

REVISTA ELETRÔNICA



LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região
V.13 - n.129-Março/24

REVISTA ELETRÔNICA DO TRT-PR

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO PARANÁ

PRESIDENTE

Desembargador
CÉLIO HORST WALDRAFF

VICE-PRESIDENTE

Desembargador
MARCO ANTÔNIO VIANNA MANSUR

CORREGEDORA REGIONAL

Desembargador
BENEDITO XAVIER DA SILVA

EDITOR CHEFE

Desembargador
LUIZ EDUARDO GUNTHER

ASSESSORA EDITORIAL

Patrícia Eliza Dvorak

COLABORADORES

Secretaria Geral da Presidência
Assessoria da Direção Geral

APOIO À PESQUISA

Elisandra Cristina Guevara Millarch

FOTOGRAFIAS E IMAGENS

Assessoria de Comunicação
Acervos digitais (Creative Commons)
iStockphoto LP

Catálogo: Sônia Regina Locatelli - Analista Judiciário - CRB9/546

R454 Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná [recurso eletrônico]. / Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. - n. 1 (out. 2011)-
. - Dados eletrônicos. - Curitiba, 2019-

Mensal

ISSN 2238-6114

Modo de acesso: <https://www.trt9.jus.br>

1. Direito do trabalho - periódicos. 2. Processo do trabalho - periódicos.

I. Título

CDU: 331:347.9(05)

Edição temática - Periodicidade Mensal
Ano XIII - 2024 - n.129

EDITORIAL

A edição desse mês trata da liberdade de expressão nas relações de trabalho.

Guilherme Guimarães Feliciano analisa a tutela da privacidade na sociedade de informação no que diz respeito às relações de trabalho.

Luiz Eduardo Gunther, Bruno Vosgerau e Gustavo Afonso Martins analisam o valor constitucional denominado, Liberdade de Expressão, (art. 5º, IV, art. 220, CF/88), bem como expresso no art. 19, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como definido pela Lei nº. 2.083/53, que regula a liberdade de imprensa.

Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima e Luiz Eduardo Gunther realizam estudos sobre o assédio moral virtual, em especial sobre o teleassédio, assim como a consequência dessa nova modalidade de assédio através da rede mundial de computadores, tendo ainda como objetivos específicos refletir sobre os impactos da revolução digital e a mudança no mundo do trabalho, assim como trazer uma visão ética e humana face ao digital, buscando ainda promover o necessário equilíbrio na relação de poder promovida pelo meio digital.

Martha Elisa Monsalve Cuellar analisa a saúde mental dos cuidadores de idosos frente ao envelhecimento populacional em nível mundial.

Igor Vargas Santana Mendes de Oliveira e Rodrigo Thomazinho Comar apresentam a origem, conceito e as características na contemporaneidade do trabalhador eventual, se utilizando do Código Civil, Doutrina e Estudos fornecidos pelo IBGE.

Sophia Schneiberg de Castro Lima e Allesandra Ribeiro Melo abordam a inovação da Quarta Revolução Industrial, a Inteligência Artificial (IA), realidade que já pode ser percebida no âmbito do Direito, onde despontam ferramentas de IA capazes de facilitar o cotidiano jurídico.

A edição conta também com acórdãos sobre o tema.

Desejamos a todos boa leitura!

SUMÁRIO

Artigos

- | | |
|-----|--|
| 07 | A proteção brasileira de dados pessoais nas relações de trabalho: Síntese de uma abordagem crítico-constructiva de base principiológica e humanista - Guilherme Guimarães Feliciano |
| 46 | Liberdade de expressão, fake news e os limites da manifestação do pensamento - Luiz Eduardo Gunther, Bruno Vosgerau e Gustavo Afonso Martins |
| 68 | O assédio moral virtual: teleassédio, ciberética e a necessidade de uma visão ética e humana face ao digital - Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima e Luiz Eduardo Gunther |
| 90 | Artigo Especial - La salud mental de los cuidadores de personas adultas - Martha Elisa Monsalve Cuellar |
| 96 | Artigo Especial - Estudos sobre trabalhador eventual, vínculo de emprego e o contrato intermitente de trabalho - Igor Vargas Santana Mendes de Oliveira e Rodrigo Thomazinho Comar |
| 110 | Artigo Especial - Inteligência artificial no sistema judiciário: a função dos algoritmos como serviço estratégico nos processos de decisões judiciais - Sophia Schneiberg de Castro Lima e Allesandra Ribeiro Melo |

Decisões, Sentenças e Acórdãos

- | | |
|-----|---|
| 124 | Processo nº 0000634-27.2022.5.09.0041 (RORSum), da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Relatora Odete Grasselli |
| 131 | Processo nº 0001332-26.2017.5.09.0003 (ROT) da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Relator Benedito Xavier Da Silva |

151	Processo nº RO-0011715-03.2016.5.09.0002 da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Relator Marcus Aurelio Lopes
175	Processo AIRR - 2361-81.2015.5.02.0034175 da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Relator Vieira de Mello Filho
187	Processo AIRR - 10683-66.2015.5.01.0051 da 4ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Relatora Maria de Assis Calsing

A PROTEÇÃO BRASILEIRA DE DADOS PESSOAIS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: SÍNTESE DE UMA ABORDAGEM CRÍTICO-CONSTRUTIVA DE BASE PRINCIPIOLÓGICA E HUMANISTA*

Guilherme Guimarães Feliciano

Resumo

A tutela da privacidade na sociedade de informação deve ser ressignificada, de modo a não mais se limitar apenas à proteção do indivíduo, nas suas esferas concêntricas da vida privada, da intimidade e do segredo, contra intromissões indevidas do Estado e de terceiros. No romper do novo milênio, os dados pessoais transformam-se em *commodities* e, porque traduzem atributos personalíssimos da pessoa natural, precisam ser especialmente protegidos, resguardando-se os direitos e liberdades individuais em contextos tão novos quanto desafiadores: o sigilo de comunicações telemáticas, as potencialidades e riscos da biometria, a integridade do patrimônio e da identidade genética, os vieses discriminatórios de base inumana etc. As novas vulnerabilidades, ademais, ganham expressão e profundidade quando se somatizam as subalternidades, como se dá nas relações de emprego: os empregados hipersubordinam-se, confiando aos empregadores os seus dados pessoais e a eles se sujeitando já não apenas na relação empregado/empregador, mas na relação titular/controlador. No Brasil, especialmente após a promulgação da EC 115/2022 e a inserção do direito fundamental à proteção de dados pessoais no rol do artigo 5º da Constituição da República, é imperioso reconhecer que a Lei 12.709/2018, como estatuto de proteção dos dados pessoais, deve ser interpretada/aplicada a partir de um referencial humanista, assentado em seus fundamentos (art. 2º) e sobretudo em seus princípios (art. 6º), com desdobramentos semânticos que reconheçam o papel instrumental – e não finalístico – das tecnologias.

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

Guilherme Guimarães Feliciano

Juiz titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté (15ª Região). Juiz auxiliar da Vice-Presidência Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (2021-2022). Professor Associado I do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Penal pela USP. Doutor em Direito Processual Civil pela Universidade de Lisboa. Pós-Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Livre-docente em Direito do Trabalho pela USP. Titular da Cadeira n. 53 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

Palavras-chave: **1.** Dados pessoais (Direito do Trabalho). **2.** Privacidade (Direito do Trabalho). **3.** Lei Geral de Proteção de Dados. **4.** Lei 12.709/2018. **5.** Direito à informação (Direito do Trabalho).

Sumário:

Introdução

1. A proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro

1.1. Dimensão constitucional: a Emenda Constitucional 115/2022

1.2. Dimensão legal: a Lei 12.709/2018 (LGPD)

2. Os princípios: reconstrução crítica de sentidos

2.1. Ilustrando a abordagem crítico-constitutiva (1): a autodeterminação informativa e a boa-fé

2.2. Ilustrando a abordagem crítico-constitutiva (2): a proporcionalidade no tratamento de dados (finalidade, adequação, necessidade)

2.3. Ilustrando a abordagem crítico-constitutiva (3): a transparência (remuneratória, cognitiva, informativa, comunicativa)

Considerações finais

Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

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

Os palcos técnico-jurídicos do juslaboralismo contemporâneo foram levantados sobre os tablados novecentistas da centralidade do trabalho humano de cariz fordista-taylorista – e, portanto, de uma imagem da realidade cada vez mais distante das formas reais e contratuais do século corrente –, o que torna o desafio dogmático e hermenêutico em torno da proteção de dados pessoais do trabalhador ainda maior. Isso porque a pouca pesquisa consolidada que temos sobre o tratamento de dados pessoais no contexto das relações jurídica em geral (e das relações de trabalho em

especial) não é, em absoluto, animadora. Falemos daquelas. Entre julho de 2020 e julho de 2021, houve um aumento altamente significativo no número e no valor médio das multas aplicadas, na Europa, com base no GDPR: o número de violações aumentou em 113,5%, enquanto o número de multas aplicadas teve um incremento de 124,92%. As multas aplicadas à Amazon (€ 746 milhões) e ao Whatsapp (€ 225 milhões) superaram imensamente o valor daquela que havia sido, até então, a maior multa em quase três anos (aplicada à Google, de € 50 milhões). As multas de valores mais elevados foram aplicadas pelas autoridades de Luxemburgo, Irlanda, França, Alemanha, Itália e Reino Unido.¹ Nada obstante, apesar das multas e fiscalizações, os números das vulnerabilidade eram igualmente grandiosos: em abril de 2019, estimava-se que 88% das empresas com mais de um milhão de pastas tinham 100 mil pastas virtuais acessíveis por todos os funcionários; 30% das empresas tinham mais de mil pastas sensíveis abertas a todos; 57% das empresas tinham mais de mil pastas com permissões inconsistentes; apenas 3% das pastas de uma empresa, em média, estavam protegidas; 22% das violações de dados, dois anos antes (em 2017), envolviam o uso de identidades digitais subtraídas; 36% dos dados comprometidos, também em 2017, possuíam conteúdos sensíveis como nome, aniversário e gênero; roteadores e câmeras conectadas compunham 90% dos dispositivos infectados; um ataque cibernético ocorria a cada 39 segundos; e 27% das violações de dados eram causadas por erros humanos.²

Para fazer frente a esse cipoal infindável de riscos, as administrações e parlamentos ao redor do mundo passaram a dar a resposta institucional mais óbvia: a *regulação jurídica*. Nesse sentido, examinaremos adiante, no capítulo 2, os principais modelos de regulação disponíveis a um estudo mais atento: o modelo europeu (GDPR), o modelo californiano (CCPA) e o modelo sul-africano (POPIA), para em seguida, a partir desses subsídios, proceder à análise crítica da Lei 13.709/2018 – a nossa Lei Geral de Proteção de Dados – e, no que couber, da legislação correlata (com particular ênfase para a Lei 12.965/2014, do Marco Civil da Internet).

De outra parte, se temos uma legislação geral de boa técnica e qualidade, não se pode negar a sua lacunosidade. A LGPD não contém, em toda a sua extensa redação, o vocábulo “trabalho”, como tampouco – aliás, tanto menos – o vocábulo “emprego”. Diversamente de sua congênere europeia, a Lei 13.079/2018 simplesmente ignorou

1 Cf. <https://dataprivacymanager.net/5-biggest-gdpr-fines-so-far-2020/> (“20 biggest GDPR fines so far [2019, 2020, 2021 & 2022]”, 1.2.2022). Acesso em 15.2.2022.

2 Cf. BERTOLLI, Emilia. 56 estatísticas de violação de dados para 2019. **Varonis** (Inside Out Security), 5.4.2019. Disponível em: <https://www.varonis.com/pt-br/blog/56-estatisticas-de-violacao-de-dados-para-2019>. Acesso em: 31.1.2021.

a hipótese do tratamento de dados sob o pálio da subordinação jurídica própria das relações de emprego; e, de um modo geral, ignorou as especificidades da proteção de dados pessoais em quaisquer espécies de relações de trabalho, algumas das quais são cada vez mais recorrentes nestes tempos de vínculos líquidos. Assim, *e.g.*, estima-se que existiam no Brasil, em 2021, nada menos do que 1,4 milhão de trabalhadores por aplicativos (IPEA); cinco anos antes, eram apenas 870 mil.³ Temos, pois, um milhão e meio de pessoas que, na sua atividade laboral – aquela que, a rigor, absorve-os durante a maior parte do tempo em vigília –, compartilham dados de toda ordem (inclusive dados pessoais sensíveis), entre si e com terceiros (consumidores, plataforma etc.), por canais digitais com as mais diversas características. E o fazem, de regra, sem qualquer transparência nas relações em curso. Aliás, repise-se: sem qualquer legislação específica.

Para regular esses aparentes vácuos jurídicos, o Poder Judiciário brasileiro vem sendo instado a se pronunciar, especialmente pelo seu ramo trabalhista (i.e., a Justiça do Trabalho). E aos juízes do Trabalho restarão, em larga medida, as *normas-princípios* do artigo 6º da LGPD,⁴ à falta de normais legais mais minudentes ou flexíveis. Para examinar o respectivo “*modus*”, desenvolve-se o presente estudo. *Voilà*.

1. A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

1.1. Dimensão constitucional: a Emenda Constitucional 115/2022

No panorama constitucional brasileiro, reza o art. 5º, X, da Constituição da República ser direito fundamental dos brasileiros e estrangeiros residentes no país (*rectius*: de todas as *pessoas* sujeitas à ordem jurídico-constitucional brasileira)⁵ a *inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem*, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. Esse preceito é o que melhor retrata, em todo o texto constitucional vigente, a ideia de *privacy* desdobrada

3 Cf. https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=38565 (“1,4 milhão de entregadores e motoristas no Brasil estão na Gig economy”, 7.10.2021). Acesso em: 16.2.2022.

4 Utilizamos neste estudo, para todos os efeitos, o conceito de *princípio* como “*mandado de otimização*” (“*Optmierungsgebot*”), convergindo para a semântica de Robert Alexy (ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996, pp.71-99). Isso vale inclusive para a *proporcionalidade* (*infra*, 2.2), que também reputamos ser um princípio (v., *e.g.*, FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo**: Tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do “*due process of law*”. São Paulo: LTr, 2016, seção 14.1), conquanto o próprio Alexy não o faça; ou, ao menos, não no mesmo sentido com que opõe normas-princípios e normas-regras, já que prefere utilizar a expressão “*Grundsatz*” (e não “*Prinzip*”).

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

até este ponto, inclusive a partir das contribuições densificadas ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX nas tradições jurídicas anglossaxônica e romano-germânica.

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

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

A proteção de dados pessoais é fruto da evolução histórica da própria sociedade internacional: diversos são os Países que adotaram leis e regras sobre privacidade e proteção de dados. Isso porque o assunto, cada vez mais, na Era informacional, representa riscos às liberdades e garantias individuais do cidadão.

O avanço da tecnologia, por um lado, oportuniza racionalização de negócios e da própria atividade econômica: pode gerar empregabilidade, prosperidade e maior qualidade de vida. Por outro lado, se mal utilizada ou se utilizada sem um filtro prévio moral e ético, pode causar prejuízos incomensuráveis aos cidadãos e à própria sociedade, dando margem, inclusive, à concentração de mercados.

Por isso, países de todo o planeta já visualizaram a importância e imprescindibilidade de se regular juridicamente o tratamento de dados dos cidadãos. É o caso dos membros da União Europeia, que, hoje, já contam com a segunda e moderna versão regulatória sobre o assunto, chamado de Regulamento Geral de Proteção de Dados. O RGPD entrou em vigor em 25 de maio de 2018, gerando um impacto de nível global, sobretudo em face de milhares de empresas que ofertam serviços ao mercado europeu.

Na América do Sul, países vizinhos como Chile e Argentina, entre outros, já contam com leis próprias de proteção de dados.

De fato, **a privacidade tem sido o ponto de partida de discussões e regulações dessa natureza, mas já se vislumbra, dadas as suas peculiaridades, uma autonomia valorativa em torno da proteção de dados pessoais, de maneira, inclusive, a merecer tornar-se um direito constitucionalmente assegurado.**

Foi o caso de Portugal: sua Constituição, adotada em 1976, assegura o direito e a garantia pessoal de utilização da informática, estabelecendo, também, normas específicas de acesso e tratamento de dados pessoais. Algo similar se vê na Estônia, Polônia e, mais recentemente, no Chile, que, em 5 de junho de 2018, editou a *Ley n. 27.096*, constitucionalizando a proteção de dados pessoais.

Convictos de que **o Brasil necessita muito mais do que uma lei ordinária sobre o assunto, apesar da envergadura jurídica da Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD), propomos a presente mudança à Constituição Federal.** [...] (g.n.)

E assim foi apresentada.

Após breve tramitação, sobreveio a aprovação do Parecer (SF) 45/2019, de relatoria da Senadora Simone Tebet (MDB-RS), na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado, em 22 de maio de 2019. À altura, acolheu-se sugestão de redação do Senador Rodrigo Pacheco (PSD-MG), como Emenda de Redação 1-CCJ, apenas para inserir a proteção de dados pessoais no final do inciso XII do art. 5º (e já não em um inciso XII-A).⁶ Abriu-se ainda o texto à consulta pública virtual (com resultado favorável). Do parecer aprovado, referendando vários dos apontamentos feitos acima (notadamente quanto aos escândalos mundiais que animaram o labor legislativo) e aparentemente identificando o direito à proteção de dados como um direito de quarta dimensão (ou “geração”), extrai-se o seguinte excerto:⁷

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

7 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7956540&disposition=inline#Emenda1>. Acesso em: 10 fev. 2022.

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

No Brasil, o Constituinte Originário consagrou expressamente o princípio da dignidade humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Todavia, devido à constante evolução dos assuntos ligados à proteção e tratamento dos dados pessoais e à natureza desse tipo de relação em um cenário onde as desigualdades não se situam apenas na relação Estado/particular, mas também entre os próprios particulares, nas relações privadas, se faz imperioso acrescentar, de forma inequívoca, a proteção dos dados pessoais no rol das garantias individuais, ao lado de direitos fundamentais consagrados. Os direitos de quarta dimensão – apesar de não haver consenso na doutrina sobre qual o conteúdo dessa espécie de direito – são aqueles relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo. [...] Desta análise, pode-se afirmar que questões efetivas e atuais como a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, a proteção dos direitos da personalidade, principalmente a proteção à privacidade e intimidade, o direito ao esquecimento como atributo relativo ao direito da personalidade, trazem à baila a necessidade da proteção dos dados pessoais com enfoque constitucional.

Nesse sentido, a PEC n. 17, de 2019, recepciona, em âmbito constitucional, o espírito da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que estabeleceu princípios, garantias, deveres e direitos para o uso da internet no País, e que assegurou ao cidadão brasileiro que o acesso à internet é essencial para o exercício da cidadania [...]. Da mesma forma, ampara as disposições trazidas na Lei n. 13.709, de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados), que regula o armazenamento e a transmissão de dados pessoais, e estabelece um padrão mínimo de proteção de dados, com o objetivo de proteger a liberdade, a privacidade e o livre

desenvolvimento da personalidade da pessoa natural. [...]

