

# 7

## ENTRE A TEORIA PURA E O DESAFIO KELSENIANO: UMA DEMONSTRAÇÃO PRÁTICA A PARTIR DA INDETERMINAÇÃO JURÍDICA DO CONCEITO DE ASSÉDIO SEXUAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

**Mariana de Carvalho Milet**

Juíza do trabalho substituta no TRT da 6ª Região. Mestranda em Direito pela UFPE. Pós-graduada em Ciência Política pela UNICAP/PE e em Direito Constitucional do Trabalho pela UFBA. Graduada em Direito pela UFPE.

### RESUMO

Segundo a Teoria Pura do Direito seriam racionais as situações jurídicas que dão origem a várias interpretações. Entretanto, o ato de aplicar/interpretar a lei para o caso concreto demandaria um juízo de valor o qual, segundo Kelsen, não é dotado de racionalidade. Ao seguir essa premissa concluímos que as decisões judiciais que demandem interpretação e escolha pelo intérprete seriam arbitrárias e incompatíveis com o dever constitucional de fundamentação racional das decisões. No presente artigo iremos propor uma adequação da Teoria Pura do direito de Hans Kelsen e a análise de conceitos jurídicos indeterminados que demandam uma escolha do doutrinador ou do julgador. Para tanto elegemos um conceito jurídico indeterminado, qual seja o assédio sexual laboral, que demanda interpretação do juiz na hora de decidir. Utilizaremos decisões judiciais acerca deste assunto, proferidas pelo TRT de Pernambuco, para tentar demonstrar que é possível se fazer uma escolha racional dentro da moldura kelseniana.

Palavras-chave: hermenêutica jurídica; assédio sexual; desafio kelseniano; Teoria Pura.

## INTRODUÇÃO

A atividade interpretativa é imanente ao Direito. A questão da interpretação hermenêutica é um problema que demanda atenção de inúmeros doutrinadores e fez surgir diversas teorias para responder aos questionamentos decorrentes da possibilidade de serem estabelecidas regras ou não à atividade de interpretação.

É de conhecimento notório que as normas não conseguem acompanhar a infinidade de situações que surgem das relações interpessoais e demandam uma intervenção estatal por meio do Poder Judiciário. Em razão disso, percebemos que as inúmeras teorias interpretativas do direito são expressão de um fenômeno histórico cultural que se move por meio da interpretação da lei e de sua aplicação aos fatos sociais (JUST, 2014, p.12). Podemos dizer que a produção de conhecimento jurídico é obrigatoriamente contingente. Entretanto, o conteúdo cognitivo de cada teoria deve conduzir a atemporalidade e universalidade dentro do âmbito de sua produção.

O julgador, por sua vez, não pode se furtar de prestar a jurisdição na hipótese de inexistência de previsão normativa no ordenamento jurídico. Surge então a necessidade de se fazer uso da interpretação, o que dá origem a diversos entendimentos e, em consequência, podem emergir até mesmo decisões contraditórias para situações semelhantes.

Para Kelsen, o objeto da ciência jurídica seriam as normas jurídicas (KELSEN, 2021, p.79). A conduta humana só seria analisada pela Ciência do Direito quando constituísse relações jurídicas. Desta forma, só interessam ao conhecimento jurídico aqueles atos de produção e aplicação do direito que formam o conteúdo de normas jurídicas e por elas são determinados (KELSEN, 2021, p.81).

Com base nessa ideia, Kelsen afirma que as possibilidades interpretativas dão o conteúdo científico do ato. Entretanto, a escolha da for-

ma de interpretar determinada situação do ato seria expressão da vontade do intérprete e não um ato de racionalidade. Ademais, apenas o uso da razão é que pode atribuir cientificidade à situação (SAMPAIO FERRAZ, 2003, p.255).

Nesse ponto residiria o desafio Kelseniano proposto por Sampaio Ferraz (2003, p.257): Seria impossível o doutrinador ou o julgador atingirem a verdade metodológica ao escolherem um sentido unívoco para as palavras da lei?

