*, uma vez que orienta as atividades que as partes devem desenvolver para que possam manter a esperança de resultado favorável na demanda (ônus da prova subjetivo); b) *de julgamento*, uma vez que fornece ao juiz um esquema formal para deliberar diante do vácuo probatório, em vista do veto à pronúncia do *non liquet* (ônus da prova objetivo);
- II – a colisão entre provas produzidas (prova dividida) somente autoriza a utilização do ônus da prova objetivo se o magistrado, após se valer dos meios disponíveis para sanar a incoerência probatória, afirmar a impossibilidade de aferição da melhor prova. Para tanto, fundamentadamente revelará a valoração das provas produzidas, demonstrando a equivalência do seu poder de convencimento.

³⁹ “Sob a perspectiva do juiz, a regra do ônus da prova deve ser compreendida como regra de julgamento. O juiz não pode deixar de julgar sob o fundamento de que tem dúvida sobre as alegações de fato feitas pelas partes. Também não poderá estender indefinidamente a fase instrutória e o processo, até que forme um juízo de certeza absoluta. É preciso que, em determinado momento, o processo acabe e, se ainda restarem dúvidas no espírito do julgador, não obstante toda a atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, a solução será recorrer à regra do ônus da prova” (CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *In: ALVIM, Teresa Arruda. CPC em foco temas essenciais e sua receptividade: dois anos de vigência do Novo CPC* [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018).

III – em qualquer hipótese, o ônus da prova objetivo será sempre subsidiário ao convencimento motivado (CPC, 71). Em outras palavras, a “utilização do ônus da prova como regra de julgamento há de ser a última *ratio* do magistrado”,⁴⁰ uma vez que o domínio do ônus da prova começa quando termina o da livre apreciação.⁴¹

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *In*: SANTOS, Silas Silva [et al.] (Coordenadores). Comentários ao código de processo civil [livro eletrônico]: perspectivas da magistratura. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil [livro eletrônico]. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CAMBI, Eduardo. Direito constitucional à prova no processo civil. São Paulo: RT, 2001.

⁴⁰ SOARES, Ronnie Herbert Barros. Natureza dúplice da inversão do ônus da prova no CDC: regra de julgamento e regra de instrução (carga dinâmica). *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. A prova no direito processual civil. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 597.

⁴¹ “La apreciación libre de la prueba enseña al juez a obtener libremente la convicción de la verdad o falsedad de las afirmaciones sostenidas y discutidas, en el proceso, del conjunto de los debates, a base de sus conocimientos de la vida y de los hombres; la carga de la prueba le enseña a hallar la solución cuando la libre apreciación de la prueba no ha dado ningún resultado. El dominio de la carga de la prueba comienza allí donde termina el dominio de la libre apreciación de la prueba; si el juez atravesó este último sin poder encontrar la solución, la carga de la prueba le da lo que la libre apreciación de la prueba le negó” (ROSENBERG, Leo. La carga de la prueba. Buenos Aires: EJE, 1956, p. 56-7).

CAMBI, Eduardo. DOTTI, Rogéria Fagundes. PINHEIRO, Paulo Eduardo D'Arce. MARTINS, Sandro Gilbert. KOZIKOSK, Sandro Marcelo. Curso de processo civil completo [livro eletrônico]. 3. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CARNELUTTI, Francesco. Lineamenti della riforma del processo civile de cognizione. *Rivista di Diritto Processuale*, 1929, I.

CARPES, Artur. Ônus dinâmico da prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. *In*: ARRUDA, Alvim, Teresa. CPC em foco temas essenciais e sua receptividade: dois anos de vigência do Novo CPC [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DIDIER JR., Fredie. A distribuição legal, jurisdicional e convencional do ônus da prova no novo Código De Processo Civil brasileiro. *Revista de Direito Mackenzie*. 2017, v. 11, n. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2016. v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. II.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, v. III.

ECHANDÍA, Hernando Devis. Compendio prueba judicial. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2000. t. I.