Por fim, após toda a tramitação bicameral necessária, o texto foi aprovado em sessão plenária do Senado, ainda no ano de 2021 (20 de outubro), com sessenta e quatro votos no primeiro turno e setenta e seis votos no segundo (mas sempre de forma unânime). Meses depois, foi promulgado pelo Presidente do Senado da República e do Congresso Nacional, Senador Rodrigo Pacheco, em 10 de fevereiro de 2022, como **Emenda Constitucional 115, de 10 de fevereiro de 2022**. O fato foi amplamente noticiado pela mídia nacional,⁸ ante a sua relevância e a sua novidade: a proteção de dados pessoais passava a ter “abrigo constitucional”, nas palavras da relatora Simone Tebet.

Desse modo, o art. 5º passou a contar com o inciso LXXIX, sob a seguinte redação:

Art. 5º [...] LXXIX – **é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.** (g.n.)

Constitucionalizou-se, pois, o direito fundamental à proteção de dados pessoais, *inclusive* nos meios digitais. Engendrou-se, para tanto, uma *norma constitucional de eficácia contida ou restringível* (i.e., de efeitos imediatos, independentemente de qualquer regulamentação, conquanto possam ter a sua eficácia restringida ou modulada pela legislação infraconstitucional);⁹ e, com efeito, coube à lei ordinária definir, inclusive, o que se deve entender por “dados pessoais” para os efeitos constitucionais (LGPD, art. 5º, I): o direito fundamental em testilha está dirigido a *pessoas naturais* (identificadas ou identificáveis), não a pessoas jurídicas.

1.2. Dimensão legal: a Lei 12.709/2018 (LGPD)

8 V., e.g., <https://g1.globo.com/politica/noticia/2022/02/10/congresso-promulga-pec-que-transforma-protecao-de-dados-pessoais-em-direito-fundamental.ghtml>; www12.senado.leg.br/tv/plenario-e-comissoes/sessao-solene-do-congresso-nacional/2022/02/congresso-promulga-emenda-constitucional-sobre-protecao-de-dados; www.acontecenors.com.br/noticia/41677/congresso-promulga-emenda-da-protecao-de-dados-na-quinta-feira; www.camara.leg.br/noticias/848902-congresso-promulga-emenda-da-protecao-de-dados-pessoais-na-quinta-feira; www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/02/07/congresso-promulga-emenda-da-protecao-de-dados-na-quinta-feira; e assim sucessivamente. Acessos em: 10 e 11 fev. 2022. A matéria também ganhou destaque nos noticiários em televisão aberta, durante todo o dia 10 de fevereiro de 2022.

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

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

E, com efeito, a LGPD brasileira, como sancionada em 2018, já não era um “apêndice” do Marco Civil da Internet. Projetava-se bem além dele, tanto *horizontalmente* – na medida em que não se limitou ao tratamento de dados no mundo digital (ao contrário, “dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, **inclusive** nos meios digitais”¹⁰ e “aplica-se a qualquer operação de tratamento realizada por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, **independentemente do meio**”¹¹ – como também, e sobretudo, *verticalmente* – porque não se ateve ao paradigma de proteção consumerista (como em boa medida fez a CCPA e, entre nós, a Lei 12.965/2014), mas aprofundou os mecanismos de tutela de direitos e liberdades fundamentais (notadamente quanto à inviolabilidade da intimidade e da vida privada) –, compondo um dos mais completos modelos jurídico-legais de proteção de dados atualmente em vigor.¹² Quanto à projeção vertical, a propósito, entenda-se bem: é indene de dúvidas que a proteção do consumidor também tem ancoragem constitucional (CFRB, arts. 5º, XXXII, e 170, V; ADCT, art. 48); mas se trata de uma tutela vinculada a um pano de fundo imerso em relações civis de trato patrimonial, ao passo que o debate em torno da proteção da “*privacy*” é mais extenso, mais profundo, mais antigo e essencialmente humanista, na melhor acepção de Fromm.¹³

Temos entendido, com Tepedino¹⁴ e outros, que, a partir do último quartel

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

11 LGPD, art. 3º, *caput* (g.n.).

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

13 “A person who has not been completely alienated, who has remained sensitive and able to feel, who has not lost the sense of dignity, who is not yet “for sale”, who can still suffer over the suffering of others, **who has not acquired fully the having mode of existence** - briefly, a person who has remained a person and not become a thing - cannot help feeling lonely, powerless, isolated in present-day society. He cannot help doubting himself and his own convictions, if not his sanity. He cannot help suffering, even though he can experience moments of joy and clarity that are absent in the life of his “normal” contemporaries” (FROMM, Erich. **The art of being**. London: Bloomsbury Publishing, 1992, Part I, subseção 11 – g.n.).

14 TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Temas de Direito Civil**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 8 e ss. V.

do século XX, a legislação brasileira passou a se alinhar com os arquétipos da chamada “era dos estatutos”. Com efeito, sob a influência de ondas renovatórias que impactaram o padrão jurídico ocidental nos últimos trinta anos, o direito nacional tem se inclinado para a densificação de *microssistemas jurídicos*, de base legislativa e dogmática, que já não obedecem as linhas divisórias inflexíveis dos grandes ramos jurídicos – tributários, por sua vez, da lógica binária que o direito moderno herdou do direito romano (e da “*summa divisio*” de Ulpiano: “*ius publicum*”/“*ius privatum*”) –, mas se constroem e reconstroem sob uma lógica mais complexa, interativa e holística de transversalidade essencial. Essa era dos estatutos, própria de um criticismo jurídico “pós-moderno” (i.e., melhor adaptado às fragmentações da pós-modernidade e infenso às “grandes narrativas explicativas” da modernidade),¹⁵ sinaliza a superação da falsa ideia de completude e de suficiência que vinha animando, desde a viragem entre os séculos XVIII e XIX,¹⁶ a era dos grandes códigos, compilados por ramos dogmáticos tradicionais (Código Civil, Código Comercial, Código Penal, Código de Processo Civil, Código de Processo Penal, Código Tributário etc.). Passa-se a privilegiar, nos planos institucional (inclusive legislativo) e científico, leis específicas de corte *setorial*, *temático* e *transversal*, menos patrimonialistas e mais conectadas às demandas sociais e culturais nascentes, próprias de uma sociedade em constante mutação e dos imprevisíveis avanços do estado da técnica. Como dissemos alhures,

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

.....
ainda, para o caso específico do CDC, KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Constitucionalização do Direito Civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 870, abr. 2008, p. 81-104; e para o campo jurídico-civil em geral – citando, como exemplos desse novo tempo de “independentização de institutos, categorias e conceitos”, o Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.121/1962), o CDC, o ECA e o Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001) –, v. ISERHARD, Antônio Maria. A ideia de sistema jurídico e o novo Código Civil: Contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 23, 2003, p. 37-46 (especialmente p. 42).

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

16 Fase de que o principal símbolo talvez seja o *Code Napoléon*, i.e., o código civil francês de 1804, que marcou o espírito do seu tempo.

de estatutorização” que se iniciou na década de noventa do século passado.¹⁷

Agora, convém incluir, nesse mesmo rol, a *própria Lei Geral de Proteção de Dados*, que é, a rigor, um *estatuto* de proteção de dados pessoais. Dotada de inegável transversalidade, abre-se com um quadro geral de princípios sob ancoragem constitucional (e.g., arts. 2º e 6º), seguindo-se a ele capítulos logicamente encadeados com regras interpoladas de Direito Civil (e.g., arts. 42, *caput* e §1º, 43, 44, 45 etc.), regras de Direito Processual Civil (e.g., art. 42, §§ 2º e 3º), regras de Direito Administrativo (e.g., arts. 23 a 30, 50 a 54 e 55-A a 55-L) e, a nosso ver, até mesmo regras materialmente constitucionais (e.g., arts. 17 e 64)¹⁸. Ademais, se a LGPD não é ainda mais transversal e interdisciplinar – como são, p. ex., o GDPR, a CCPA e a POPIA (inclusive com regras jurídico-penais e jurídico-laborais)¹⁹ –, é porque o legislador nacional refreou-se sobremodo, ao tempo da tramitação, quanto às possibilidades abertas para o regramento nacional da proteção de dados pessoais. Assim, p. ex., evitou-se a matéria penal (diversamente do que se vê, p. ex., no ECA,²⁰ no CDC,²¹ no Estatuto do Idoso²² ou no Estatuto da Igualdade Racial²³), provavelmente em razão do estrépito público negativo que se estabeleceu em torno da “Lei Azeredo”, dita “AI-5 digital”, e que antecedeu a discussão legislativa do Marco Civil da Internet e da própria LGPD.²⁴ Houve, ademais, uma falha injustificável quanto à matéria trabalhista, como diremos com vagar no capítulo 4. Essa omissão – que talvez se explique pelo insulamento dogmático e pelo desprestígio quase atávico que acompanha o Direito do Trabalho brasileiro desde as suas origens – passa a exigir grande energia intelectual para as

17 FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo...**, p. 747, nota n. 2249.

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

19 No GDPR, p. ex., vejam-se o art. 10 (“*processing of personal data relating to criminal convictions and offences*”) e o art. 88 (“*processing in the context of employment*”).

20 Lei 8.069/1990 (arts. 225 e ss.).

21 Lei 8.078/1990 (arts. 61 e ss.).

22 Lei 10.741/2003 (arts. 93 e ss.).

23 Lei 12.288/2010 (art. 24, VIII, art. 61).

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

derivações hermenêuticas necessárias ao trato da proteção de dados pessoais nas relações de trabalho, notadamente a partir dos fundamentos do art. 3º e das normas-princípios do art. 5º.

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

2. OS PRINCÍPIOS DA LEI GERAL DO PROTEÇÃO DE DADOS: RECONSTRUÇÃO CRÍTICA DE SENTIDOS

Nos termos do art. 6º da LGPD, as atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar, no território brasileiro (e nas hipóteses de extraterritorialidade derivadas do art. 3º da LGPD),²⁵ os seguintes princípios: **(a)** o princípio da finalidade; **(b)** o princípio da adequação; **(c)** o princípio da necessidade; **(d)** o princípio do livre acesso; **(e)** o princípio da qualidade dos dados; **(f)** o princípio da transparência; **(g)** o princípio da segurança; **(h)** o princípio da prevenção; **(i)** o princípio da não discriminação; e **(j)** o princípio da responsabilização e prestação de contas (*"accountability"*). A partir do artigo 2º, ademais, podem-se identificar outras normas-princípios aplicáveis à matéria, específicos (como, p. ex., o princípio da autodeterminação informativa: art. 1º, II) ou mais gerais (como, p. ex., os princípios da dignidade da pessoa humana, da livre iniciativa e da livre concorrência, ali referidos como "fundamentos").

Dados os limites de espaço para o presente estudo, não será possível desdobrar todas as normas-princípios acima elencadas, evidenciando as suas principais aplicações no âmbito das relações laborais. Seleccionamos, entretanto, seis deles – o princípio da autodeterminação informativa, o princípio da boa-fé, o princípio de finalidade, o princípio da necessidade, o princípio da adequação e o princípio da transparência – para

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

demonstrar como *podem* e *devem* ser aplicados aos contratos individuais de trabalho, em situações concretas, a partir da abordagem crítico-constructiva que optamos por sustentar.

2.1. Ilustrando a abordagem crítico-constructiva (1): a autodeterminação informativa e a boa-fé

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

Apenas para ilustrar, o art. 2º da LGPD estabelece, como *fundamentos* da disciplina legal de proteção de dados pessoais, **(i)** o respeito à privacidade, **(ii)** a autodeterminação informativa, **(iii)** a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião, **(iv)** a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem, **(v)** o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, **(vi)** a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, e, por fim, **(vii)** os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

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

Diante da insurgência geral, a questão finalmente chega ao BvG. E, ao final

de um longo julgamento, o tribunal reconhece a inconstitucionalidade da lei, por engendrar um incontornável excesso na intervenção estatal. Com os recursos de processamento eletrônico de dados (na década de oitenta), a que se associaria a coleta ininterrupta de dados minuciosos sobre pessoas determinadas, passíveis de serem ilimitadamente armazenados, combinados, compartilhados e consultados, a qualquer tempo e distância, o Estado poderia formar perfis completos de personalidade a respeito de qualquer cidadão, sem que os titulares de dados pudessem minimamente controlar a exatidão desses perfis ou os seu usos potenciais e efetivos.²⁶ Violava-se, portanto, o direito fundamental à autodeterminação individual, que pressupõe, mesmo sob a sombra das atuais tecnologias de processamento de dados, um núcleo essencial inviolável de liberdade de decisão sobre as próprias ações (e, inclusive, sobre realizá-las ou não, sem ser por isso admoestado).²⁷ Na dicção do BvG,

[...] quem não consegue determinar com suficiente segurança quais informações sobre sua pessoa são conhecidas [...] pode ser inibido substancialmente em sua liberdade de planejar ou decidir com autodeterminação. Uma ordem social e uma ordem jurídica que a sustente, nas quais cidadãos não sabem mais quem, o que, quando, e em que ocasião se sabe sobre eles, não seriam mais compatíveis com o direito de autodeterminação na informação.²⁸

Desse modo, na perspectiva da dogmática alemã, o direito à autodeterminação informativa, de que arranca o regime constitucional de proteção de dados, é uma manifestação do *direito geral da personalidade*, igualmente reconhecido pelos tribunais alemães desde 1952,²⁹ a tutelar todas as dimensões da personalidade que acaso não tenham cobertura específica nos diversos dispositivos da GG. E, sob

26 BVerfGE 27, 1 (6).

27 COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. O direito à proteção de dados e a tutela da autodeterminação informativa. **Consultor Jurídico**, 28.6.2020, *passim*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/constituicao-direito-protecao-dados-tutela-autodeterminacao-informativa#_ftn3. Acesso em: 30.6.2020. V. também MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação..., *passim*; MENKE, Fabiano. As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa. **Migalhas**. Migalhas de Proteção de Dados, 30.10.2020, *passim*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/335735/as-origens-alemas-e-o-significado-da-autodeterminacao-informativa>. Acesso em: 15.10.2021.

28 BVerfGE 27, 1 (6). Cf. também MARTINS. Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Dignidade humana. Livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física e igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2016, vol. I, p. 56 e ss.

29 A partir do art. 1º, I (dignidade humana) e do art. 2º, I, da GG, que consagra o “livre desenvolvimento da personalidade” (“*freie Entfaltung der Persönlichkeit*”).

o pálio dessa construção pretoriana, passava-se a entender que não mais existem “dados insignificantes”, diante das capacidades contemporâneas de processamento automatizado de dados, de modo que “o risco do processamento de dados residiria mais na finalidade do processamento e nas possibilidades de processamento do que no tipo dos dados tratados”.³⁰

Por esses passos, portanto, consolidou-se o conceito hodierno que agora está incorporado ao art. 2º, II, da nossa LGPD: o “fundamento” da autodeterminação informativa – ou, mais apropriadamente, o princípio da autodeterminação informativa – é o baldrame normativo que confere ao indivíduo o direito fundamental de determinar e controlar, a seu talante, os usos possíveis de seus dados pessoais.³¹ Podem, pois, dispor livremente sobre esses dados pessoais, seja ocultando-os, seja compartilhando-os parcialmente, seja ainda expondo-os publicamente. Esse direito repercute, ademais, nas autonomias alheias, fincando limites consecutivos para as ações de terceiros; daí porque o Estado não pode utilizar os dados pessoais dos cidadãos, que em algum momento lhe foram confiados, para fins diversos daqueles aos quais se prestou a coleta (v., e.g., LGPD, art. 7º, III), assim como as próprias pessoas privadas têm contenções legais para o compartilhamento dos dados que estejam tratando (v., e.g., LGPD, art. 7º, §5º). Em uma feliz síntese, afinal, pode-se dizer que a autodeterminação informativa é o direito de controlar a atividade privada e pública no tratamento de dados pessoais, instando à observância de boas práticas para a proteção dos dados pessoais e, por ela, a promoção da cidadania, da liberdade e da democracia.³²

Para mais, fiel à estrutura “estatutária” da LGPD, o art. 6º positivou nada menos do que *dez princípios* que, ao lado da própria *boa-fé* (subjética/objetiva) – enraizada no

30 MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação..., p. 11. Com toda razão: nessa direção, justamente, estamos propondo uma abordagem hermenêutica que, no particular, priorize a funcionalidade dos princípios (como, e.g., os princípios da finalidade, da adequação e da necessidade), não a fixidez das regras (como, p. ex., o conceito legal de dado pessoal sensível), inidônea para o trato de um substrato factual cada vez fluido, furtivo e dinâmico.

31 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito...**, *passim*.

32 NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O direito à autodeterminação informativa sob a perspectiva das instituições**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012, *passim*. V. também NAVARRO, Ana Maria Neves de Paula. O direito fundamental à autodeterminação informativa. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>. Acesso em: 7.3.2021, *passim*. A autora refere, originalmente, tão somente o controle da “atividade administrativa”, o que nos parece um equívoco, dada a abertura semântica que o próprio STF já reconheceu ao direito de autodeterminação informativa (v. STF, RE 673.707, rel. Min. Luiz Fux, TP, j. 17.6.2015; STF, ADIs 6.389, 6.390, 6.393, 6.388 e 6.387, rel. Min. Rosa Weber, TP, j. 7.5.2020).

caput e de natureza igualmente principiológica, atraindo para o tema da proteção de dados todo o arcabouço dogmático construído em torno dos arts. 187 e 422 do Código Civil –,³³ todos vinculantes para as atividades de tratamento de dados pessoais.

Em relação ao princípio da boa-fé (LGPD, art. 6º, I, c.c. CC, arts. 187 e 422), deve-se dele extrair, tanto no plano individual (relação empregador vs. empregado) como no plano coletivo (relações sindicais), o dever do controlador (art. 5º, VI), no trato dos dados pessoais sob sua responsabilidade (como, e.g., os de seus prestadores de serviço - empregados e trabalhadores sem vínculo empregatício -, se se tratar de tomadores de serviço, ou de seus associados, se trata de entidades sindicais), de agir com *boa-fé*, *lealdade* e *transparência*, sem dolo ou logro (= dimensão subjetiva) e sem frustrar legítimas expectativas socialmente justificadas (= dimensão objetiva). Note-se, portanto, que não estamos lidando apenas com a boa-fé *subjetiva* (de que é antípoda a ideia de *má-fé*), embora essa dimensão também esteja alcançada. (assim, e.g., na hipótese do art. 482, “c”, da CLT: justa causa por negociação habitual desleal). Estamos envolvendo inclusive a chamada *boa-fé objetiva*, que independe da subjetividade dos sujeitos, bastando-se com a observância de padrões objetivos de conduta e com a preservação das expectativas correspondentes. Recorrendo à dogmática alemã, como fizemos alhures,³⁴ pode-se reduzir o universo das condutas contrárias à boa-fé objetiva (“exercícios inadmissíveis”) a grandes paradigmas discursivos, como o do “*venire contra factum proprium*”, o da “*supressio*” (= “*Verwirkung*”), o da “*surrectio*” (= “*Erwirkung*”), o da “*tu quoque*”, o das *inalegabilidades formais* e o do *desequilíbrio no exercício jurídico* (nele se compreendendo o *exercício inútil danoso*).³⁵

Não há espaço, neste estudo, para o desenvolvimento de cada um desses paradigmas, como fizemos em outro ensejo e ocasião³⁶. Podem-se articular, todavia, alguns exemplos ilustrativos. O controlador estará malferindo a norma-princípio da boa-fé objetiva, ao arrepio do art. 6º, I, da LGPD – ainda que não agrida formal e explicitamente nenhuma das regras de conduta descritivamente postas –, se, por exemplo, atender prontamente à comunicação do titular sobre a revogação de seu consentimento (LGPD, art. 8º, §5º, c.c. art. 15, III), terminando subitamente o tratamento de dados, sem dar

33 V., por todos, FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso...**, subseção 6.2.3.

34 **Curso...**, seção 6.2.3.