Ao partirmos do entendimento Kelseniano nos deparamos com o questionamento de como deveríamos enquadrar cientificamente aquelas situações não previstas expressamente pelas normas jurídicas, alvo de várias interpretações doutrinárias e que demandam uma atuação dogmática. Uma vez que, segundo a visão acima exposta, numa interpretação literal, ao não estar prevista normativamente, a proposição não poderia ser enquadrada como jurídica ou científica e seria fruto exclusivo de uma escolha. E então seria permitido o *non liquet*?

Nesse contexto de dissociação entre o momento histórico cultural de surgimento e extração dos aspectos atemporais que respaldam o conhecimento científico é que iremos propor uma adequação da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen e a análise de conceitos jurídicos indeterminados que demandam uma escolha do doutrinador ou do julgador.

Merece destaque a ausência de definição pelo ordenamento jurídico brasileiro da caracterização do assédio sexual praticado no âmbito laboral. Em uma época em que muito se fala acerca de paridade de gênero e necessidade de reconhecimento da inserção adequada da mulher em todas as esferas sociais, não se pode admitir que simplesmente a ausência de previsão legal pelo ordenamento jurídico trabalhista não permita a reparação da prática de assédio sexual pelo empregador em face dos trabalhadores por ele contratados.

Inicialmente vamos demonstrar como a ausência de determinação de um conceito jurídico pode gerar decisões divergentes e estabelecer critérios diferentes para uma situação juridicamente similar. Após, iremos abordar o assunto com base Teoria Pura do Direito. Finalmente, iremos propor uma adequação interpretativa à luz do desafio kelseniano lançado por Tércio Sampaio Ferraz.

## **DA INDETERMINAÇÃO JURÍDICA DO ASSÉDIO SEXUAL PRATICADO NO AMBIENTE DE TRABALHO**

Acerca dos julgamentos oriundos do Judiciário, a sociedade espera que, em razão de colocarem fim aos litígios entre as partes, os mesmos sejam corretos e justos. A expectativa é que as decisões proferidas gerem aceitação e convencimento a respeito de sua correção e justiça (KRELL, 2014, p.298).

Ademais, a existência de decisões judiciais díspares dentro de um mesmo Tribunal acerca do assédio sexual denota a importância de uma análise destes julgamentos com base na perspectiva da segurança jurídica que a sociedade busca.

Para demonstrar que, mesmo dentro de um tribunal de segunda instância não existem entendimentos unívocos bem como a importância da atividade interpretativa, foram analisadas algumas decisões prolatadas pelo Judiciário Trabalhista pernambucano, em segunda instância e transitadas em julgado, conforme quadro indicativo:

<b>DECISÕES DO TRT DE PERNAMBUCO SOBRE ASSÉDIO SEXUAL</b>		
<i>NÚMERO DO PROCESSO E DATA DE JULGAMENTO</i>	<i>ASPECTOS CONSIDERADOS PARA CARACTERIZAÇÃO DO ASSÉDIO</i>	<i>RESULTADO DO JULGAMENTO</i>
<b>TRT0000655-31.2018.5.06.0007</b>  DOE 17.6.2021	Repetição da conduta; agente superior hierárquico; desnecessário o contato; conduta inaceitável de ser praticada no ambiente de trabalho; causar prejuízo à atuação laboral da vítima.	Procedência com redução do valor da condenação.
<b>TRT 0000310-53.2018.5.06.0011</b>  DOE 6.10.2020	Ameaça verbal de natureza sexual; agente pode ser superior hierárquico ou não; desnecessário o contato físico; sugestão à vítima de favorecimento ou desprestígio no trabalho; causar prejuízo à atuação laboral da vítima; conhecimento pelos colegas no ambiente de trabalho.	Procedência com aumento do valor da condenação.
<b>TRT - 0000664-86.2015.5.06.0010</b>  DOE 10.12.2019	Agente superior hierárquico; mero convite formulado por e-mail.	Procedência com reforma de sentença de 1º grau.