FUX, Luiz. Curso de direito processual civil [livro eletrônico]. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

GRINOVER, Ala Pellegrini. O direito à prova. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

MARCATO, Antonio Carlos. *In*: MARCATO, Antonio Carlos. CIANCI, Mirna. SANTOS, Nelton Agnaldo Moraes dos. Curso de direito processual civil aplicado [livro eletrônico]. Barueri: Atlas, 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Comentários ao CPC (369 ao 380) [livro eletrônico]. São Paulo: RT, 2016, v. VI.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Julgamento e ônus da Prova. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual civil – segunda série. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. *In*: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. DELLORE, Luiz. ROQUE, Andre Vasconcelos. OLIVEIRA JR, Zulmar Duarte de. Comentários ao Código De Processo Civil [livro eletrônico]. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, T. IV.

ROSEMBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires: EJEA, 1955. t. II.

ROSENBERG, Leo. La carga de la prueba. Buenos Aires: EJEA, 1956.

SOARES, Ronnie Herbert Barros. Natureza dúplice da inversão do ônus da prova no CDC: regra de julgamento e regra de instrução (carga dinâmica). *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; LOPES, Ricardo Augusto de Castro. A prova no direito processual civil. São Paulo: Verbatim, 2013.

VERDE, Giovanni. Considerazioni sulla regola di giudizio fondata sull'onere della prova. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 27, 1972.

YARSHELL, Flávio Luiz. Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova. São Paulo: Malheiros. 2009.

Submissão: 08.outubro.2024

Aprovação: 30.outubro.2024

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO NA REVISTA THEMIS

Seguem abaixo as normas para publicação na Revista Themis:

Inédito: somente artigos e/ou resenhas inéditas serão publicadas pela Revista Themis;

Autores/titulação: serão aceitos artigos produzidos por autores com titulação acadêmica “*stricto sensu*” (mestres ou doutores). Caso o interessado não possua tal titulação, poderá produzir o artigo em coautoria com algum destes.

Remessa do artigo para: pauloaria@fadac.com.br

Dúvidas: entre em contato com nosso editor-chefe, Prof. Dr. Paulo Baria: (17) 3216.3472 ou WhatsApp: (17) 9.9739.4019.

Regras para elaboração e formatação dos artigos e/ou resenhas:

1. Título e subtítulo (se houver, devem ser separados por dois pontos): em português e inglês;
2. Área e subárea do Direito;
3. Autor(es) e coautor(es);
4. Qualificação do(s) autor(es) e/ou coautor(es) contendo: nome, titulação acadêmica e profissional, identificadores acadêmicos como Lattes e/ou ORCID, e e-mail que será divulgado;
5. Resumo em português e inglês (com 100 a 200 palavras cada), contendo o campo de estudo, o objetivo, o método, os resultados e a conclusão;
6. Palavras-chave em português e inglês (5 para cada idioma);
7. Sumário (para artigos, antes de iniciar o texto); Dados da obra resenhada (para resenha, com título completo da obra, editora, número de páginas, ano de publicação);
8. Texto com mínimo de 10 e máximo de 20 páginas (para artigos); Texto com mínimo de 2 e máximo de 8 páginas (para resenhas);

9. Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entrelinhas 1,5;
10. Margens esquerda e superior em 3 cm, direita e inferior em 2 cm;
11. Para os artigos, torna-se obrigatória a utilização do sistema de referências ao final do texto, seguindo o padrão da NBR 6023-ABNT/2023, sem numeração dos itens;
12. Eventuais figuras e tabelas devem ser inseridas no corpo do texto e não ao final;
13. Notas devem ser inseridas no rodapé da página onde foi citada, em tamanho 10 e fonte Times New Roman;
14. Pequena conclusão (no máximo 300 palavras);
15. Referências utilizadas no artigo;
16. Serão aceitos artigos redigidos em português, inglês, espanhol, italiano, francês e alemão;
17. As regras para publicação estão disponíveis no site da instituição: www.revistathemis.com.br

A elaboração do artigo pelo convidado pressupõe exclusiva autoria (ou coautoria) e, com esta remessa, fica já autorizada a publicação do artigo, cujos direitos autorais serão cedidos, neste ato, à Revista Themis, de forma não onerosa.

A publicação do artigo fica ainda condicionada à aprovação irrecorrível do Conselho Editorial da Revista, que decidirá sobre eventuais questões omissas nas regras de publicação, observando-se o art. 23 do Regulamento da Revista.

Prof. Dr. Paulo Cesar Baria de Castilho
Editor-Chefe