35 V., por todos, CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 719-860. Na apresentação metódica desses paradigmas, o grande civilista português refere-se aos “tratamentos típicos de exercícios inadmissíveis”.

36 *Id.*, *ibid.*

ciência àquele titular de que o término súbito traduzir-se-á em imediato prejuízo, porque, p. ex., pende sobre ele, titular, investigação policial que poderia ser esclarecida, a seu favor, com a apresentação dos registros de vídeo de sua presença na empresa ao tempo do ato delituoso. No entanto, sabedor da preexistência do inquérito policial (ainda desconhecido do empregado), o empregador, de modo emulativo, atende à comunicação e, sem mais, deleta todos os registros. Nesse caso, o controlador – que é, em nosso exemplo, o empregador – age de modo desleal e opaco, valendo-se de uma informação privilegiada, que lhe advém por sua condição jurídica, por sua condição fático-econômica ou mesmo por acaso, e “permite” que o empregado se prejudique (= exercício inútil danoso). Poderá, a nosso sentir, ser instado a indenizar (art. 187 do CC).³⁷

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

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

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

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

À partida, cabe registrar que, em nosso entendimento, a proporcionalidade

³⁷ Como obtempera Paulo Nader, “*abuso de direito é espécie de ato ilícito, que pressupõe a violação de direito alheio mediante conduta intencional que exorbita o regular exercício de direito subjetivo*”. (NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 553). Nesse caso, o empregador/controlador terá exercido, de modo inútil e danoso, o seu “direito” (na verdade, um direito-dever) de deletar imediatamente todos os registros em vídeo do empregado, tão logo ele comunique a revogação do consentimento para a captação de imagens.

configura ontologicamente o que acima se disse: trata-se mesmo de uma *norma-princípio*, com *ancoragem constitucional* (adscrita aos preceitos do art. 1º, *caput* – Estado de Direito – e 5º, LII – devido processo substantivo³⁸ – da CRFB, entre outros) e caráter desenganadamente *instrumental*. Nada obstante, esse aspecto ontológico está longe de ser pacífico.

Com efeito, a depender do autor e de suas filiações teoréticas, dir-se-á de um “princípio da proporcionalidade”, de uma “regra da proporcionalidade”, de uma “máxima da proporcionalidade” ou até mesmo de um “enunciado da proporcionalidade” (ou, no idioma alemão, “*Prinzip*”, “*Regel*”, “*Grundsatz*” ou “*Satz*”). De nossa parte, como anotamos em outras obras,³⁹ filiamo-nos à dicotomia entre *normas-regras* e *normas-princípios*, tal como proposta por Robert Alexy,⁴⁰ já que nenhum outro modelo sistematiza e explica melhor a nomenclatura geral das espécies normativas na teoria geral do Direito; e, para mais, o modelo alexyano simplifica o debate, já que as limita a um único par conceitual. No particular – quanto à “natureza” da proporcionalidade –, entendemos por bem abandoná-lo, precisamente porque, a nosso sentir, a sua opção dogmática comprometeu a clareza sistemática. Alexy, com efeito, não se refere à proporcionalidade como um princípio, no mesmo sentido com que opõe normas-princípios e normas-regras; prefere utilizar a expressão “*Grundsatz*” (e não “*Prinzip*”). No vocabulário comum, bem poderiam ser ambos — “*Prinzip*” e “*Grundsatz*” — traduzidos como “princípio”, mas, no vocabulário jurídico, se Alexy optou por esta última, deve-se reconhecer, com Virgílio Afonso da Silva, que “*Alexy evita denominá-la [a proporcionalidade] de princípio (‘Prinzip’), justamente para evitar confusões em relação ao seu conceito de princípio como espécie de norma contraposta à regra*”. Daí Virgílio ter traduzido a expressão alemã por “máxima da proporcionalidade”.⁴¹

Estamos, porém, com aqueles que – inclusive na Alemanha⁴² – reconhecem na

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

39 V., e.g., FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo...**, §24º; **Curso...**, subseção 6.1.

40 ALEXY, Robert. **Theorie...**, p.71-99.

41 SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Nota do Tradutor. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Luís Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p.10. O próprio tradutor, porém, optou pela expressão “regra” – i.e., “regra da proporcionalidade” – em um de seus escritos anteriores (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, abr. 2002. n. 798, p.23 e ss.).

42 V., e.g., POLLAK, Christiana. **Verhältnismässigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der**

proporcionalidade um *princípio*, quiçá não como (apenas) como mandado de otimização (“*Optmierungsgebot*”), mas (também) como *norma de calibração* do (sub) sistema. Nesse passo, serve bem a doutrina de Gomes Canotilho,⁴³ para quem há duas ordens distintas de princípios: os *princípios jurídicos* (em sentido estrito) e os *princípios hermenêuticos*. Se os princípios em geral têm três funções básicas (as que reportamos acima: função normativo-deontológica, função hermenêutica, função integrativa, função derogatória etc.), os ditos princípios hermenêuticos detêm função predominantemente interpretativa, com aplicações sobretudo retórico-argumentativas; e já por isso ostentam, como antecipávamos, caráter *instrumental*: não têm função normativo-deontológica própria e autônoma, prestando-se basicamente à interpretação/aplicação das fontes formais e ao controle de constitucionalidade e integrando o sistema jurídico na condição de “regra [*rectius*: norma] de calibração”.⁴⁴ É essa também, v.g., a natureza do princípio da máxima efetividade, reportado por Canotilho⁴⁵ e outros autores. Na mesma vereda, o princípio da proporcionalidade é um princípio instrumental, intrassistemático, pleno de características gerais próprias das normas-princípios (e.g., o elevado grau de abstração e o baixo grau de determinabilidade, demandando intervenções mediadoras do legislador ou do juiz); mas, por outro lado, dotado de baixa densidade normativa.⁴⁶

Fixado o nosso ponto de partida, interessa discutir, ainda que brevemente,

.....
Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991, *passim*.

43 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999, p.1087.

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

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

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

o conceito, os elementos e a ubiquação da proporcionalidade. Pode-se situar uma de suas origens contemporâneas no direito norte-americano, justamente como expressão manifesta do “*substantive due process*” (e sobretudo como *razoabilidade*);⁴⁷ mas o conceito e os elementos foram particularmente desenvolvidos pelos alemães, sob as expressões “*Verhältnismässigkeitsprinzip*”/“*Verhältnismässigkeitsgrundsatz*” (da locução “*Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes*”). Em 1971, o BVerfG reconheceu, pela primeira vez, a inconstitucionalidade de uma lei com base no princípio da proporcionalidade (o que evidencia, a propósito, uma das funções próprias das normas-princípios, como vimos acima: a *derrogatória*).

O princípio da proporcionalidade traduz a ideia de que, na esfera de conformação do legislador (“*gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit*”) — e, por extensão, no âmbito das intervenções “restritivas” dos demais poderes públicos,⁴⁸ como também no âmbito de ação das atividades privadas que afetem direitos humanos fundamentais⁴⁹ —, o **excesso** pode configurar a ilegitimidade constitucional de uma dada providência ou de sua abstenção,⁵⁰ por derivação do princípio do Estado de Direito,⁵¹ que proíbe restrições de direitos fundamentais inadequadas à consecução dos fins a que se prestam; e, já por isso, há quem o identifique com o conceito de “*Übermaßverbot*” (“proibição de excesso”),

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

48 Inclusive da Administração Pública (“*in casu*”, ao ensejo do exercício das funções regulamentares da ANPD) e do Poder Judiciário (na espécie, ao decidir litígios relacionados à proteção de dados pessoais).

49 Vindo a lume, aqui, a questão da *eficácia horizontal dos direitos humanos fundamentais* (“*Drittwirkung*”) – quanto à (i)legitimidade de atividades privadas que restringem ou agridem direitos fundamentais de outrem –, examinada emblematicamente pelo Tribunal Federal Constitucional alemão, p. ex., no *case* Lüth (BVerfGE 7, 198-230, 1958), em que, lançando mão de um juízo de ponderação inerente ao princípio da proporcionalidade, considerou que as atividades de Erich Lüth ao expor publicamente o cineasta Veit Harlan como expoente cultural do período nazista e apoiador do respectivo regime não violava o direito de Harlan à privacidade/honra/imagem. V. SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Leonardo Martins (org.). Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p.381-395.

50 Cf. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Direito à prova...**, p.50 e ss.

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

conquanto a sua compleição dogmática mais exata permita alcançar também o conceito de *“Untermaßverbot”* (“proibição de insuficiência”). Essa é, a toda evidência, a ideia ínsita aos três primeiros incisos do artigo 6º e, em particular, do inciso III (c.c. inciso I) – *“limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades”* –, tendo como destinatários da norma, porém, já não os poderes públicos, mas os *agentes de tratamento*.

Consequentemente, toda providência do controlador (especialmente) ou do operador de dados, ao restringir direitos fundamentais (*“in casu”*, nomeadamente o direito à privacidade), sempre admitirá apreciação material à luz das finalidades a que se destina – que têm de ser *legítimas, específicas, explícitas e informadas* – e em face dos demais interesses juridicamente relevantes em jogo, esteja ela consubstanciada em ato legislativo, em ato administrativo ou em ato jurisdicional. Cuida-se então de saber se a atividade restritiva guarda, para com os seus **fins legítimos**, uma relação de **adequação** (*“Geeignetheit”*) e de **necessidade** (*“Erforderlichkeit”*). E justamente aí se apresentam, a um tempo e nessa precisa ordem, os princípios de *finalidade* (6º, I), da *adequação* (art. 6º, II) e da *necessidade* (art. 6º, III), todos positivados pela LGPD. Noutras palavras, haverá violação desproporcional aos direitos fundamentais do titular de dados, por desconformidade com o princípio da proporcionalidade, sempre que se constatar, em um ato de tratamento de dados que de algum modo os restrinja, relação de *contraditoriedade, incongruência, irrazoabilidade* ou *inadequação* entre meios e fins.⁵²

Dissecando-o com maior cautela, Alexy⁵³ esclarece haver três elementos ínsitos a um juízo de proporcionalidade: a *adequação* (ou *idoneidade*), a *necessidade* (ou *exigibilidade*) e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Esses três elementos é que inclusive definem, nos casos concretos, se houve ou não uma legítima “otimização” do interesse protegido, quando se diz — de acordo com a teoria dos princípios — que as normas-princípios são mandados de otimização (*“Optmierungsgeboten”*). Nessa ordem de ideias, os elementos — ou (sub)princípios — da adequação (art. 6º, II) e da necessidade (art. 6º, III) prestam-se a assegurar a maior realização possível do direito restringido (neste caso, a privacidade), *“de acordo com as possibilidades fáticas”* e sempre na relação *meio-fim* (art. 6º, I).

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

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

Já a proporcionalidade em sentido estrito “*expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes*”, i.e., corresponde à *lei de ponderação alexyana*, pela qual “*quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro*”.⁵⁴ Trata-se de um juízo puramente *jurídico-axiológico*, por envolver direitos, interesses e valores concretamente colidentes (à diferença dos dois anteriores – adequação e necessidade –, que são eminentemente *fáticos*). Em um caso concreto, não havendo norma-regra clara a respeito, caberá ao intérprete, num primeiro momento, avaliar qual o grau de restrição imposta à privacidade do titular de dados (e, pela lógica alexyana, atribuir um “peso” a esse grau); num segundo momento, avaliará qual a importância relativa da satisfação do interesse colidente (e.g., o direito de propriedade, o direito de informação, a liberdade de expressão etc.), atribuindo-lhe igualmente um “peso”; e, por fim, num terceiro momento, avaliará, cotejando os pesos, se a importância da satisfação desse último interesse justificaria ou não a constrição daquele primeiro direito. Se a justificar, o juízo de proporcionalidade terá sido *positivo* (i.e., as restrições impostas pela atividade de tratamento de dados terão sido legítimas); se não a justificar, o juízo de proporcionalidade terá sido *negativo* (e a atividade de tratamento terá sido ilegítima, impondo-se a sua imediata interrupção, se ainda em curso, e/ou a respectiva reparação, *ut arts. 42 e 43 da LGPD*).

Alexy não nega que o juízo de proporcionalidade albergue um procedimento de resultados múltiplos (porque “*a ponderação não é um procedimento que, em casa caso, conduza exatamente a um mesmo resultado*”). Mas recusa a usual pecha de irracionalidade ou de solipsismo – recorrente inclusive na doutrina nacional⁵⁵ –, sob a premissa de que o princípio (“*máxima*”) seja corretamente manejado. E para isso sugere, inclusive, um rigoroso modelo aritmético indicativo de tais juízos.⁵⁶

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

54 *Id.*, *ibid.*

55 V., por todos, STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, *passim*.

56 ALEXY, Robert. **Theorie...**, p.143-154 (fórmulas e gráficos aparecem às pp.141, 143, 147-148, etc.).

solucionado com as análises da adequação e da necessidade.⁵⁷

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

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

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

A “fácil acessibilidade” liga-se, obviamente, ao princípio do art. 6º, IV (livre acesso), demonstrando a interconectividade dos princípios da LGPD. Já a *clareza* e a *precisão da informação sobre os dados pessoais do titular* é o que constitui, ao cabo e ao fim, o *Leitmotiv* dessa norma-princípio. Não se está a tratar, entenda-se bem, da clareza e da precisão *dos dados pessoais em si*, porque isso diz com o princípio da qualidade (LGPD, art. 6º, V); e não se está a tratar, igualmente, da clareza e da precisão

57 Cf. SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional...**, p. 34.

dos *propósitos* do tratamento de dados, porque isso diz com o princípio da finalidade (LGPD, art. 6º, I).⁵⁸ No princípio da transparência, o que está em causa é a clareza e a precisão da *informação que se pode obter*, pela via do livre acesso, a respeito dos dados pessoais. É, pois, por assim dizer, uma “metagarantia”.

Sobre o princípio da transparência, há que reconhecer que suas raízes estão deitadas no próprio eito constitucional. Como princípio geral especialmente voltado às atividades dos poderes públicos – pela lógica de que *“se a corrupção é a doença, transparência é parte essencial do seu tratamento”*⁵⁹ –, encontramos-lo na Constituição de 5.10.1988, no *caput* do art. 37 (como uma das dimensões do princípio da publicidade administrativa),⁶⁰ e ainda no art. 212-A, X, “d” (quanto à destinação de recursos para o Fundeb por parte de Estados, Municípios e Distrito Federal), no art. 216-A (quanto às informações do Sistema Nacional de Cultura) e no art. 40, §22, VII (quanto aos regimes próprios de previdência social já existentes ao tempo da EC 103/2019, aqui referido textualmente como *princípio*). Na legislação infraconstitucional, impende referir, sobre todas, a Lei 12.527/2011, dita “Lei do Acesso à Informação” ou “Lei da Transparência”, pela qual se assegura, mediante regras, políticas e instrumentos diversos, *“o direito fundamental de acesso à informação”* (art. 3º), atribuindo-se a todos os órgãos e entidades dos poderes públicos o dever de *“gestão transparente de informação, propiciando amplo acesso a ela e sua divulgação”* (art. 6º, I). Aqui, porém, cuida-se essencialmente do *direito difuso de informação* e da *liberdade geral de acesso à informação*, que mais têm a ver com a publicidade do que com a privacidade.

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

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

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

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

Nessa esteira, no âmbito da própria LGPD, o princípio da transparência ganha concreção ao longo de diversas normas-regras. O artigo 10, §2º estabelece, para o controlador de dados, o dever de *“adotar medidas para garantir a transparência do tratamento de dados baseado em seu legítimo interesse”* (i.e., para o apoio e a promoção de suas atividades e para a proteção, em proveito do titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem⁶¹); a transparência aqui funciona, portanto, como um contrapeso normativo para as hipóteses de legítimo interesse do controlador no tratamento de dados pessoais (que, em nossa opinião, dispensam o consentimento prévio do titular de dados, mas não lhe retiram o direito de oposição a se exercer *“ex post”*). Na mesma linha, o art. 20, §1º, já estudado acima, dispõe que *“o controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial”* (= transparência informacional algorítmica; voltaremos a isso). O art. 41, §1º, enfim, estatui, também com esopeque no princípio da transparência, que *“[a] identidade e as informações de contato do encarregado [o DPO] deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador”* (o que diz, a um tempo, com o direito difuso de informação, afeto a toda a sociedade civil, e com o direito subjetivo público de informação de cada um dos titulares de dados).

Por tudo isso, e em arremate, espera-se que os empregadores, sob a égide da LGPD, comuniquem aos seus empregados todos os tratamentos dos respectivos dados pessoais, e as finalidades correspondentes, sempre de modo *claro e preciso*, sem dubiedades, *“seja por um aviso de privacidade ou por uma política de privacidade, mas é indispensável haver essa informação aos titulares dos dados pessoais”*.⁶²

Já se percebem também esforços de concreção do princípio da transparência no tratamento de dados pessoais em favor de trabalhadores que não sejam necessariamente empregados (CLT, arts. 2º e 3º), como, p. ex., trabalhadores por

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

62 CARLOTO, Selma; ALMIRÃO, Mariana. **Lei...**, p. 44.

aplicativos.⁶³ Cite-se, como exemplo, o Projeto de Lei n. 3.748/2020, da Deputada Tábata do Amaral (PSB-SP), que *“institui e dispõe sobre o regime de trabalho sob demanda”*. Nos termos do seu artigo 6º, “[a]s regras para fixação do valor a ser pago para o trabalhador por serviço devem ser claras e estar disponíveis para os trabalhadores, órgãos de fiscalização, sindicatos e entidades associativas de trabalhadores”. Da mesma maneira, pelo texto do projeto (art. 6º, §1º), “[a] plataforma deve disponibilizar aos trabalhadores e órgãos de fiscalização extrato discriminando, para cada serviço realizado, o tempo efetivo de prestação do serviço, o valor cobrado do cliente, promoções e descontos aplicados, o valor pago ao trabalhador, gorjetas pagas pelo cliente e outros dados relevantes para o cálculo da remuneração”. Eis a “alma” do princípio da transparência: para além da própria informação, os predicamentos da clareza e da precisão.