<b>TRT - 0001102-02.2017.5.06.0412</b> DOE 28.11.2018	Condutas de conotação sexual; repetição do ato; agente superior hierárquico.	Improcedência.
<b>TRT 0000089-27.2014.5.06.0103</b> DOE 1.12.2017	Agente superior hierárquico; repetição de conduta; favorecimento sexual para si; conhecimento no ambiente de trabalho.	Procedência com manutenção da condenação de 1º grau.

Da leitura dos excertos das decisões judiciais percebe-se que se transita entre um mero convite ser considerado assédio sexual e, de outra ponta, a necessidade de ser praticado por superior hierárquico para obtenção de favorecimento, com repetição de conduta e conhecimento por parte de outros trabalhadores. Vê-se, pois, que não há uniformidade nos julgamentos acerca do sentido de assédio sexual.

É preciso destacar, ainda, que, atualmente, a realidade brasileira não permite que tergivermos sobre a violência contra a mulher no ambiente de trabalho, segundo pesquisa do LinkedIn e da consultoria de inovação social Think Eva, o ambiente de trabalho foi o espaço em que 47,12% das participantes afirmam ter sido vítimas de assédio sexual em algum momento. Neste universo, a maioria são mulheres negras (52%) e mulheres que recebem entre dois e seis salários mínimos (49%). A pesquisa mostra ainda que, mesmo entre as mulheres que ocupam posições hierárquicas mais altas, o assédio não deixa de ser uma realidade. E entre as entrevistadas que declararam desempenhar a função de gerente, 60% afirmaram terem sido vítimas de assédio. No caso de diretoras, o número chegou a 55% (OLIVEIRA, 2020).

Vê-se, pois, que o ambiente (LUHMANN, 2016, p.202), aqui entendido como a necessidade social de combate à violência no trabalho

em face da mulher, está dialogando com o sistema de direito através das decisões judiciais.

Acerca do assédio sexual praticado no âmbito laboral a ausência de definição no ordenamento jurídico brasileiro tem impactado no movimento na sociedade civil para informar a população e combater a violência em face da mulher. À guisa de exemplo, o Conselho Nacional de Justiça publicou o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, no qual faz sugestões de como o magistrado deve abordar o assunto em prol do arrefecimento da prática de divisão sexual no trabalho (CNJ, 2021a), bem como uma cartilha descrevendo o que seria assédio moral, sexual e formas de discriminação no âmbito do Poder Judiciário (CNJ, 2021b).

Na esfera internacional existe a Convenção 190 da Organização internacional do trabalho, a qual estabelece regras que propõem a eliminação da violência e do assédio no mundo do trabalho (OIT, 2019). Entretanto, não especifica diretamente qual prática do empregador seria necessária para considerar a existência de assédio sexual. Registre-se que, embora esteja vigente desde junho de 2021, o Brasil não ratificou a convenção e tem adotado postura contrária à incorporação do texto pelo ordenamento jurídico brasileiro (CONFORTI e PORTO, 2019, p.75).

Nem mesmo na doutrina brasileira há um consenso acerca de como caracterizar o assédio sexual laboral. Pamplona (2009, p.2) ao mencionar o art. 216-A do Código Penal, expõe que o assédio sexual é muito maior do que a previsão penal e define-o na Justiça do Trabalho como toda conduta de natureza sexual não desejada que, mesmo repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual.

Já Higa (2016, p.494-495) é enfático ao dizer que a tipificação penal é reducionista e o assédio sexual laboral não pode ser limitado àquele praticado por superior hierárquico e em busca de favorecimento

ou obtenção de vantagem. Entende que para a caracterização do instituto é necessária apenas a repetição de estereótipos voltados à violação da liberdade sexual.

LEIRIA (2022) diz que é imprescindível que a conduta de natureza sexual seja ofensiva e indesejada pela vítima para que se caracterize o assédio sexual. Se a conduta praticada pelo agente envaidece quem a recebe, não há assédio, mas sim sedução.

Segundo a Teoria Pura do Direito, as diversas conceituações doutrinárias acerca assédio sexual praticado no ambiente de trabalho seriam atos racionais, e, portanto, científicos. Entretanto, os argumentos utilizados pelos juizes ou doutrinadores para chegarem às suas conclusões seriam atos volitivos e, em consequência, não racionais e não científicos.