No plano externo, ademais, há importantes lições registradas ao longo dos *consideranda* da GDPR, que merecem menção nesse momento analítico. No item n. 39 das considerações de abertura, p. ex., pontifica-se que, pelo princípio da transparência (*“principle of transparency”*), as informações relacionadas com o tratamento de dados pessoais devem ser de fácil acesso e compreensão, formuladas em uma linguagem clara e simples, além de abranger, entre outras coisas, a identidade do responsável por aquele tratamento e as respectivas finalidades⁶⁴ Adiante, no item n. 58, registra-se que,

63 Abstraindo-se, aqui, o complexo debate da subordinação algorítmica (que reconhecemos) e da possibilidade de formação de vínculo empregatício diretamente entre o trabalhador *on demand* e a empresa de aplicativo (que igualmente admitimos, embora não entendamos que sempre se verifique, em caráter “necessário”; ao revés, compreendemos que se devam avaliar as circunstâncias de cada caso concreto: características do aplicativo e do “modelo de negócios”, não-eventualidade da prestação, níveis de pessoalidade etc.). Em razão dessa franca possibilidade, aliás, foi de imensa infelicidade o parágrafo único do artigo 1º do PL 3.748/2020, pelo qual “[a]os trabalhadores em regime de trabalho sob demanda não se aplicam as disposições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943”: aplicar-se-ão, por óbvio, se estiverem concretamente presentes os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT (sob pena de agressão ao princípio constitucional da isonomia). A esse respeito, para a nossa opinião, recomendamos a leitura de outro estudo: FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. (Re)descobrimo o Direito do Trabalho: *Gig economy*, uberização do trabalho e outras reflexões. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula Silva Campos (coord.). **Infoproletários e a uberização do trabalho: Direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades**. São Paulo: LTr, 2019, *passim*. V. ainda, de modo mais geral (e para uma competente rescensão bibliográfica do tema), FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. **On demand: Trabalho sob demanda em plataformas digitais**. Belo Horizonte: Arraes, 2020, *passim*.

64 *In verbis*: “(39) Any processing of personal data should be lawful and fair. It should be transparent to natural persons that personal data concerning them are collected, used, consulted or otherwise processed and to what extent the personal data are or will be processed. The principle of transparency requires that any information and communication relating to the processing of those personal data be easily accessible and easy to understand, and that clear and plain language be used. That principle concerns, in particular, information to the data subjects on the identity of the controller and the purposes of the processing and further information to ensure fair and transparent processing in respect of the natural persons concerned and their right to obtain confirmation and communication of personal data concerning them which are being processed. Natural persons should be made aware of risks, rules, safeguards and rights in relation to the processing of personal data and how to exercise their rights in relation to such processing. In particular, the specific purposes for which

também por força do princípio da transparência (agora também na perspectiva do direito difuso à informação), *“qualquer informação destinada ao público ou ao titular dos dados seja concisa, de fácil acesso e compreensão, bem como formulada numa linguagem clara e simples, e que se recorra adicionalmente, quando for apropriado, a recursos visuais”*,⁶⁵ sendo certo que, para o público em geral, tais informações poderão inclusive ser fornecidas por meio eletrônico (e.g., por um sítio na Internet).⁶⁶ No item n. 78, lê-se que a proteção de dados *“by design”* e *“by default”* deve incluir a minimização do tratamento de dados pessoais, a pseudonimização desses dados o quanto cedo possível,⁶⁷ a possibilidade de monitoramento por parte do titular de dados, a possibilidade de criação e incremento de soluções de segurança por parte do controlador de dados e, no que interessa a esta subseção, *“a transparência no que toca às funções e ao tratamento de dados pessoais”*.⁶⁸ E, por fim, no item n. 100, consigna-se que, a fim de reforçar a

.....
personal data are processed should be explicit and legitimate and determined at the time of the collection of the personal data. The personal data should be adequate, relevant and limited to what is necessary for the purposes for which they are processed. This requires, in particular, ensuring that the period for which the personal data are stored is limited to a strict minimum. Personal data should be processed only if the purpose of the processing could not reasonably be fulfilled by other means. In order to ensure that the personal data are not kept longer than necessary, time limits should be established by the controller for erasure or for a periodic review. Every reasonable step should be taken to ensure that personal data which are inaccurate are rectified or deleted. Personal data should be processed in a manner that ensures appropriate security and confidentiality of the personal data, including for preventing unauthorized access to or use of personal data and the equipment used for the processing”.

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

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

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

68 *In verbis: “(78) The protection of the rights and freedoms of natural persons with regard to the processing of personal data require that appropriate technical and organizational measures be taken to ensure that the requirements of this Regulation are met. In order to be able to demonstrate compliance with this Regulation, the controller should adopt internal policies and implement measures which meet in*

transparência e o cumprimento do GDPR, os Estados-membros devem encorajar a criação/implementação de procedimentos de certificação e de selos de qualidade para a proteção de dados pessoais, de modo a permitir que os titulares de dados possam avaliar com rapidez o nível de tutela informacional disponível para aquele determinado produto ou serviço⁶⁹ (como, e.g., a ISO 27701).

Já no texto regulamentar propriamente dito, o artigo 5º, 1, do GDPR dispõe que os dados pessoais devem ser tratados com juridicidade (*"lawfulness"*),⁷⁰ boa-fé (*"fairness"*) e de um modo transparente em relação ao titular de dados (*"in a transparent manner in relation to the data subject"*). Adiante, o art. 12 dispõe que o controlador deve tomar as medidas adequadas para fornecer as informações a que se referem os artigos 13 e 14 e proceder às comunicações dos artigos 15 a 22 e 34, em todo caso *"de forma concisa, transparente, inteligível e de fácil acesso, utilizando uma linguagem clara e simples, em especial quando as informações são dirigidas especificamente a crianças"*; e, para mais, dita que tais informações deverão ser prestadas por escrito ou por outros meios quaisquer, inclusive eletrônicos, sendo certo que, inclusive, *"a informação pode ser prestada oralmente, desde que a identidade do titular seja comprovada por outros meios"*.⁷¹

Nessa mesma ordem de ideias, mas com aplicações bem mais diversas e extensas – a revelar, também aqui, a tendência de ampliação horizontal do manto principiológico do direito à proteção de dados (algo natural, insista-se, se se entende que a norma-princípio é um *"Optmierungsgebot"*) –, veem-se já, no panorama regulatório mundial, claros desdobramentos do princípio da transparência informacional no âmbito das relações de trabalho *"in genere"* (e, logo, não apenas em relações de trabalho

.....
particular the principles of data protection by design and data protection by default. Such measures could consist, inter alia, of minimizing the processing of personal data, pseudonymizing personal data as soon as possible, transparency with regard to the functions and processing of personal data, enabling the data subject to monitor the data processing, enabling the controller to create and improve security features. When developing, designing, selecting and using applications, services and products that are based on the processing of personal data or process personal data to fulfil their task, producers of the products, services and applications should be encouraged to take into account the right to data protection when developing and designing such products, services and applications and, with due regard to the state of the art, to make sure that controllers and processors are able to fulfil their data protection obligations. The principles of data protection by design and by default should also be taken into consideration in the context of public tenders".

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

70 Ou – o que teria igual significado – "legalidade" em sentido material.

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

subordinado). Em 2018, com efeito, a Organização Internacional do Trabalho divulgou o relatório *“Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world”*,⁷² em que sugeria, relativamente aos trabalhadores sujeitos às novas modalidades contratuais da *gig economy* – e, em particular, os trabalhadores em *crowdsourcing* (por microtarefas virtuais)⁷³ –, a garantia dos seguintes direitos mínimos (entre outros):

- (a) o direito de não serem incorretamente classificados como trabalhadores por conta própria (autônomos), se são, na prática, trabalhadores por conta de outrem;
- (b) o direito de receber, em moeda real, o valor total pelo qual os clientes são faturados, sendo certo que, a reboque desse direito, todas as taxas e os métodos de cálculo devem ser indicados de forma transparente, aos trabalhadores e aos clientes no momento do pagamento (= *transparência remuneratória*);⁷⁴
- (c) o direito a que as condições da plataforma, nomeadamente no que respeita ao pagamento, à avaliação do trabalho e à resolução de litígios, sejam apresentadas ao trabalhador num formato legível por seres humanos (e não em “linguagem de máquina”), com clareza e concisão (= *transparência cognitiva*);⁷⁵
- (d) o direito de serem informados dos motivos das avaliações negativas emitidas pelos consumidores (= *transparência informativa*) – inclusive para eventual exercício do direito

72 BERG, Janine; FURRER, Marianne; HARMON, Ellie; RANI, Uma; SILBERMAN, M. Six. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho**: Promover o trabalho digno no mundo digital. Genebra: Bureau Internacional do Trabalho, 2018, p. 105 e ss. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf . Acesso em: 13.2.2021. Para a pesquisa, foram realizadas, em 2015 e 2017, dois inquéritos que abrangeram 3 500 pessoas residentes em setenta e cinco países e que trabalhavam em cinco grandes plataformas de microtarefas com escala global; tais inquéritos foram depois complementados com entrevistas de fundo e outros inquéritos qualitativos realizados por investigadores do IG Metall (Alemanha). O Houve republicações do relatório em 2019 e 2020.

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

74 Aqui, com acréscimos nossos em relação ao texto original do relatório da OIT.

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

fundamental à resposta ou ao contraditório⁷⁶ –, bem como o direito de que as respectivas avaliações e classificações não se baseiem em estatísticas de pagamento (i.e., se a recusa de pagamento pelo consumidor for permitida, os índices individuais de pagamento ou de não pagamento não devem se prestar à avaliação do trabalho ou do trabalhador);⁷⁷ e

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

Compreendemos que, no caso brasileiro, diversas dessas dimensões e concreções do princípio da transparência no tratamento de dados – a rigor, praticamente todas elas – arrancam *diretamente* das normas-princípios do art. 5º, LXXIX, da CRFB, e do art. 6º, VI, da LGPD (ainda que não estejam expressas no texto legal); e, já por isso, são imediatamente “judiciáveis” (i.e., sindicáveis em juízo), podendo ser desde logo levadas às barras dos tribunais, independentemente de regulamentações prévias da ANPD⁷⁸ (v. art. 55-J, XIII). Nesse sentido, um trabalhador *on demand* já poderia exigir da plataforma a que está vinculado, neste exato momento, em juízo ou fora dele, informações claras e precisas sobre como as avaliações pessoais dos clientes a respeito de seus serviços estão sendo tratadas e de que modo estão impactando ou poderão vir a impactar em sua relação contratual com a plataforma (= transparência informativa). Em as reclamando em juízo, haveria de fazê-lo na Justiça do Trabalho, à vista do que dispõe o art. 114, I, da CRFB (que desde a EC 45/2004 atribui àquele ramo especializado a competência

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

77 Como bem pondera o relatório, “[n]ão se pode partir do princípio de que os clientes só recusam o pagamento quando o trabalho não é utilizável; os clientes utilizam processos imperfeitos de controle da qualidade e, às vezes, recusam o pagamento como uma estratégia de redução de custos”. Nesse caso, há mesmo uma extensão parcial aos trabalhadores da *gig economy*, justa e devidamente, do chamado “princípio da alteridade”, pelo qual os riscos da atividade econômica devem ser assumidos pelo empresário, não pelo trabalhador (v. CLT, art. 2º, *caput*).

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

material para processar e julgar os litígios decorrentes das *relações de trabalho*, e já não apenas das relações de emprego).⁷⁹

Em litígios dessa natureza, a grande dificuldade será, às mais das vezes, identificar a tênue linha divisória entre a satisfação do direito à informação, pela via do princípio da transparência, e a salvaguarda dos segredos comerciais ou industriais da empresa (LGPD, art. 6º, VI, *in fine*). Dá-se, por assim dizer, uma *superposição de esferas excêntricas da privacidade*:⁸⁰ por uma lado, as esferas da privacidade (*"stricto sensu"*), da intimidade e até do segredo (mais raramente) que têm como centro subjetivo o trabalhador; por outro, a esfera da intimidade – a intermediária – que tem como centro subjetivo o empregador.⁸¹ Resolver *"de meritis"* tais lides exigirá do magistrado, ainda aqui, o manejo do princípio da proporcionalidade, já não na perspectiva que vínhamos de abordar (subseção 4.2) – da proporcionalidade *no tratamento de dados "a se"* (finalidade, adequação, necessidade) –, mas na perspectiva mais geral, do princípio constitucional e instrumental da proporcionalidade (quase como um *sobreprincípio*), que se entrelaça com as demais normas-princípios e permite definir, nos casos

79 Trata-se, evidentemente, do nosso entendimento pessoal. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça – que detém a competência constitucional para dirimir os conflitos negativos e positivos de competência entre a Justiça do Trabalho e os outros ramos do Poder Judiciário (CRFB, art. 105, I, "d") –, encontram-se já precedentes não qualificados que parecem sinalizar no sentido oposto, da competência material das justiças estaduais, ao argumento subjacente de que entre a empresa de plataforma e o trabalhador não haveria sequer "relação de trabalho" (antes mesmo, portanto, de se discutir se haveria ou não relação de emprego). V., e.g., STJ, CC 164.544, 2ª Seção, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 28.8.2019. A entendimentos desse gênero, a propósito, temos nos referido, em cursos e palestras, como a via do "negacionismo absoluto" (de modo evidentemente provocativo): o trabalhador de aplicativo, a rigor, não seria sequer "trabalhador", mas – na irônica expressão de Byung-Chul Han – "empresário de si mesmo" (v. HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Trad. Enio Giachini. São Paulo: Vozes, 2015, *passim*; ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: O novo proletariado de serviços na era digital**. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020, *passim*). Existem ainda, em paralelo, outars três "vias" que temos apontado: a via do "negacionismo relativo" (em que se reconhece a competência material da Justiça do Trabalho, mas não a possibilidade mesma da relação de emprego: v., e.g., TST, RR 10575-88.2019.5.03.0003, 4ª T., rel. Min. Alexandre Luiz Ramos, j. 9.9.2020); a via da equiparação *"tout court"* (v., e.g., na Espanha, STS, Sala IV, j. 23.9.2020, envolvendo a Glovo, a Deliverro e a Uber Eats; na Itália, a Sentenza n. 3570/2020 (Palermo), pubbl. il 24/11/2020, em relação à Foodinho S.R.L.; ou, no Brasil, e.g., TRT 3, RORSum 0010761-96.2019.5.03.0008, rel. Des. Maria Cecília Alves Pinto, em relação à IFood); e, de resto, as vias das chamadas "soluções intermediárias" (como, p. ex., a da Califórnia, com a *Propositon* 22 e a consequente AB-5, e da da Inglaterra, equiparando motoristas de aplicativos a *workers*, que, na dogmática britânica, compõem uma classe intermediária entre os *employees* e os *self-employed persons*; v. UK Supreme Court, *Uber BV and others v. Aslam and Farrar*, Lord G. Leggatt, 19.2.2021).

80 Dizemos "excêntrico", aqui, como antônimo de "concêntrico". Sobre os círculos concêntricos da proteção da privacidade, v., por todos, HENKEL, Heinrich. Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indeskription. 42. Deutschen Juristentages (Düsseldorf, 1957). In: **Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages**. Band II, Teil D, Erste Abteilung, Tübingen, 1958, p. 80 e ss.

81 Inclusive porque a inviolabilidade constitucional da intimidade e da vida privada também pode favorecer a pessoa jurídica e o ente despersonalizado, a depender do aspecto da privacidade que esteja em conflito. Veja-se ainda, sobre as esferas concêntricas da privacidade (*"lato sensu"*) e seus conteúdos, uma vez mais, a subseção 1.2.

concretos, quais interesses devem prevalecer. Em síntese, “*hard cases*”.⁸² Difíceis, sim; mas solúveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

82 Em termos singelos, “*hard cases*” são casos litigiosos concretos para os quais a solução não aparece claramente delineada nas legislações (especialmente para países de *civil law*) e/ou nos precedentes (especialmente para países de *common law*), o que sugeriria, para os adeptos da teoria positivista da adjudicação (refutada por Dworkin), que os juízes poderiam decidir com base em sua discricionariedade jurídica. V., por todos, DWORKIN, Ronald. *Hard cases*. **Harvard Law Review**, vol. 88, n. 6, Apr. 1975, p. 1057-1109. Ainda a propósito, na crítica a qualquer possibilidade de “discricionariedade judicial” para o julgamento de “*hard cases*”, v. GRAU, Eros Roberto. *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade*. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (coord.). **Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, *passim*; GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002, *passim*. De nossa parte, entendemos, com Cappelletti e outros, que “*um bom Juiz será, propriamente, aquele que se demonstre consciente, a um só tempo, dos limites e das intrínsecas fraquezas, mas, ainda, da única força da criação judiciária do Direito, força esta que consiste, sobretudo, [...] na conexão com os casos e problema concretos e com as partes que os personificam; e, pois, no caráter participativo da função jurisdicional [...]. O bom juiz, assim consciente dos limites, mas também das potencialidades da sua função, será sensível às circunstâncias que lhe permitam conciliar um prudente restraint em certos casos, com um corajoso ativismo noutros casos*” (CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, v. I, p. 19-20). Noutras palavras, compreendemos que os juízes têm, sim, *alguma* discricionariedade judicial, especialmente quando estão diante de textos normativos abertos (de que arrancam conceitos jurídicos indeterminados, normas-princípios etc.), limitada pelo dever constitucional de motivar e pela proibição geral dos julgamentos por equidade; mas, ainda assim, há margens de discricção, em que o magistrado efetivamente “cria” para além do que já criou o legislador; e entendemos, mais, que isso é absolutamente natural nos Estados democráticos (v. FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo...**, p. 575 e ss., sobre o paradigma do “juiz construtivo”). V. ainda, a propósito, HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012, *passim*.

relação empregado/empregador, mas na relação titular/controlador.

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

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

Daqui porque, no cerne dessa nova realidade híbrida – a um tempo,

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

Impende reconhecer, ademais, que a LGPD tem natureza de *estatuto*, à maneira de outros diplomas legislativos brasileiros contemporâneos (o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Cidade etc.), o que a distingue pela sua *sólida ancoragem constitucional* (notadamente a partir da EC 115/2022), pela sua *transcendência normativa subordinante* (de modo que as demais leis e regulamentos sobre proteção de dados devem ser “lidas” a partir dela – como, antes ainda, a partir do próprio art. 5º, X e LXXIX, da Constituição –, e não o contrário), pela *especial natureza tuitiva* (tutela de direitos e liberdades individuais que, nada obstante, realiza-se como proteção difusa e intergeracional) e pela *atual e potencial transversalidade* (dialogando com outras fontes formais do campo jurídico-tuitivo e, em particular, com a CLT e a legislação trabalhista).

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

Eis o que se espera, com algum otimismo, para os anos vindouros de consolidação normativa, pelos caminhos regulatórios administrativos, como também – e sobretudo – pelas veredas judiciárias. Os castelos jurídicos só têm razão de ser, do ponto de vista ético, se puderem dar aposentos à dignidade do ser. E ainda que isso soe ingênuo em muitos sentidos e visões, não pode haver direção diversa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales**. Trad. Carlos Berbal Pulido. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Centro de Estudios), 2004.

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. 3. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão**: O novo proletariado de serviços na era digital. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

BERG, Janine; FURRER, Marianne; HARMON, Ellie; RANI, Uma; SILBERMAN, M. Six. **As plataformas digitais e o futuro do trabalho**: Promover o trabalho digno no mundo digital. Genebra: *Bureau* Internacional do Trabalho, 2018. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_752654.pdf . Acesso em: 13.2.2021.

BERTOLLI, Emilia. 56 estatísticas de violação de dados para 2019. **Varonis** (Inside Out Security), 5.4.2019. Disponível em: <https://www.varonis.com/pt-br/blog/56-estatisticas-de-violacao-de-dados-para-2019>. Acesso em: 31.1.2021.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008. v. I.

CARLOTO, Selma; ALMIRÃO, Mariana. **Lei Geral de Proteção de Dados comentada**: Com enfoque nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2021

COÊLHO, Marcos Vinicius Furtado. O direito à proteção de dados e a tutela da autodeterminação informativa. **Consultor Jurídico**, 28.6.2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/constituicao-direito-protecao-dados-tutela-autodeterminacao-informativa#_ftn3. Acesso em: 30.6.2020.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 719-860. Na apresentação metódica desses paradigmas, o grande civilista português refere-se aos “tratamentos típicos de exercícios inadmissíveis”.

DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DWORKIN, Ronald. Hard cases. **Harvard Law Review**, v. 88, n. 6, Apr. 1975.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de Direito do Trabalho: Teoria Geral do Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Por um processo realmente efetivo: Tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões do “due process of law”**. São Paulo: LTr, 2016.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. (Re) descobrindo o Direito do Trabalho: *Gig economy*, uberização do trabalho e outras reflexões. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula Silva Campos (coord.). **Infoproletários e a uberização do trabalho: Direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades**. São Paulo: LTr, 2019.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1991.

FREITAS JR., Antonio Rodrigues de. **On demand: Trabalho sob demanda em plataformas digitais**. Belo Horizonte: Arraes, 2020.

FROMM, Erich. **The art of being**. London: Bloomsbury Publishing, 1992.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Carmen Lucia Antunes (coord.). **Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRUPO DE TRABALHO DO ARTIGO 29º PARA A PROTEÇÃO DE DADOS. **Parecer 06/2014 (WP 217) sobre o conceito de interesses legítimos do responsável pelo tratamento de dados na aceção do artigo 7º da Diretiva 95/46/CE**. Direção-Geral da Justiça da Comissão Europeia, 9.4.2014. Disponível em: https://www.uc.pt/protecao-de-dados/suporte/20140409_wp_217_partecer_2_2014_conceito_interesses_legitimos_resp_trat_diretiva_95. Acesso em 13.2.2022.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Trad. Enio Giachini. São Paulo: Vozes, 2015.

HART, Herbert Lionel Adolphus. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HENKEL, Heinrich. Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indeskription. 42. Deutschen Juristentages (Düsseldorf, 1957). In: **Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages**. Band II, Teil D, Erste Abteilung, Tübingen, 1958.

ISERHARD, Antônio Maria. A idéia de sistema jurídico e o novo Código Civil: Contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, n. 23, 2003.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. Constitucionalização do Direito Civil e sua influência para o surgimento do Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 97, n. 870, abr. 2008.

LYON, David. **Postmodernity**. Buckingham: Open University, 1999.

MARTINA JR., Wallace Paiva. **Transparência administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARTINS. Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão**: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Dignidade humana. Livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física e igualdade. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung, 2016. v. I.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade**: Aspectos jurídicos e políticos. São Paulo: Saraiva, 1990.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: A história de um conceito. **Pensar**: Revista de Ciências Jurídicas. Fortaleza, vol. 25, n. 4, out./dez. 2020.

MENDES, Laura Schertel. *Habeas Data* e autodeterminação informativa: dois lados da mesma moeda. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, a. 12, n. 39, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.30899/dfj.v12i39.655>. Acesso em: 10.1.2020.

MENKE, Fabiano. As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa. **Migalhas**. Migalhas de Proteção de Dados, 30.10.2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-protecao-de-dados/335735/as-origens-alemas->

e-o-significado-da-autodeterminacao-informativa. Acesso em: 15.10.2021.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paiva. **O direito à autodeterminação informativa sob a perspectiva das instituições**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012.

NAVARRO, Ana Maria Neves de Paula. O direito fundamental à autodeterminação informativa. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=86a2f353e1e6692c>. Acesso em: 7.3.2021.

NETAPP. **Worldwide Data Privacy Regulations Compared** (eBook). Disponível em: <https://content.cloud.netapp.com/s/fe7d1028>. Acesso em 2.2.2022.

NIETO, Alejandro. Prólogo. In: MARTÍNEZ-CARRASCO PIGNATELLI, Concepción. **Postmodernidad y derecho público**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

POLLAK, Christiana. **Verhältnismässigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991.

SCHNEIDER, Hans. Zur Verhältnismässigkeits-Kontrolle insbesondere bei Gesetzen. STARCK, Christian. **Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz**. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1976. v. 2.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão**. Leonardo Martins (org.). Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldine Ferreira. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Nota do Tradutor. In: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos**

Fundamentais. Trad. Luís Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, abr. 2002. n. 798.

STRECK, Lenio Luiz. ***O que é isto – Decido conforme minha consciência?*** 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional.** 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Temas de Direito Civil.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira do. **Devido processo legal na relação de emprego: contraditório e motivação - poder disciplinar e cessação do contrato de trabalho.** 2018. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, FAKE NEWS E OS LIMITES DA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Luiz Eduardo Gunther
Bruno Vosgerau
Gustavo Afonso Martins

RESUMO

O artigo visa analisar o valor constitucional denominado, Liberdade de Expressão, (art. 5º, IV, art. 220, CF/88), bem como expresso no art. 19, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como definido pela Lei nº. 2.083/53, que regula a liberdade de imprensa. E também analisar o fenômeno da fake News, que em certa medida pode colocar em xeque a liberdade de expressão, assim como também pode mitigá-la. Portanto, se depara com um valor constitucional versus um fenômeno social oriundo da exploração indevida dos meios de comunicação. O primeiro obstáculo é conseguir achar critérios para fazer preponderar um dispositivo legal em comparação com um fenômeno social, inclusive fruto do Projeto de Lei nº. 2630/2020, que visa regulamentar a transparência na internet. O problema é saber – *a priori* – se tal regulação não ocasionará limites à manifestação do pensamento e, conseqüentemente, à liberdade de expressão. Para tanto, o artigo se vale do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica.

Luiz Eduardo Gunther

Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1977). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.

Bruno Vosgerau

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UniCuritiba. Especializado em direito do trabalho e processual do trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2015). Especializado em direito público pelo Centro universitário Maringá (UniCesumar) (2015). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2011). Advogado e Professor de Direito.

Gustavo Afonso Martins

Doutorando e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNI-CURITIBA. Curso em Direito Internacional Público e Direitos Humanos - organizado pelo Ius Gen-tium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos. Universidade de Coimbra-Pt. Advogado. E-mail: gustavoamartins.cwb@gmail.com

Palavras-chave: Fake News; Liberdade de expressão; valor legal *versus* fenômeno social.

INTRODUÇÃO

O intrigante do assunto: Fake News, é que a expressão estabelece um paralelo. Obrigatoriamente precisa se saber o que seria uma “true News” ou uma “good news”, ou seja, identificar o seu antônimo, ou definir a notícia ou manifestação do pensamento uma conotação benéfica. Superado isso, precisaria se buscar identificar quem define o que é *fake vs true News*.

A abordagem inicial permite perceber que não é tema fácil. O adjetivo *fake* ao substantivo: *News*, torna o tema com carga subjetiva excessiva, vez que, em nome da transparência, ou da verdade, visa estabelecer regras para definir o que é e o que não é *fake News* daquilo que pode ser uma *true News*.

Atribuir a determinado setor – político, econômico, social ou até judicial -, a missão de definir o que é daquilo que não é uma notícia falsa ou verdadeira, é potencialmente suicida ao valor constitucional, Liberdade de Expressão, (art. 5º, IV, art. 220, CF/88), bem como expresso no art. 19, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como definido pela Lei nº. 2.083/53, que regula a liberdade de imprensa.

No entanto, não se pode negligenciar o fato de que a fake News muitas vezes é prejudicial a direitos constitucionais de terceiros e ao próprio Estado Democrático de Direito, sendo, a rigor, necessária que de alguma forma seja delimitada quando uma informação/notícia tem a conotação de fake News. Claro que o assunto: *fake News* ganhou notoriedade e não pode ser ignorado sob pena de também vulgarizar a liberdade de expressão. Mas esta é fruto de conquista, prevista legalmente e representa o modo pelo qual se pode expressar o pensamento, enquanto a *fake News*, por si só não é um problema, o que a agrava é identificar quem a definirá como tal e as consequências causadas em sua divulgação.

Apesar de o indivíduo ao se deparar com determinada informação poder rechaçá-la e/ou aceitá-la, fato é que possui acesso a ela, porque não está controlada, assim, independentemente de haver uma *fake* ou *true News*, não se pode limitar através da censura, a manifestação do indivíduo, que conforme é abordado neste trabalho, deverá comportar a devida responsabilização. A censura é sinônimo de limitar o acesso à pluralidade de informações; é subestimar o indivíduo; é inibir o direito de se expressar, manifestar seu pensamento, e pior, é potencializar a criação de mecanismo de manipulação ao permitir que somente determinadas mensagens

(de qualquer forma e por qualquer meio de comunicação) possa ser transmitida.

Assim, analisar o fenômeno da fake News se torna imprescindível, vez que, propostas expressas em projetos de lei que visam a regulamentar, em certa medida, podem colocar em xeque a liberdade de expressão, assim como também pode mitigá-la. Portanto, se depara com um valor constitucional versus um fenômeno social oriundo da exploração indevida dos meios de comunicação. O primeiro obstáculo é conseguir achar critérios para fazer preponderar um dispositivo legal em comparação com um fenômeno social, inclusive fruto do Projeto de Lei nº. 2630/2020, que visa regulamentar a transparência na internet. O problema é saber – *a priori* – se tal regulação e a repressão não ocasionarão limites à manifestação do pensamento e, consequentemente, à liberdade de expressão.

Para trazer reflexões a respeito do tema, o artigo está estruturado partindo da construção do Direito Constitucional quanto a Liberdade de Expressão, num segundo momento, se analisará a *fake News*, e, posteriormente, se perquire como a regulamentação da *fake News* pode limitar a liberdade de pensamento e ferir o direito à Liberdade de Expressão.

1. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Sabe-se que a liberdade de expressão é direito constitucionalmente garantido conforme se extrai do inciso IV do art. 5º da lei maior – “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” – e “pode ser entendida como um conjunto de direitos relacionados às liberdades de comunicação”¹, em que há “a liberdade de expressão em sentido estrito (ou seja, de manifestação do pensamento ou de opinião), a liberdade de criação e de imprensa, bem como o direito de informação”².

Mas não somente isso, a liberdade de expressão também é um direito fundamental, e assim, deve ser vista como um dos princípios da hermenêutica jurídica³. Outro aspecto que merece atenção é o fato de que para restringir direitos fundamentais, há um rol cumulativo que a doutrina apresenta, sem os quais, inibi-los, configura afrontá-los, de modo a negar a concreção constitucional.

A propósito, Nelson Nery Jr, (2012, p. 217), esclarece que:

1 TORRES. Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão in Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 200 out./dez. 2013. p. 62.

2 TORRES. Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão in Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 200 out./dez. 2013. p. 62

3 ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

A doutrina aponta rol de cinco requisitos, cuja cumulação é necessária, para autorizar restrição a direitos fundamentais. (a) a restrição deve estar constitucionalmente autorizada, que qualquer restrição a direito fundamental necessariamente precisa ter fundamento constitucional, não basta apenas o fundamento legal infraconstitucional. Ainda que a restrição possa ser feita legislativamente, seu fundamento, necessariamente, deverá ser algum dispositivo constitucional que autoriza a referida restrição. Desse modo, qualquer limitação realizada por ato administrativo ou por legislação ordinária que não tenha previsão constitucional será nula, na medida em que estará eivada de inconstitucionalidade. (b) a limitação deve ser proporcional. Toda limitação a direito fundamental deverá ser proporcional, mas especificamente precisará observar a proibição de excesso, a fim de impedir que a restrição ao direito fundamental culmine no aniquilamento daquele direito; (c) restrição deve atender ao interesse social, privilegiando assim outros direitos fundamentais. A restrição deve ocorrer para amparar e conferir maior tutela e proteção para a sociedade civil, ao passo que o interesse público novamente nos remete a uma doutrina estatista que subjugava a sociedade (autonomia social). Daí que a restrição fundada no interesse social somente pode ocorrer a partir da explicitação de que direitos fundamentais da sociedade estarão sendo privilegiados. (d) o ato do poder público que restringe direito fundamental deve ser exaustivamente fundamentado. Tal assertiva encontra absoluto respaldo na CF 93, IX. No Estado Constitucional, não há mais espaço para o ato administrativo puramente discricionário. A discricionariedade não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, uma vez que todo ato do Poder Público, principalmente aquele restritivo de direitos, deve ser amplamente fundamentado, expondo com exatidão os fundamentos fáctico-jurídicos a fim de demonstrar porque aquela escolha da Administração Pública é a melhor possível. (e) o ato do poder público que restringe direito fundamental pode ser amplamente revisado pelo Poder Judiciário, em razão de dos fundamentos principais. Primeiro porque nessa matéria inexiste discricionariedade administrativa que não possa ser sindicada pelo Judiciário; segundo, porque, em última instância, é tarefa do próprio Judiciário examinar se existe ilegalidade e principalmente a (in)constitucionalidade do citado ato; qualquer restrição a esse direito configurará flagrante violação ao disposto na CF 5º, XXXV⁴.

A citação longa se justifica pela importância que carrega em si. No caso da *fake News*, à luz dos critérios doutrinários acima, qual seria o fundamento constitucional

4 NERY JR. Nelson, Constituição Federal comentada e legislação constitucional. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

capaz de inibir o princípio constitucional da liberdade de expressão? A pergunta é retórica e não objetiva resposta – muito menos imediata -, mas se propõe a refletir a respeito entre a liberdade e a constrição do pensamento/expressão.

Nas palavras de Chueri, Egon (2021, p. 261)⁵, “a liberdade humana fez parte de revoluções, códigos e constituições”, só nessa frase já é perceptível o seu caráter de conquista, o que fica mais evidenciado na sequência, conforme exposto pelos mesmos autores ao afirmarem que: “eixo das revoluções americana e francesa, dá substância aos direitos civis e políticos, na medida em que sua defesa implica limitação aos poderes do Estado”.

Ora, defender a liberdade de expressão equivale a reconhecer a vulnerabilidade do indivíduo frente ao Estado, logo, na perspectiva da Primeira Dimensão dos Direitos Fundamentais, quem em suma enfatiza o princípio da liberdade, vida, liberdade de expressão, religião e participação política, dentre outros, representa a conquista aos indivíduos em relação ao Estado, que não raramente extrapolava em exercer o poder. Portanto, preservar a liberdade de expressão, é não se esquecer do Estado absolutista, autoritário, que tende a abusar do poder.

A tutela referente ao princípio da liberdade de expressão representa muito mais do que “autorizar” que o indivíduo se manifeste. Representa atenção à história constitucional que já revelou que a ausência de tutela às liberdades, outorga ao Estado o avanço de seu poder, e perda de espaços – direitos – dos sujeitos de direito. Ora, não basta ser sujeito de direito e não pode desfrutar deles ou se eles são tolhidos sem qualquer amparo legal/constitucional, muito menos, em nome da proteção a divulgação de informações verdadeiras, sem ao certo ter o parâmetro que define e distingue a “fake ews” da “true ews”.

Além de critérios claros que definam uma e outra, precisaria se obter a credencial inequívoca de quem fixou os critérios, os adotou/criou de forma imparcial e a eles também se aplica. Mas não bastaria somente isso, dependeria do amparo legal constitucional, sem a qual não há que se falar em norma limitativa do direito constitucionalmente assegurado à liberdade de expressão, sob pena de afronta a texto literal de norma constitucional.

Depreende-se das palavras de Medina (2021, p. 104), que:

A liberdade de expressão compreende o direito de não haver prévia censura à manifestação de pensamento. O direito fundamental à liberdade de expressão compreende, *a priori*, a vedação à existência

5 CHUERI, Vera Karam, MOREIRA, Egon Bockmann, CÂMARA, Heloisa Fernandes. GODOY, Miguel Gualano. Fundamentos de Direito Constitucional brasileiro. Salvador, JusPodivm, 2021.

de órgãos de censura prévia (nesse sentido, STF, ADIn 4.451-Ref-MC, rel. Min. Ayres Britto, j. 02.09.2010, liminar confirmada pelo Pleno, j. 21.06.2018; com base em semelhante premissa, decidiu-se que “o exercício da liberdade de programação pelas emissoras impede que a exibição de determinado espetáculo dependa de ação estatal prévia”, cf. STF, ADI 2.404)⁶.

Ao analisar o art. 220, CF/88, é nítido ao expor que a manifestação do pensamento não sofrerá qualquer restrição. Em caso emblemático que o Supremo Tribunal Federal apreciou, assim ficou consignada a tutela ao direito constitucional quanto à liberdade de informação:

A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. (...). O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, verdadeira garantia institucional da opinião pública (Vidal Serrano Nunes Júnior), por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material ao próprio regime democrático. Mostra-se incompatível, com o pluralismo de idéias (que legitima a divergência de opiniões), a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa, não cabendo, ainda, ao Poder Público, estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição indevida aos *mass media*, que hão de ser permanentemente livres, em ordem a desempenhar, de modo pleno, o seu dever-poder de informar e de praticar, sem injustas limitações, a liberdade constitucional de comunicação e de manifestação do pensamento. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Européia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol). STF – AI: 690841 SP, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento:

6 MEDINA, José Miguel Garcial. Constituição Federal comentada. São Paulo, 2021.

21/06/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-150 DIVULG 04-08-2011 PUBLIC 05-08-2011 EMENT VOL-02560-03 PP-00295.

Há, portanto, a este respeito do direito constitucional à liberdade de expressão, livre pensamento, a previsão legal, bem como posição da Suprema Corte de Justiça. A limitação aos dispositivos constitucionais que garantem a qualquer cidadão, no contexto do Estado Democrático de Direito, o direito de se expressar livremente e expor seus pensamentos, não são meros ideais, mas direitos oriundos de conquistas, das quais não se pode, nem se deve esquecer, sob pena de negar a história que contribuiu para a formação de precedentes e a criação e/ou reconhecimento de direitos fundamentais (inclusive o de expressão e livre pensamento), e correr o risco de repetir o abuso estatal em inibir que cidadãos livres passem a ser restringidos quanto ao exercício do direito de se expressar/pensar.

Beira o absurdo imaginar a possibilidade de se limitar a expressão e o pensar, assim como limitar o ir e vir, com base em expressão oriunda de fenômeno social: "*fake News*", sem ter qualquer paralelo que demonstre o que seria a "*true News*" ou uma "*good News*", tampouco ter legitimados para estabelecer critérios para definir e distinguir uma de outra, tampouco ter qualquer previsão constitucional que limite o direito à liberdade de expressão.

Por conseguinte, não há legitimado – não no Estado Democrático de Direito – que possa limitar o exercício de tal direito, o que não implica em anular a responsabilidade daquele indivíduo que abusa e extrapola no exercício do direito, mas por ora, o que se analisa não é a – eventual – responsabilidade civil, mas sim o exercício do direito constitucional referente à liberdade de expressão.