Nessa conclusão estaria o desafio kelseniano: as decisões judiciais que tratam do assédio sexual no ambiente de trabalho e escolhem elementos diversos para considera-lo, sem qualquer filiação doutrinária, seja por misturarem conceitos doutrinários, seja por elegerem situações sequer previstas na doutrina estariam alijadas de qualquer racionalidade científica?

## **DESAFIO KELSENIANO**

A situação de produzir juridicamente ante uma situação fática que demande a utilização de um conceito jurídico indeterminado é um ato de interpretar. E, deve se partir da premissa que toda atividade interpretativa representa uma seleção de possibilidades comunicativas dentro da complexidade discursiva (JUST, 2014, p.19). Entretanto, em se tratando de interpretação jurídica é preciso que se estabeleçam limites sob pena de condução à arbitrariedade.



Para Kelsen, ao interpretar uma norma e proferir uma decisão, o juiz produz um enunciado normativo. Apenas aquelas decisões jurídicas proferidas por um órgão estatal são cogentes e criam um dever ser (KELSEN, 2021, p.131). Uma interpretação produzida em uma petição por um advogado ou um parecer não tem força de norma e, em tese, não gera qualquer tipo de efeito no mundo jurídico.

Com essa atitude Kelsen deixa sem resposta a diferença entre a opinião não técnica e a opinião do doutrinador sobre uma norma ou fato jurídico. A consequência é que para Kelsen não seria possível que interpretações promovidas por órgãos competentes (juizes, por exemplo) dessem origem a alguma teoria dogmática (SAMPAIO FERRAZ, 2003, p.256).

Ademais, os atos jurídicos produzidos por órgãos competentes decorrem de um ato de vontade daquele que prolata a decisão, o qual também tem um conteúdo cognitivo extraído da doutrina. Ao partir desse raciocínio, Kelsen explica que os conceitos jurídicos são vagos e ambíguos propositalmente, haja vista a segurança de existir uma autoridade competente que possa interpretá-los e adequá-los corretamente à situação fática (KELSEN, 2021, p.4) . Outrossim, existe sempre a possibilidade do ato ser revisto por outra autoridade, sendo esta a hipótese de apresentação de recursos.

Para Kelsen a interpretação doutrinária é diversa da interpretação dogmática porque ao doutrinador cabe fazer ciência, demonstrar ao intérprete os inúmeros sentidos que o elemento jurídico possui. Ao fazer isso, o doutrinador oferece subsídios para que o representante do órgão competente, de acordo com sua vontade, escolha o sentido do ato que se adequa à hipótese fática (SAMPAIO FERRAZ, 2003, p.255).

E nas situações em que a doutrina consegue encontrar um sentido unívoco para a lei? Segundo Kelsen, quando se chega a este ponto

não existe ciência, mas política, uma vez que inexistirá a possibilidade de interpretação.

Na medida em que não interessaria para a Ciência do Direito a busca da univocidade de conceitos jurídicos, seria impossível se encontrar uma verdade na hermenêutica e não haveria qualquer valor racional em se buscar definir de apenas uma maneira um conceito jurídico.

Estaríamos diante de uma ciência meramente descritiva, sem qualquer filiação com a aplicação prática do direito. Essa constatação afasta da ciência do direito a noção de moral e justiça, uma vez que não consegue identificar o que é verdadeiro ou falso.

Percebe-se, pois, uma clara necessidade de interpretação do pensamento kelseniano de modo a compatibilizar a necessidade social de segurança jurídica e o entendimento de Kelsen acerca da hermenêutica jurídica.

A priori é preciso esclarecer que o pensamento kelseniano foi construído com base no positivismo. Em uma época em que tudo o que era irracional, ideológico, que não pudesse ser demonstrado ou pensado mediante uma lógica matemática não deveria fazer parte da ciência. Assim, Kelsen, considerando o momento histórico em que vivia, defendia que a mera descrição das situações que poderiam surgir da norma seria suficiente. Assim, tentou criar uma ciência jurídica pautada apenas no sistema de direito, tudo que fosse extrassistêmico deveria ser desconsiderado (Krell e Maia, 2021, p.116).

Mas mesmo que não analise a cientificidade que pode fazer parte dos juízos de valor e da decisão judicial, tampouco as escolhas feitas pelo aplicador do direito, isso não quer dizer que a Teoria Pura deve ser esquecida. Uma vez constatado que a teoria só explica parte da atividade judicial, a sua utilização ou não em determinada situação dependerá do método a ser levado em conta pelo intérprete.

## **CONCLUSÃO: INTERPRETANDO O DESAFIO KELSENIANO**

Percebe-se, pois, que a teoria kelseniana é limitada no que concerne à questão da aplicação do direito e não há como se pensar o direito como uma mera descrição, sem análise de sua aplicação, mesmo que se admita a ausência de compromisso com a verdade. Diante da grandiosidade do pensamento kelseniano e da necessidade de uma análise prática do direito, impõe-se a construção de uma maneira de pensar que os compatibilize.

Deve-se pensar em uma utilização da Teoria Pura do Direito em compatibilidade com métodos a serem utilizados para a prolação da decisão. A partir do método é possível a justificação racional da escolha, sem que se deixe de admitir que a mesma, por mais motivada que seja, não se afasta de um juízo subjetivo de valor, conforme a proposta de Kelsen (Krell e Maia, 2021, p.92).

Veja-se que, conforme demonstrado através da análise de decisões judiciais e exposição de interpretações doutrinárias acerca do assédio sexual laboral é possível que se encontre nas inúmeras descrições normativas uma decisão racional dentre as possíveis, ante a demanda social.

Ao trazer o problema para a ausência de definição do assédio sexual no ambiente de trabalho e a existência de inúmeros conceitos na doutrina, o excesso de relatividade interpretativa colocada nas mãos do órgão competente não acarretaria uma imprevisibilidade excessiva das decisões judiciais e, em consequência, o afastamento da racionalidade das mesmas?

Aqui cabe se fazer uma ponderação que a imprevisibilidade não anda de mãos dadas com a racionalidade. No caso em apreço, a imprevisibilidade das decisões acerca do que seria assédio sexual laboral tem acarretado a diminuição do número de ajuizamento de ações acerca do

tema. O número de ações trabalhistas por assédio sexual vem caindo desde 2015. Mostram os dados do TST, que naquele ano, o órgão registrou 7.634 ações, em 2020, foram apenas 2.448, uma queda de 68%<sup>1</sup>.

Isso demonstra que mesmo motivadas e sendo utilizados os aspectos doutrinários pelos julgadores, a imprevisibilidade das decisões provoca efeitos no mundo social. Entretanto, a análise desses efeitos não é o objeto do presente texto. Foi apenas mencionada para que se descortine uma nova possibilidade de análise retórico-argumentativa do assunto e para demonstrar que nem sempre o excesso de racionalidade constrói situações socialmente justas, mesmo que às luzes do direito sejam assim consideradas. A interpretação jurídica deve sempre ser ponderada para que não dê ensejo a excessos e cause consequências não desejadas ao universo do Direito.

Na esteira da ponderabilidade, o ordenamento jurídico pátrio traz no Código de Processo Civil a necessidade de o juiz fundamentar as suas decisões e no caso de conceitos jurídicos indeterminados, o juiz deve explicar os motivos concretos da sua incidência ao caso. (art.489, §§ do CPC).

Essa norma por si só já permite uma releitura do argumento kelseniano de que as decisões judiciais carecem de racionalidade por advirem de mero ato de vontade do aplicador da lei, diante da multiplicidade de escolhas que pode fazer dentro da “moldura” que abarca as possibilidades.

Então, em tese, ao escolher a justificativa da decisão dentre as possíveis, estaria afastada a arbitrariedade e até a discricionariedade seria conduzida à necessidade de justificar, conforme o respaldo da própria norma processual acima citada.

---

1 <https://www.conjur.com.br/2021-ago-28/reforma-trabalhista-aco-es-assedio-sexual--chegam-cair-68>.