2. AS FAKE NEWS

Como início da abordagem acerca das "*fake News*", vale trazer à baila o comentário realizado pelo ex-Ministro Pedro Chaves do STF, no julgamento do HC 40.047/63, em que expressou que:

Nós temos sofrido, sr. presidente, os desmandos da imprensa brasileira, imprensa nem sempre orientada para o bem do país, imprensa que não respeita nem a dignidade alheia, pois nela militam indivíduos que se arrogam o título de jornalistas e que não passam de hienas da reputação dos outros. Mas tudo isso é preferível a uma imprensa amordaçada, a uma imprensa presa, a uma imprensa vilipendiada⁷

7
Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC 40.047/63. p. 54.

Em seu voto, o ex-Ministro Pedro Chaves apesar de expor que a imprensa muitas vezes não é orientada para o bem do país e que não respeita a dignidade alheia, defendeu a imprensa livre.

No entanto, é importante contextualizar que o julgamento do HC 40.067/63 ocorreu em pleno Regime Militar e o jornalista Helio Fernandes, impetrante, insurgiu-se no HC contra a ordem de prisão do Ministro de Guerra pela divulgação de documentos das Forças Armadas, ou seja, com base em seu ofício, prestou informação à sociedade. Inclusive, o próprio Ministro da Guerra quando prestou informações ao STF, apontou que as informações divulgadas pelo jornalista seriam sigilosas e que de acordo com “as especificações do Regulamento Militar, não podia ser de uso público, de conhecimento público, mas de conhecimento restrito das Forças Armadas, para conhecimento das ordens emanadas do Comando”.⁸

Conforme se extrai do caso em questão, não houve a divulgação de notícias falsas, “*fake News*”, desta forma, em relação ao conteúdo do que fora divulgado, tem-se como lícita a atuação do jornalista, justamente amparada pela liberdade de imprensa, uma das vertentes da liberdade de expressão e manifestação do pensamento.

Não há dúvidas de que quando a imprensa cumpre o seu papel que é de informar, de noticiar os fatos, a conduta é salutar, pois permite que a sociedade possua acesso à informação, um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Conforme expõe José Afonso da Silva, o Estado Democrático “se funda no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, [...], na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento”⁹. Logo, na perspectiva do que ocorre no Estado, a participação do povo na coisa pública também se dá através da informação, da notícia.

Mas o direito de informação não recai somente em relação à coisa pública, pois o cidadão para o exercício da cidadania possui o direito de conhecer o que está acontecendo ao seu redor, seja em sua comunidade, em seu país e em um contexto mais amplo, no mundo.

Por isso a importância da informação e da notícia. Ambas permitem que o cidadão, com o conhecimento do que está acontecendo, possa formar o seu pensamento, a sua visão do mundo que lhe cerca.

No entanto, esta visão e a construção deste pensamento será afetada pela

8 Brasil. Supremo Tribunal Federal. HC 40.047/63. p. 11.

9 SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 30, dez. 1988, p. 66.

qualidade e a veracidade das informações consumidas, e neste ponto, atualmente está situada a problemática envolvendo as “fake news”.

Nesse sentido, importante destacar que

As ideias formam um tecido contínuo, de tal forma que é difícil estabelecer linhas divisórias entre o que é legítimo e o que é indevido expressar. Sua livre manifestação garante à sociedade dispor de um amplo estoque de opções cuja utilização seletiva compõe a própria linha evolutiva dos costumes e da história – o que antes era inaceitável, amanhã poderá se tornar imperativo, e vice-versa. Quanto mais vigorosa a prática da liberdade de expressão numa sociedade, quanto mais densa a controvérsia entre opiniões variadas, mais livres e conscientes serão as decisões que ela vier a tomar¹⁰

Apesar de a liberdade de expressão ser ampla, comportando em sua abrangência a liberdade de imprensa e a liberdade de pensamento¹¹, é importante destacar que a liberdade de imprensa pressupõe o direito à informação verídica, ou seja, o direito à notícia. Quando a informação não é verídica, não há notícia e, portanto, a manifestação não possui legitimidade, pois não corresponde aos fatos no mundo real, caracterizando assim uma “fake news”, considerada

como toda informação que, sendo de modo comprovável falsa, seja capaz de prejudicar terceiros e tenha sido forjada e/ ou posta em circulação por negligência ou má-fé, neste caso, com vistas ao lucro fácil ou à manipulação política.¹²

Para a UNESCO¹³, em seu manual para educação e treinamento em jornalismo, elucida que:

“notícias” significam informações verificáveis de interesse público, e as informações que não atendem a esses padrões não merecem o rótulo de notícias. Nesse sentido, então, a expressão “notícias falsas” é um

10 FILHO, Otavio Frias. O que é falso sobre as fake News. Revista USP, São Paulo, n. 116, p. 39-44 - janeiro/fevereiro/março 2018. p. 43.

11 TORRES. Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão, in Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 200 out./dez. 2013. p. 62.

12 FILHO, Otavio Frias. O que é falso sobre as fake News. Revista USP, São Paulo, n. 116, p. 39-44 - janeiro/fevereiro/março 2018. p. 43.

13 UNESCO. Journalism, ‘Fake News’ & Disinformation: Handbook for Journalism Education and Training. Publicado em 2018 pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). p. 7.

oxímoro que se presta a danificar a credibilidade da informação que de fato atende ao limiar de verificabilidade e interesse público – isto é, notícias reais.

A UNESCO se refere ao termo desinformação como

tentativas deliberadas (frequentemente orquestradas) para confundir ou manipular pessoas por meio de transmissão de informações desonestas. Isso geralmente é combinado com estratégias de comunicação paralelas e cruzadas e um conjunto de outras táticas, como hackear ou comprometer pessoas. O termo “informação incorreta” frequentemente refere-se a informações enganosas criadas ou disseminadas sem intenção manipuladora ou maliciosa. Ambos são problemas para a sociedade, porém a desinformação é particularmente perigosa pois é frequentemente elaborada, com bons recursos, e acentuada pela tecnologia automatizada.

Há de um lado a notícia, como legítima figura da liberdade de imprensa e, conseqüentemente da liberdade de expressão e de outro lado, a desinformação, “*fake news*”, que não se coaduna com o exercício da cidadania no aspecto de obtenção de uma sociedade bem-informada e coautora de seus sistemas político e jurídico, justamente por lhe faltar uma compreensão adequada do mundo em que estão inseridas.

Desta forma, a “*fake news*”, como traz a desinformação, deve ser considerada um ato ilícito, uma vez que afronta o direito ao exercício da cidadania, no sentido de que uma sociedade bem-informada é capaz de trazer evolução não só ao sistema político e jurídico, mas também ao desenvolvimento do próprio tecido social, inclusive permitindo o atingimento de um dos objetivos fundamentais previstos na Constituição da República: construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Vale pontuar ainda que “a desinformação e a informação incorretas são diferentes do jornalismo (de qualidade), que cumpre com a ética e normas profissionais”¹⁴, no entanto, isso não implica concluir que jornalistas ou os veículos de informação não podem ser considerados como fontes de desinformação e “*fake news*”, tudo dependerá do conteúdo das notícias, da informação e da sua intenção com a sua divulgação.

Nesse aspecto, importante citar que apesar de o STF na ADPF 130 considerar a liberdade de imprensa como um “sobredireito”, assegurando a “livre” e “plena” manifestação do pensamento, da criação e da informação, não excluiu a

14 UNESCO. Journalism, ‘Fake News’ & Disinformation: Handbook for Journalism Education and Training. Publicado em 2018 pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). p. 8.

responsabilização pelo seu exercício quando desrespeitar direitos constitucionais alheios¹⁵.

Em verdade, o STF apenas reconheceu a impossibilidade de o Estado limitar previamente o conteúdo da manifestação do pensamento, uma vez que equivalente à censura prévia, o que não se coaduna com a Constituição da República.

No entanto, nada impede que em caso de abuso deste direito a reprimenda seja aplicada posteriormente.

Ao analisar a decisão na ADPF 130, Fernanda Carolina Torres¹⁶ aponta que

Segundo o entendimento do Ministro, para estar em harmonia com os demais direitos, a liberdade de imprensa não precisa sofrer limitações prévias abstratas, passíveis de configurar censura: basta que o abuso do direito seja reprimido posteriormente. Essa delimitação interpretativa posterior de um direito fundamental não se dá apenas como um problema metódico de subsunção lógica, ela reflete uma questão política indicadora de relações sociais de domínio e de sujeição.

No entanto, Torres expõe que

Não se questiona a especial relevância que a liberdade de expressão revela no propósito de consolidação da democracia. Contudo, como ensina Miguel Reale Júnior (2010, p. 382), os valores consagrados nas normas constitucionais que podem ser ameaçados pela liberdade de expressão, como a dignidade da pessoa humana e a igualdade, constituem-se também como pilstras sobre as quais se ergue o Estado Democrático. Vale frisar: inexistente direito fundamental absoluto. Os direitos fundamentais – inclusive o direito de liberdade de imprensa e de expressão – encontram limites uns nos outros e no respeito à dignidade da pessoa humana, ou seja, no próprio conjunto normativo constitucional.

Portanto, na perspectiva de que a liberdade de imprensa, consistente no direito de informar, de noticiar, é direito fundamental ao lado de vários outros como a dignidade humana e direito à honra e imagem, não se pode admitir que prevaleça quando a informação, a notícia, não possui correspondência na realidade, ou seja, as “fake news” devem ser coibidas e não protegidas pela liberdade de imprensa, pois

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF no 130, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009.

16 TORRES. Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão, in Revista de Informação Legislativa, ano 50, n. 200 out./dez. 2013. p. 65.

Não há, contudo, prerrogativas absolutas, na lei ou na vida. A Constituição prevê, ao lado da liberdade de expressão, inúmeros outros direitos, que devem ser exercidos em harmonia, garantindo-se o maior espaço de liberdade possível aos cidadãos. Quando tais direitos colidem, é preciso reduzir o âmbito de existência de cada um, de forma racional e ponderada, para preservar o exercício de ambos.¹⁷

A importância da proteção contra as “*fake news*” se justifica, pois, conforme exposto pelo Ministro Joaquim Barbosa, também no julgamento da ADPF 130, a “imprensa pode ser destrutiva não apenas em relação a agentes públicos. Pode destruir vidas de pessoas que não são públicas.”

Neste contexto, não se pode aceitar que sob o pretexto do exercício da liberdade de imprensa, meios de comunicação divulguem desinformação sem que haja qualquer tipo de tutela estatal, pois inequivocamente se trata de ato ilícito capaz de ofender direitos constitucionais de outrem, a exemplo da honra e imagem, uma vez que as “*fake news*” muitas vezes objetivam atingir atributos da personalidade de quem se torna objeto delas.

Mas não somente isso, atualmente, as “*fake news*” têm sido observadas fora do âmbito da imprensa tradicional, elas estão espalhadas e são criadas também em perfis de usuários de redes sociais, como “*Twitter*” e “*Facebook*”, o que torna a problemática muito mais abrangente.

Nesse aspecto, Petrilson Pinheiro, afirma que “a internet vem intensificando as relações sociais em escala mundial, ligando localidades antes distantes, o que nos tem proporcionado um novo tipo de vida nunca antes experimentado”¹⁸, além disso, houve uma evolução, a geração anterior da *web* (*web* 1.0), era marcada pelo objetivo exclusivo do usuário procurar informação, sendo uma experiência unilateral. Atualmente, em decorrência da criação de novas ferramentas e condições técnica, há uma fase mais avançada do uso da internet, a *web* 2.0, que marca a ampliação da comunicação, pois o usuário pode controlar os próprios dados, há uma arquitetura tecnológica que permite com que os usuários recebam e criem informações no sistema¹⁹. (PINHEIRO, 2014).

Com esta mudança de estrutura, também houve uma alteração no comportamento dos usuários da internet que, como abordado, anteriormente apenas

17 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Os limites da liberdade de expressão.

18 PINHEIRO, Petrilson. A era do “multissinóptico”: que (novos) letramentos estão em jogo?. Disponível em <https://www.scielo.br/j/edur/a/ypsFfjb53py3bjmSqFFtcfK/?lang=pt>. Acesso em 21.ago.2022.

19 Ibidem.

buscavam informações e passaram a ter controle da criação de conteúdos próprios.

Nesse contexto se encontra também a criação das “*fake news*” por estes usuários, que através da percepção que constroem a respeito de determinadas circunstâncias, fatos e com a validação chanceladas por instâncias legitimadoras, expõem as suas “verdades” com o intuito de criar factoides que “se constituem em elementos de persuasão que, ao serem amplamente divulgados, funcionariam, segundo Hanna Arendt, como aquilo que Aristóteles chamava de ‘*eikos*’, “o provável, as muitas ‘*verisimilia*’, que mostram como ele se abre para mim” (Arendt, 2002, p. 96).²⁰

Em outras palavras, as “*fake news*” podem ser compreendidas como uma tentativa do indivíduo, através do conteúdo criado ou compartilhado, em convencer os seus pares a respeito de seus sentimentos, da sua interpretação, do que ele vê a respeito dos fatos e circunstâncias, ou seja, com base em sua percepção e imaginação, o que muitas vezes não corresponde à realidade, o que acaba gerando desinformação.

No entanto, não é porque estes usuários da internet não façam parte dos meios de imprensa que não poderão sofrer sanções pelo conteúdo criado ou compartilhado quando se verificar que é falso e prejudicial a terceiro.

Nesse sentido, cabe o Poder Judiciário solucionar o problema após a provocação do prejudicado, sendo que, conforme será abordado no tópico seguinte, o direito constitucional de liberdade de expressão e manifestação do pensamento não pode ser utilizado como um escudo protetor para a prática de atos ilícitos, no caso, de desinformação que prejudique outrem ou que atente contra os princípios do Estado Democrático de Direito ou contra os direitos fundamentais.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, FAKE NEWS E OS LIMITES DA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO

Portanto, na perspectiva de que a liberdade de imprensa, consistente no direito de informar, de noticiar, é direito fundamental ao lado de vários outros como a dignidade humana e direito à honra e imagem, não se pode admitir que prevaleça quando a informação, a notícia, não possui correspondência na realidade, ou seja, as “*fake news*” devem ser coibidas e não protegidas pela liberdade de imprensa, vez que na ponderação entre os direitos fundamentais, neste caso, parece cristalino que a proteção deve recair sobre os direitos de personalidade do ofendido pela desinformação, permitindo assim que haja repressão, como a realização de retratação pelo criador

20 Idem. Fake News em jogo: uma discussão epistemológica sobre o processo de produção e disseminação de (in)verdades em redes sociais. Disponível em <https://www.scielo.br/j/delta/a/8gjBC9zP3Xt3rNJbdzpPPhb/>. Acesso em 21.ago.2022.

e divulgador, o arbitramento de indenização e a exclusão do conteúdo do mundo jurídico por se tratar de ato ilícito.

Tratamento similar deve ser dado a usuários de redes sociais que criam e divulgam desinformação prejudicando terceiros.

A justificativa é extraída da própria Constituição da República que em seu art. 220, expõe que a liberdade de expressão é plena, observado o disposto na própria Constituição, ou seja, é plena quando respeitados os demais direitos constitucionalmente previstos, nele incluídos os de personalidade como honra e imagem, ínsitos à dignidade humana.²¹

Com base na própria Constituição da República, é possível observar que ainda que a liberdade de expressão e de manifestação de pensamento se apresentem como direitos constitucionais e fundamentais, não se pode reconhecê-los como de caráter absoluto, ou seja, direitos que sempre prevalecerão no choque com outros direitos constitucionais e fundamentais, a exemplo da honra, intimidade e privacidade de outrem, ínsitos ao conceito de dignidade humana.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que a liberdade de expressão não possui caráter de direito absoluto, pois encontra limites morais e jurídicos, a exemplo de conteúdo imoral que implique ilicitude penal:

Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que impliquem ilicitude penal. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica²².

Em complemento, na abordada ADPF 130, em que se tratou sobre a liberdade de imprensa, no voto do Ministro Carlos Brito, expôs-se que:

21 REALE JUNIOR. Miguel. Limites à liberdade de expressão. Revista Espaço Jurídico, Florianópolis, v. 11, n. 2, p.; 374-401, jul./dez. 2010. p. 398.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.424, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-03, DJ de 19/03/2004.

É de se perguntar, naturalmente: mas a que disposições constitucionais se refere o precitado art. 220 como de obrigatória observância no desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pela imprensa? Resposta: àquelas disposições do art. 5º, versantes sobre vedação do anonimato (parte final do inciso IV); direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV).

Em outras palavras, o Ministro Carlos Brito condicionou o exercício da liberdade de imprensa a regras previstas no próprio texto constitucional, de modo que, a interpretação conduz ao reconhecimento de que se alguma for desrespeitada, surgirá o ato ilícito e, conseqüentemente, também a responsabilização do veiculador da informação.

Nesse contexto, a importância para que seja identificável o autor da divulgação do conteúdo é importante justamente para que possa sobre ele recair os efeitos da existência da utilização do direito em desconformidade com o ordenamento jurídico, de modo a permitir que seja responsabilizado por eventual dano causado a outrem, seja ele moral ou material em decorrência de se ter maculado à intimidade, à vida privada, à honra, imagem e reputação do terceiro.

Tais considerações podem ser aplicadas tanto ao direito à liberdade de informação como à liberdade de expressão, pois, ambos não são direitos absolutos e devem respeito aos demais direitos constitucionalmente previstos.

As limitações ao direito de liberdade de expressão também podem ser justificadas para que não funcionem como uma proteção contra os chamados discursos de “ódio”, caracterizados, em síntese, pelo pensamento ou posicionamento social que instiga a violência contra uma pessoa ou grupo social, sendo que podem possuir conteúdo discriminatório em razão da nacionalidade, sexo, etnia, religião ou qualquer outro atributo específico de um indivíduo ou grupo²³.

Assim, como já abordado neste trabalho, as “fake news” como concretização de informações incompatíveis com a realidade, quando atingirem direitos de personalidade de outrem ou atentarem contra direitos constitucionalmente previstos, serão consideradas atos ilícitos, comportando a responsabilização do criador e do

23 NETTO, Letícia Rodrigues Ferreira. Discurso de Ódio. InfoEscola, 2017. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociologia/discurso-de-odio/>. Acesso em: 22.ago.22. p. 1.

veiculador da desinformação, isso porque propagam inverdades como o propósito de prejudicar uma pessoa ou grupo antagônico ao que faz parte, ou seja, a intenção é de prejudicar alguém ou grupo que possua pensamento ou posicionamento diferente²⁴.

É importante ressaltar que a criação e disseminação de “*fake News*” não somente trazem prejuízos aos indivíduos que compõe à sociedade, mas também à própria sociedade.

Cita-se o exemplo de que a “*fake News*” pode ser criada como estratégia para desqualificar a credibilidade de agentes considerados extremamente confiáveis como: “cientistas, intelectuais, repórteres” de modo a “associá-los a crenças opostas às que são importantes para os grupos sociais que divulgam tais notícias”, sendo que, nesta situação, as “crenças e valores substituem o saber científico, e algumas pessoas acham razoável disseminar notícias falsas, desde que atendam aos seus valores internos, à sua própria moral e ao que ele considera bons costumes”²⁵

A circunstância apontada gera um enorme prejuízo à sociedade, pois com a criação da desinformação, há a possibilidade de que muitos indivíduos comecem a ter uma falsa percepção da realidade, o que pode influenciar na vida social e criar rupturas sem que haja real motivo.

Recentemente, no Brasil, houve a guerra de narrativas em relação às vacinas da Covid-19, principalmente em torno da “crença de que as vacinas não foram suficientemente estudadas, tendo em vista o tempo rápido de seu desenvolvimento”, circunstância apontada como “um dos fatores associados à hesitação vacinal, ao que se acrescentam a desconfiança quanto à origem da vacina e fatores políticos-ideológicos.”²⁶

A divulgação da desinformação nesse contexto, permitiu a constatação de que no curso da pandemia a concordância plena com as assertivas “vacinas são seguras” e “vacinas são eficazes” se reduziram de 70-79,9% para 60-69,9% se comparado ao ano de 2018²⁷, circunstância que reforça o poder de influência da desinformação, e que pode ter gerado em alguns indivíduos a crença de que o melhor seria não se vacinar.

Ainda, em relação às “*fake News*” danosas à sociedade, pode-se citar aquelas com a potencialidade de influenciar a própria Democracia, mais especificamente, no

24 Ibidem. p. 7.

25 NETTO, Letícia Rodrigues Ferreira. Discurso de Ódio. InfoEscola, 2017. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociologia/discurso-de-odio/>. Acesso em: 22.ago.22. p. 8.

26 GALHARDI, Claudia Pinheiro. FREIRE, Nelson Pinheiro. FAGUNDES, Maria Clara Marques. MINAYO, Marica Cecília de Souza. CUNHA, Isabel Cristina Kowal. Fake News e hesitação vacinal no contexto da pandemia na Covid-19 no Brasil. Disponível em: <https://scielosp.org/article/csc/2022.v27n5/1849-1858/>. Acesso em 21.ago.22.

27 Ibidem.

processo eleitoral pois, como já abordado, o processo desinformativo tem a aptidão de influenciar percepção dos indivíduos a respeito da realidade, o que consequentemente pode levar a um resultado substancialmente diverso no certame eleitoral, especialmente quando a disputa entre os candidatos possui uma diferença mínima.

Zaganelli e Maziero justificam que este cenário fez com que:

o Tribunal Superior Eleitoral - TSE tomasse algumas atitudes para refrear as fake news. Ao reconhecer que a desinformação tem um impacto negativo no processo democrático e eleitoral brasileiro, lançou a Resolução TSE nº 23.610/2019, que prescreve que candidatos e partidos devem checar a veracidade da informação utilizada na propaganda eleitoral antes de divulgá-la. A legislação tem o objetivo de evitar a disseminação da desinformação durante o processo eleitoral, e também prevê o direito de resposta à vítima, sem prejuízo de eventual responsabilização penal do autor da informação inverídica.²⁸

Ainda, Zaganelli e Maziero concluem que:

O fenômeno das fake news surgiu no processo eleitoral brasileiro, com maior impacto, a partir das eleições de 2018. Utilizada como uma estratégia para propagar a desinformação e manipular informações para prejudicar grupos políticos concorrentes, as fake news causaram um efeito pernicioso ao processo democrático brasileiro, ao serem divulgadas maciçamente por meio das redes sociais, em especial o Facebook e o WhatsApp, que permitiam o envio de mensagens para grupos, facilitando a disseminação de notícias falsas com rapidez e celeridade, e dificultando o rastreamento da origem de tais notícias.

O potencial de atingir um grande número de pessoas a um custo financeiro baixo e com grande velocidade fez com que esta estratégia fosse utilizada por partidos políticos, que contrataram empresas especializadas para impulsionar informações que prejudicassem grupos políticos rivais, espalhando notícias intencionalmente deturpadas, e fazendo com que a opinião pública fosse manipulada por esse método. A partir daí, as notícias “viralizavam”, sendo compartilhadas por pessoas em diversos aplicativos e redes sociais, convencidas de que aquele conteúdo era real.

Nesse aspecto, as “fake news” são capazes de trazer danos ao indivíduo, no contexto de seus direitos da personalidade e à sociedade, quando influencia na tomada

28 ZAGANELLI, Margareth Vetis. Maziero, Simone Guerra. Fake News no Brasil – os riscos para a Democracia. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/8967>. Acesso em 21.ago.22.

de decisões com base em desinformação, em dados inverídicos, podendo como analisado influenciar na saúde pública e na próprio processo eleitoral, um dos pilares da Democracia.

Para se evitar danos, não se pode considerar as *"fake news"* protegidas pelo direito constitucional da liberdade de expressão, justamente porque não é absoluto e por estar atrelado a limites contidos no próprio ordenamento jurídico como a moral e o próprio direito, a exemplo os direitos fundamentais como à vida e direitos da personalidade, como intimidade, privacidade, honra, imagem e o respeito à Democracia.

Assim, a liberdade de expressão deve ser exercida no contexto de aprimoramento e oxigenação das ideias, não para causar desinformação e violar direitos alheios.

Não se deve confundir a responsabilização daqueles que produzem e divulgam *"fake News"* como censura, pois esta pressupõe uma análise e impedimentos de divulgação prévios.

O próprio Supremo Tribunal Federal possui entendimento de que não se pode censurar previamente o conteúdo a ser divulgado, no entanto, tal fato não acarreta a impunidade e o abuso dos discursos (ADI 4451, ADI 4815 e HC 82.424/RS) que serão analisados posteriormente de forma repressiva e não preventiva.

Portanto, não há nenhuma incompatibilidade entre o controle das informações falsas divulgadas – *"fake News"* – e a liberdade de expressão, pois o controle e a consequente responsabilização, somente terão lugar quando se constatar abusos e violação a alguns princípios ou direitos constitucionalmente assegurados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme abordado, o direito à liberdade de expressão, também nele inserido o direito de informar – liberdade de imprensa – não são direitos absolutos, ou seja, não podem ser invocados para justificar a impunidade, a ausência de responsabilização daquele indivíduo ou meio de comunicação que criou e/ou divulgou informações falsas com a aptidão de violar direitos de terceiros, ou, capazes de atentar contra os princípios do Estado Democrático de Direito e contra os direitos fundamentais.

Nesse aspecto, conclui-se que as informações falsas, denominadas atualmente de *"fake News"*, atentam contra os objetivos da liberdade de imprensa, pois, para que este direito seja exercido de forma hígida, é necessário que esteja atrelado à realidade, aos fatos e não à criação de histórias fantasiosas que atingem direitos da personalidade ou que ofendem a moral e os princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Assim como os meios de comunicação, a chamada mídia tradicional, com a evolução da internet, os seus usuários também passaram a desfrutar da possibilidade de criar e divulgar conteúdo, sendo uma das possibilidades asseguradas pela Constituição da República de 1988, pois conduta protegida pela liberdade de expressão.

No entanto, assim como a liberdade de imprensa dirigida aos meios de comunicação e informação, a liberdade de expressão dos indivíduos, principalmente dos usuários de redes sociais não é absoluta, referida conduta também encontra limite nos direitos da personalidade, na moral e nos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

Em síntese, quando se trata da liberdade de imprensa e da liberdade de expressão, ambas se apresentam como direitos fundamentais e caros para a sociedade, no entanto, que não podem ser considerados como absolutos, devendo sempre respeito aos limites morais e jurídicos, assim como já reforçado pelo Supremo Tribunal Federal.

Logo, conforme abordado neste trabalho, como as *"fake News"* muitas vezes estão atreladas ao discurso de "ódio" e que as informações criadas e divulgadas são destinadas a violação de algum ou de alguns direitos da personalidade de terceiros, como a privacidade, intimidade, honra, imagem e reputação, inclusive, podendo caracterizar tipificação criminal, certo é que referida conduta e seu conteúdo não estão absolutamente protegidos pelo direito fundamental da liberdade de expressão, justamente porque ultrapassaram os limites morais e/ou jurídicos que o ordenamento jurídico impõe, justificando a responsabilização dos autores pelos danos morais ou materiais que com seu ato tenha sido experimentado pelo ofendido.

Nesse aspecto, cabe ao Poder Judiciário realizar o controle posterior da conduta e do conteúdo da informação. Se constatada que é falsa, que contém inverdades, que violou direitos de personalidade de outrem, deve haver a responsabilização do ofensor, seja na esfera cível, seja na esfera criminal se admissível.

No tocante à atuação do Poder Judiciário, deve-se ressaltar que a regra é a não intervenção prévia, uma vez que tal conduta pode ser compreendida como censura, e neste aspecto, violadora da liberdade de expressão. Há que se ressaltar que esta não deve ser compreendida também como uma regra absoluta, uma vez que há hipóteses, excepcionais, em que o Poder Judiciário, convencido da gravidade do prejuízo que possa advir do conteúdo da manifestação do pensamento, pode determinar que o responsável pela criação da informação ou de sua divulgação se abstenha de realizá-la, a exemplo de conteúdo sabidamente inverídico às vésperas de uma eleição, circunstância que a depender do impacto causado pelas *"fake News"* poderá redundar na modificação do resultado do pleito, atentando contra a Democracia e princípios caros previstos na Constituição da República.

Assim, ressalvada a excepcionalidade, acredita-se que o mais adequado seja o controle posterior do conteúdo e da conduta pelo Poder Judiciário, de modo que decida se a informação é falsa – “*fake News*” de modo a retirá-la de circulação, ou que se determine a possibilidade de o ofendido ter deferido o seu direito de resposta, ou que aquele que divulgou a informação falsa seja condenado a realizar retratação em relação ao conteúdo, nos termos da Lei 13.188/15, sem prejuízo das sanções cíveis, como indenização por danos morais e materiais e das sanções criminais, caso a informação seja tipificada como calúnia, difamação, injúria, ou até mesmo, denúncia caluniosa.

Nesse aspecto, quando o conteúdo divulgado ferir direitos de personalidade de outrem, a exemplo da sua honra e imagem, solução interessante é que a tutela jurisdicional seja no sentido de conceder o direito de resposta ao ofendido, de modo que possa refutar os fatos ou apresentar os devidos esclarecimentos, sem prejuízo de que no material divulgado, seja vídeo, texto ou imagem, seja inserida uma advertência de que o conteúdo apresentado não possui o devido lastro no mundo real, ou seja, de que não há prova do que se expôs.

Tal providência evita qualquer discussão em relação a uma possível censura por parte do Poder Judiciário, pois ao mesmo tempo que realiza o controle da informação, evitando que seja disseminada a desinformação ou conteúdo difamatório a outrem sem os devidos “alertas”, respeita o direito de livre manifestação do pensamento.

Registre-se que tal providência não exclui a tutela jurisdicional em relação à retirada de circulação do conteúdo, no entanto, tal medida deve ser ponderada, considerando as circunstâncias e a gravidade das consequências do conteúdo ilícito. O que não se pode admitir é a impunidade daquele que pratique a conduta de criar e difundir “*fake News*”, pois, conforme abordado ao longo do trabalho, as informações falsas ou inverídicas possuem a aptidão de violar direitos fundamentais de outrem, além de atentarem contra a vida, a exemplo das inverdades divulgadas a respeito das vacinas da Covid-19, e de atentarem contra o próprio Estado Democrático de Direito, quando influenciam ou são capazes de influenciar no processo eleitoral.

Portanto, conclui-se que as “*fake News*” precisam ser combatidas e que o combate através do Poder Judiciário, em regra, repressivo, não configura violação ao direito fundamental da liberdade de expressão, vez que não corresponde a uma censura prévia, sendo esta admitida somente em casos excepcionálíssimos.

Em suma, o direito fundamental à liberdade de expressão não pode ser utilizado como proteção para afastar a responsabilização daqueles que cometeram excessos e abusos, caso contrário, estaríamos admitindo que o ordenamento jurídico validasse o discurso de ódio, os ataques e violações a direitos fundamentais e aos princípios caros do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Os limites da liberdade de expressão**. Disponível em: <https://direito.usp.br/noticia/4bdc11296800-os-limites-a-liberdade-de-expressao->. Acesso em 13.fev.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 40.047/63**. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=57122>. Acesso em 13.fev.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF no 130**, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 30/4/2009, Plenário, DJE de 6/11/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82.424**, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-03, DJ de 19/03/2004.

CHUERI, Vera Karam, MOREIRA, Egon Bockmann, CÂMARA, Heloisa Fernandes. GODOY, Miguel Gualano. **Fundamentos de Direito Constitucional brasileiro**. Salvador, JusPodivm, 2021.

FILHO, Otavio Frias. **O que é falso sobre as fake News**. Revista USP, São Paulo, n. 116, p. 39-44 - janeiro/fevereiro/março 2018.

GALHARDI, Claudia Pinheiro. FREIRE, Nelson Pinheiro. FAGUNDES, Maria Clara Marques. MINAYO, Marica Cecília de Souza. CUNHA, Isabel Cristina Kowal. **Fake News e hesitação vacinal no contexto da pandemia na Covid-19 no Brasil**. Disponível em: <https://scielosp.org/article/csc/2022.v27n5/1849-1858/>. Acesso em 21.ago.22.

NETTO, Letícia Rodrigues Ferreira. **Discurso de Ódio**. InfoEscola, 2017. Disponível em: <https://www.infoescola.com/sociologia/discurso-de-odio/>. Acesso em: 22.ago. 22.

NERY JR. Nelson, **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PINHEIRO, Petrilson. **Aerado “multissinóptico”**: que (novos) letramentos estão em jogo?. Disponível em <https://www.scielo.br/j/edur/a/ypsFfjb53py3bjmSqFFtcfK/?lang=pt>. Acesso em 21.ago.2022.

PINHEIRO, Petrilson. **Fake News em jogo**: uma discussão epistemológica sobre o processo de produção e disseminação de (in)verdades em redes sociais. Disponível em <https://www.scielo.br/j/delta/a/8gjBC9zP3Xt3rNJbdzpPPhb/>. Acesso em 21.ago.2022.

REALE JUNIOR, Miguel. **Limites à liberdade de expressão**. Revista Espaço Jurídico, Florianópolis, v. 11, n. 2, p.; 374-401, jul./dez. 2010.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, v. 30, dez. 1988.

TORRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão e sua extensão in **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, n. 200 out./dez. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p61.pdf. Acesso em 13.fev.2022.

UNESCO. Journalism, **‘Fake News’ & Disinformation**: Handbook for Journalism Education and Training. Publicado em 2018 pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO). Disponível em português: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000368647>. Acesso em 13.fev.2022.

ZAGANELLI, Margareth Vetis. Maziero, Simone Guerra. **Fake News no Brasil** – os riscos para a Democracia. Disponível em <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/8967>. Acesso em 21.ago.22.

O ASSÉDIO MORAL VIRTUAL: TELEASSÉDIO, CIBERÉTICA E A NECESSIDADE DE UMA VISÃO ÉTICA E HUMANA FACE AO DIGITAL

Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima

Luiz Eduardo Gunther

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo iniciar os estudos sobre o assédio moral virtual e analisar o impacto da nova modalidade de teleassédio através da rede mundial de computadores. O trabalho vem mudando e há necessidade de novas reflexões, diante do mundo virtual que nos impõe em muitos momentos da vida, surgindo desafios, a fim de se adaptar ao novo paradigma da realidade virtual. Com isso o estudo do assédio virtual, em especial o teleassédio, reveste-se de importância no mundo novo em que se evidencia um novo paradigma digital e de ofensas virtuais, havendo necessidade de reflexão, análise de suas repercussões e consequências em face da sua ocorrência na rede e no mundo do trabalho virtual, pregando ao final uma visão ciberética, através dos estudos da ética com uma visão humana face ao digital. O método adotado no presente trabalho é o teórico, através da pesquisa bibliográfica exploratória, que se concretiza na análise de livros, revistas especializadas, leis, artigos científicos que tratam sobre o tema.

Palavras-chave: Assédio Moral Virtual; Teleassédio; Ética; Visão Humana Digital.

Thomires Elizabeth Pauliv Badaró de Lima

Doutoranda pelo Programa de Direito Empresarial e Cidadania. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Especialista em Educação a Distância pelo Centro Universitário UniOpet. Graduada em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. Advogada e Professora Universitária. E-mail: thomiresbadaro@hotmail.com.

Luiz Eduardo Gunther

Pós-Doutor em Direito pela PUC-PR (2015). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2003). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Graduado em Direito e em História pela Universidade Federal do Paraná (1997). Desembargador no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Integrante dos Conselhos Editoriais da Editora Juruá, do Instituto Memória e da Editora Clássica. E-mail: luiz.gunther@uol.com.br.

RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo iniciar estudios sobre el acoso moral virtual y analizar el impacto de la nueva modalidad de tele-acoso a través de la red mundial de las computadoras. El trabajo ha ido cambiando y hay necesidad de nuevas reflexiones, dado el mundo virtual que nos impone en muchos momentos de la vida, surgiendo desafíos para adaptarnos al nuevo paradigma de la realidad virtual. Así, el estudio del acoso virtual, especialmente el teleacoso, es de importancia en el nuevo mundo en el que un nuevo paradigma digital y los delitos virtuales se hacen evidentes, requiriendo reflexión, análisis de sus repercusiones y consecuencias a la luz de su ocurrencia en la red y en el mundo del trabajo virtual, predicación al final una visión ciberética, a través de estudios de ética con visión humana frente al digital. El método adoptado en este trabajo es teórico, a través de la investigación bibliográfica exploratoria, que se materializa en el análisis de libros, revistas especializadas, leyes, artículos científicos que abordan el tema.

Palabras-clave: Acoso moral virtual; Teleacoso; Ética; Visão Humana Digital.

INTRODUÇÃO

O tema assédio moral é de destaque internacional, tanto que no ano de 2019 foi objeto de discussão em uma convenção internacional de n. 190 da OIT (Organização Internacional do Trabalho), tendo sido objeto de ratificação em 2020 e sua entrada em vigor em 2021.

Os males do assédio moral são destruidores na vida psicológica humana, podendo ser cometido na sociedade de uma forma geral, na família, na escola e no meio ambiente de trabalho.

Dentro da temática polêmica do assédio moral, debatido a nível mundial, surge uma nova discussão jurídica, que pode ser ainda mais vital e viral, e que propõe numa análise e reflexão no presente artigo que é sobre o assédio moral virtual, em especial sobre o teleassédio.

Vive-se em uma sociedade do cansaço, ainda mais agravada no momento pandêmico em que o cometimento do assédio moral pode ser até mais grave e ser violado em sua dignidade dentro da sua própria casa ou em qualquer lugar do mundo, através do meio virtual e que está sendo proporcionado pela comunicação de forma eletrônica.

A tecnologia pode ser usada para bem, mas também para o mal, sendo que o excesso, o abuso, a humilhação, a discriminação, o não respeito da personalidade e

da dignidade humana pode gerar consequência na vida do trabalhador, no novo meio ambiente laboral virtual, tais como o *home office*.

Vive-se um momento de crise e de excesso!

Esse excesso de exigência tem que ser repensado para adentrar na reflexão do abuso na cobrança que podem atingir o lazer e a dignidade do trabalhador, violando a sua vida privada, acabando com sua vida pessoal, podendo ainda incindir no assédio moral.