Outro argumento que faz parte da construção interpretativa que se pretende buscar para ultrapassar o desafio kelseniano é que a ideia de moldura surge da impossibilidade de se justificar qual a melhor interpretação possível dentre as existentes. Assim, não se busca a unicidade de uma solução para o caso, mas que na situação fática se escolha a hipótese que melhor se adequa ao fato. A Teoria Pura descarta a busca pela unicidade de conceitos e requer que se busque a melhor solução possível para o caso, a fim de se racionalizar a escolha da decisão, portanto.

Neste aspecto nos valem das inúmeras teorias da argumentação que podem ser utilizadas no momento da escolha da melhor hipótese a ser aplicada ao caso concreto. Para Krell e Maia (2021, p.106) uma boa justificação da escolha deve se pautar em racionalidade, objetividade e certeza. Tudo depende dos objetivos do aplicador da lei.

Assim, se a decisão judicial for resultado de uma escolha dentre as oferecidas na “moldura”, for justificada com base em argumentos racionais e objetivos, no ordenamento jurídico brasileiro, seria válida. Logo, podemos dizer que todas as decisões analisadas acerca de assédio sexual praticado no ambiente de trabalho são racionais e tem compromisso com a verdade metodológica. Diante da análise do caso concreto, o julgador escolheu elementos, dentre os oferecidos pela doutrina, pela legislação não trabalhista e por outros julgamentos – sendo esta a “moldura kelseniana”, que tornaram a decisão fruto de um ato de vontade racional e não discricionário.

Portanto, considerando que o casuísmo representa um exercício saudável de interpretação (CASTRO, Torquato, 1983), o desafio kelseniano lançado por Tercio Sampaio Ferraz Jr., merece ser transposto com a utilização de métodos que permitam compatibilizar a escolha das hipóteses que compõem a moldura kelseniana e a necessidade de aplicação/ interpretação do direito exigida socialmente.

## LISTA DE REFERÊNCIAS

CASTRO, Torquato. **Causalidade jurídica no Direito Romano: o título na linguagem jurídica dos romanos: legitimatio, causa e titulus.** Recife, OAB, 1983.

CONFORTI, LUCIANA; PORTO, Noêmia. Haverá ratificação? **Revista Proteção**, São Paulo, p.74-75, ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). **Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero.** Brasília: CNJ, 2021a. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (BRASIL). **Assédio Moral, sexual e discriminação: política de prevenção e enfrentamento no âmbito do Poder Judiciário.** Brasília: CNJ, 2021b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wpcontent/uploads/2021/09/cartilha-assediomoral-aprovada.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2021.

HIGA, Flávio da Costa. Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda?. **Revista Direito GV [online]**. São Paulo, v. 12, n. 2, p. 484-515, maio/ago. 2016. Disponível em: . Acesso em 22 dez. 2021.

JUST, Gustavo. **Interpretando as teorias da interpretação.** São Paulo: Saraiva, 2014.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução João Baptista Machado. 8ª edição. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

KRELL, Andreas. Entre o desdém teórico e a aprovação na prática. Os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, v.10, n.1, p.295-320, jan-jun 2014.

KRELL, Andreas, MAIA, Vítor. A racionalidade na interpretação e aplicação do direito: do desafio kelseniano ao desafio dos bons argumentos. **R. Opin. Jur.**, Fortaleza, ano 19, n. 32, p.85-116, set./dez. 2021

LEIRIA, Maria de Lourdes. **Assédio Sexual Laboral, agente causador de doenças do trabalho. Reflexos na saúde do trabalhador.** 2<sup>a</sup>ed. São Paulo: LT, 2019.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral.** Tradução: Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

OLIVEIRA, Semayat. O ciclo do assédio sexual no ambiente de trabalho. **ThinkEva**, 2020. Disponível em: <https://thinkeva.com.br/pesquisas/assedio-no-contexto-do-mundocorporativo/>. Acesso em 10 de novembro de 2022.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Assédio sexual: questões conceituais. **Revista do CEPEJ**, Salvador, CEPEJ, n. 10, p.26-46, 2009.