O artigo ora proposto tem por objetivo iniciar os estudos sobre o assédio moral virtual, em especial sobre o teleassédio, assim como analisar a consequência dessa nova modalidade de assédio através da rede mundial de computadores, tendo ainda como objetivos específicos refletir sobre os impactos da revolução digital e a mudança no mundo do trabalho, assim como trazer uma visão ética e humana face ao digital, buscando ainda promover o necessário equilíbrio na relação de poder promovida pelo meio digital.

Para buscar responder a problemática ora proposta o caminho da pesquisa e metodologia adotada no presente trabalho será através da pesquisa bibliográfica exploratória, que se concretiza na análise de livros, revistas especializadas, leis, convenção internacional, artigos científicos e demais ensinamentos doutrinários, concretizando a análise com base em obras nacionais e internacionais relevantes que tratam do assunto, realizando a análise crítica, tomando posições e propondo soluções, à luz dos objetivos apresentados neste artigo.

Assim o trabalho que se propõe irá primeiramente analisar sobre o impacto da revolução da tecnologia da informação no mundo do trabalho; na sequência passará a refletir sobre a temática principal e objetivo geral do trabalho, quer seja, sobre o assédio moral virtual, em especial sobre teleassédio; para ao final analisar e trazer uma reflexão ética e humana face ao digital.

1 A REVOLUÇÃO DA TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E A MUDANÇA NO MUNDO DO TRABALHO

O mundo mudou, o trabalho mudou e essa virada de paradigma deve-se a realidade virtual que nos foi imposta, diante da revolução ocorrida com o uso da tecnologia da informação, trazendo reflexões para a vida pessoal, profissional, acadêmica, dentre outros campos de atuação e aplicação.

Há quem diga que essa mudança de paradigma foi de fato uma revolução, como o autor Manuel Castells, sociólogo de referência mundial sobre a temática sociedade em rede, qualificando essa mudança de fato como uma revolução, comparando inclusive

com outro evento histórico da revolução industrial, diante da descontinuidade das bases materiais da economia ao afirmar que:

No mínimo a revolução da tecnologia da informação é um evento histórico da mesma importância da Revolução Industrial do século XVIII, induzindo um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura. Por outro lado, diferentemente de qualquer outra revolução, o cerne da transformação que estamos vivendo na revolução atual refere-se às tecnologias da informação, processamento e comunicação. (Castells, 2005, p. 68)

Faz a comparação com a revolução industrial, sendo a revolução tecnológica e digital uma mudança “no final do século XX – novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da tecnologia da informação” (Castells, 2005, p. 67), o que vem mudando o mundo, assim como o ambiente de trabalho, como por exemplo no teletrabalho, que abaixo será comentado o seu aspecto legal e inovação legislativa com o advento da reforma trabalhista, em que há o uso da tecnologia da informação, trazendo consequências positivas e negativas na sua atuação.

Nesse contexto Paulo Antonio Maia e Silva informa que com implemento da tecnologia nas relações humanas o mundo do trabalho igualmente sofreu as suas influências, esclarecendo e exemplificando o autor que no “caso do trabalho humano, as inovações tecnológicas que provocam modificações são as relativas à comunicação e reunião entre prestador e tomador e quanto ao local e forma da prestação dos serviços.” (Silva, 2012, n/p).

Manuel Castells alerta que com essa revolução pela primeira vez na história, a mente humana é uma força direta de produção, informando que computadores, sistemas de informação, decodificação e programação genética são todos amplificadores e extensores da mente humana, exemplificando que o “que pensamos e como pensamos é expresso em bens, serviços, produção material e intelectual, sejam alimentos, moradia, sistemas de transportes e comunicação, mísseis, saúde, educação ou imagens”, abrangendo a capacidade de transformar todas as informações em um sistema comum de informação, processando-as em velocidade e capacidade cada vez maiores e com custo cada vez mais reduzido em uma rede de recuperação e distribuição potencialmente ubíqua, com a possibilidade de estar presente em outros lugares, em toda a parte ao mesmo tempo (Castells, 2005, p. 69).

No livro *Sociedade do Cansaço* o autor Byung-Chul Han descreve que a sociedade do século XXI é uma sociedade de desempenho, de poder ilimitado, diante da mudança do paradigma do desempenho ou pelo esquema positivo do poder, havendo um novo

mandamento do excesso de positividade e produtividade, mencionado que hoje em dia “nos expomos no facebook, e com isso nos transformamos em mercadoria.” (Han, 2017, p. 125), descrevendo mais adiante que “Sim, hoje nós fazemos importantes nas redes sociais, no facebook. Nós produzimos informações e aceleramos a comunicação, na medida em que nos “produzimos”, nos fazemos importantes.”, acrescentando ainda que “Nós ganhamos visibilidade, expomo-nos como mercadorias. Nós nos produzimos para a produção, para a circulação acelerada de informação e comunicação.” (Han, 2017, p. 126).

Essa revolução da tecnologia da informação trouxe mudança no direito do trabalho, com o que dentro desse contexto o autor Luiz de Pinho Pedreira Silva faz tal correlação da tecnologia e mudança no mundo do trabalho informando sobre o trabalho a distância e o teletrabalho:

Este fenômeno é decorrência das inovações tecnológicas e da expansão econômica mundial, que provocaram a descentralização do trabalho, a propagação e modernização do trabalho a distância, que deixou de ser apenas o trabalho em domicílio tradicional, a fiscalização do serviço sem a presença física do fiscal, a flexibilização das jornadas, a preponderância da atividade intelectual sobre a manual, a ponto de considerar-se que as sociedades atuais não são mais terciárias (comércio) e sim quaternárias (informações/telecomunicações). O trabalho a distância é o gênero que compreende várias espécies, uma delas o teletrabalho. (Silva, 2010, p. 583)

Uma das mudanças no mundo do trabalho de impacto recente foi o teletrabalho, eis que o trabalho à distância de uma forma geral já existia anteriormente, como por exemplo o trabalho em domicílio, mas a sua intensificação e mudança na vida da pessoa veio de forma abrupta a partir da pandemia, com o que o estudo do teletrabalho em tempos de pandemia e pós pandêmico revela-se de importância e constante reflexão sobre o alcance de seus limites da vida do trabalhador que estão sendo aos poucos conhecidos e pesquisados.

O art. 75-B da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) enuncia que se considera como teletrabalho a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se configure como trabalho externo (Brasil, 1943), nos termos da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) e da redação dada pela Lei 14.442/2022.

O dispositivo legal vincula os elementos caracterizadores do teletrabalho, como

o geográfico em que o teletrabalhador desempenha suas atividades fora do espaço tradicional (físico) do empregador; o tecnológico em que o teletrabalhador desenvolve suas tarefas mediante o emprego de tecnologia da informação e comunicação; e o organizativo em que o empregador deverá estar organizado, em sua estrutura produtiva e de recursos humanos, visualizando o trabalhador remoto como integrante de sua rede de empregados nas ações e estratégias no ambiente laboral, em atenção aos aspectos da medicina do trabalho, capacitações e promoções, etc. (Fincato, 2018).

O teletrabalho tem muitas vantagens, mas como toda atividade laboral deve ser realizada com moderação, sendo que o poder diretivo do empregador na condução do teletrabalho muitas vezes é exercido no ambiente da casa do trabalhador (*home office*), devendo ser realizado com racionalidade e proporcionalidade, pois o excesso pode macular a saúde física e mental do trabalhador.

Atenção que nem todas as atividades em *home office* se utilizam da tecnologia, que é condição preponderante para caracterização do teletrabalho (Lantyer, 2020). Observa-se ainda que o *home office* foi adotado por empresas, bem antes da pandemia, como forma de flexibilizar o cumprimento da jornada de trabalho, podendo enquadrar nessa situação o empregado, regido pelas regras da CLT, bem como o autônomo, o profissional liberal e até mesmo o empresário (João; Gaggini, 2020).

Importante diferenciar que o teletrabalho é uma modalidade especial de trabalho a distância, com a presença obrigatória da tecnologia da comunicação e informática (TIC), sendo uma prestação de serviços de forma remota, uma espécie de trabalho a distância o teletrabalho.

Com relação a regras da saúde do teletrabalhador o art. 75-E da CLT menciona expressamente que o empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho, com o que com o advento da reforma trabalhista houve a preocupação com a saúde física e mental do teletrabalhador, acrescentando ainda no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, que o empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Com isso questiona-se: em que medida o teletrabalho pode atingir e ter consequências na saúde física e mental do teletrabalhador?

A fim de refletir sobre essa problemática e trazer a dialética necessária em um trabalho acadêmico, passar-se a analisar acerca dos pontos positivos e negativos dessa nova espécie de trabalho a distância advinda com a reforma trabalhista.

Observa-se que com o uso da tecnologia e demais meios de comunicação virtual pode atingir a vida pessoal e profissional do trabalhador, refletindo igualmente esse avanço digital e tecnológico o meio ambiente laboral, que de uma hora para

outra foi obrigado a se adequar a essa nova realidade de trabalho remoto.

Assim o teletrabalho imposto ao trabalhador foi uma alternativa jurídica louvável, para continuar a importante e necessária vida profissional, mas que deve ser executada com moderação, pois o empregado continua tendo direito ao lazer, ao descanso semanal remunerado e de não ser privado da sua vida particular no final de semana.

Mesmo utilizando as TIC (Tecnologia da Informação e da Comunicação), tem o direito à desconexão, o direito de executar a prestação de serviços nas horas pactuadas na contratação, razão pela qual fica o alerta do excesso de reunião, mensagens em WhatsApp e de vídeos chamadas em horário não remunerado, eis que pode haver consequência legal de irregularidade e da retirada do direito ao lazer, igualmente necessário na vida e a saúde mental de qualquer trabalhador.

Diante desse contexto ressalta ainda que “em tempos pós-modernos, de obstinada conexão 24 horas, o direito a se desconectar do mundo do trabalho é visto como um valor a ser tutelado” (Dallegrave Neto, 2014).

Sabe-se das diversas vantagens do teletrabalho na vida laboral do trabalhador, ainda mais em época de crise econômica e de saúde pública, sendo uma oportunidade única na vida do trabalhador poder desenvolver a sua atividade e sua obrigação contratual a distância, mas como já mencionado há pontos positivos e negativos na vida do empregado que tem que ser constantemente objeto de análise e reflexão.

Dentre as vantagens que podem ser exemplificadas são o trânsito (evita-se gastos de transporte, congestionamento, acidentes); maior mobilidade (pode-se trabalhar em casa ou em qualquer outro lugar do mundo, usando a *internet*); pode-se resolver os assuntos pelo WhatsApp, computador, *internet*, não precisando comparecer diariamente no local de trabalho; há maior liberdade e autonomia na realização do trabalho; uma maior produtividade; melhora a qualidade de vida, com mais tempo de estudar e aproveitar a família.

Por outro lado pode-se apontar também algumas desvantagens como a questão do isolamento social, diante da falta de convivência com outras pessoas, havendo apenas contato de uma forma geral virtual, mas não presencial, sendo que o teletrabalhador “pode ser tomado por sentimento de isolamento, como se estivesse sozinho no labor e no mundo, sem ninguém para ajudar no cumprimento das tarefas e sem a visão global da empresa” (Costa, 2020); também como desvantagem aponta-se que o trabalhador pode misturar as atividades domiciliares e profissional, devendo ter muita disciplina na execução da prestação de serviços e ainda não correr o risco do teletrabalho promover a “autoexploração, situação em que o indivíduo trabalha incessantemente todo o tempo, misturando as atividades domiciliares com as profissionais, mantendo-se alerta

24 horas, em total desrespeito com as necessidades de lazer, convívio familiar e saúde (Costa, 2020).

Sobre a questão da **autoexploração do sujeito do desempenho** Byung-Chul Han comenta:

O sujeito de desempenho está livre da instância externa de domínio que o obriga a trabalhar ou que poderia explorá-lo. É senhor e soberano de si mesmo. Assim, não está submisso a ninguém ou está submisso apenas a si mesmo. É nisso que ele se distingue do sujeito da obediência. A queda da instância dominadora não leva à liberdade. Ao contrário, faz com que liberdade e coação coincidam. Assim, o sujeito de desempenho se entrega à *liberdade coercitiva* ou à *livre coerção* de maximizar o desempenho. O excesso de trabalho e desempenho agudiza-se numa autoexploração. Essa é mais eficiente que a exploração do outro, pois caminha de mãos dadas com o sentimento de liberdade. O explorador é ao mesmo tempo o explorado. Agressor e vítima não podem mais ser distinguidos. Essa autorreferencialidade gera uma liberdade paradoxal que, em virtude das estruturas coercitivas que lhe são inerentes, se transforma em violência. Os adoecimentos psíquicos da sociedade de desempenho são precisamente as manifestações patológicas dessa liberdade paradoxal. (Han, 2017, p. 29-30).

Fica o alerta que o excesso do teletrabalho do sujeito do desempenho pode atingir a sua vida pessoal, adentrar no campo moral da vida do trabalhador, podendo dar ensejo ao problema da saúde mental e do esgotamento físico que pode ocasionar diante do excesso de atribuições e de não desrespeitar o direito a desconexão.

Importante ainda complementar dentro desse contexto de liberdade na jornada de trabalho o artigo 62, inciso III, da CLT, em que descreve de forma expressa a não aplicação aos empregados em regime de teletrabalho da jornada de trabalho, trazendo a questão polêmica da liberdade do horário e que não há incidência do pagamento de horas extras no teletrabalho na letra fria da lei aos empregados que prestam serviço por produção ou tarefa.

Dentro desse contexto reveste necessária mais uma citação de Byung-Chul Han para reflexão da atual sociedade do cansaço em que as “mais recentes evoluções sociais e a mudança de estrutura da atenção aproximam cada vez mais a sociedade humana da vida selvagem”, exemplificado na sequência o assédio moral, mencionando que alcança uma desproporção pandêmica (Han, 2017, p. 32).

Com isso na sequência passará a refletir sobre o teletrabalho e possível cometimento do assédio moral, o que se chama de teleassédio, razão pela qual se

abordará no item abaixo a temática principal e objetivo geral do trabalho sobre o assédio moral virtual.

2 O ASSÉDIO MORAL VIRTUAL

O trabalho vem mudando e há necessidade de novas reflexões, diante do mundo virtual que nos impõe em muitos momentos da vida, surgindo desafios, a fim de se adaptar ao novo paradigma da realidade virtual, o que não seria diferente com a temática assédio moral.

A Convenção 190 da OIT (Organização Internacional do Trabalho) acompanhou a evolução dessa temática e enfrentou recentemente esse desafio, sendo que no artigo 1º, letra “a” define a violência e assédio no mundo do trabalho como um conjunto de comportamentos e práticas inaceitáveis, ou de ameaças a tais comportamentos e práticas, seja manifestado uma só vez ou de maneira repetida, que visam, causem ou sejam suscetíveis de causar, um dano físico, psicológico, sexual ou econômico, incluindo a violência e assédio por razão de gênero.

O artigo 2º descreve o âmbito de aplicação da Convenção que é no mundo do trabalho e não apenas na relação de emprego, abrangendo a proteção tanto os empregados e também outros trabalhadores no mundo laboral, aplicando na relação de emprego e de trabalho, em qualquer situação contratual, incluindo os estagiários e aprendizes, os desempregados, os voluntários, as pessoas que buscam um emprego, e os indivíduos que exercem a autoridade, funções e responsabilidade de um empregador, ressaltando ainda que aplicação é em todos os setores, público e privado, tanto da economia formal como informal, nas zonas urbanas e rurais.

E no tocante a aplicação no espaço virtual o artigo 3º da Convenção 190 OIT traz no rol da localidade de forma expressa o espaço virtual, como outros meios de cometimento do assédio.

Antes de adentrar no conceito de assédio moral virtual propriamente dito, é de bom tom colacionar o conceito clássico de assédio moral insculpido pela autora francesa Marie France Hirigoyen, referência mundial da presente temática, em que entende por assédio moral na empresa como toda e qualquer conduta abusiva, que é manifestada por comportamento, palavras, atos, gestos, escritos, que pode trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho (Hirigoyen, 2014, p. 65).

Dentro desse contexto conceitual Claiz Gunça e Rodolfo Pamplona Filho definem o assédio moral virtual como um conjunto de ações ou omissões, abusivas e reiteradas que são “praticadas por meios de comunicação escritos, orais e visuais, por intermédio

de plataformas eletrônicas, aplicativos de mensagens instantâneas, correio eletrônico ou sistemas informatizados, que violam os direitos fundamentais do trabalhador”. (Gunça; Pamplona Filho, 2021, n/p).

Observa-se de início que o assédio moral tradicional, assim como o assédio moral virtual, pode ocorrer no mesmo meio ambiente empresarial, eis que a diferenciação principal consiste na sua ocorrência física ou através de meios eletrônicos. Assim o assédio virtual “baseia-se na mesma forma de agressão do assédio presencial, contudo ocorre através das novas ferramentas de trabalho utilizadas cada vez com mais frequência nas empresas.” (Sartor, 2016, n/p).

Ainda atenção para não confundir o gênero assédio moral virtual, com a espécie teleassédio, uma das formas de cometimento do assédio moral de maneira virtual no teletrabalho, eis que nas relações de trabalho pode ser “o causador de uma nova forma de assédio moral, o virtual, ou também do teleassédio – assédio moral em situações de teletrabalho.” (Sartor, 2016, n/p).

Sobre a diferenciação do assédio moral virtual e o teleassédio moral os autores Rodrigo Goldschmidt e Lilian Simone Andreola esclarecem que o assédio moral virtual pode ser observado em dois ambientes distintos de trabalho, sendo um deles o teleassédio moral que: “ocorre, como a própria denominação sugere, no ambiente de teletrabalho, o que significa afirmar, que o teleassédio moral somente poderá se configurar em relações de trabalho em que num dos polos esteja um teletrabalhador.” (Goldschmidt; Andreola, 2015, n/p).

Com isso não há que se falar em assédio moral virtual “se os mecanismos através dos quais a atividade laboral for realizada não forem eletrônicos ou tecnológicos”, sendo que essa “parafernália a qual se tem acesso permite que os trabalhadores e teletrabalhadores mantenham-se informados e tenham participação ativa em todas as atividades, como se estivessem, apesar de remotamente, atuando pessoal e fisicamente no ambiente da empresa”, surgindo um novo dicionário virtual nesse cenário laboral, termos como: “fibra ótica, *home office*, *on line*, *off line*, banco de dados, *laptop*, *tablet*, *smartphone* e *webconferências*, entre tantos outros que poderiam ser aqui mencionados, tornam-se comuns no vocabulário cotidiano dos trabalhadores.” (Goldschmidt; Andreola, 2015, n/p).

Portanto, diante da ascensão do teletrabalho, em especial em virtude da pandemia e da necessidade de se adequar as leis aos fatos concretos, não há dúvidas que o futuro pós Covid-19 reserva grandes debates em torno de direitos e obrigações no trabalho remoto (Costa, 2020), com o que demonstra com a presente exemplificação a ampliação do conceito e formas de configuração, envolvendo essa nova modalidade virtual de violação da dignidade e da personalidade do trabalhador.

Com isso e conforme já mencionado há duas modalidades distintas de assédio moral virtual, quais sejam, o teleassédio moral e o assédio moral eletrônico, ambos ocorridos em espaço cibernético, podendo-se “tratar o assédio moral virtual como gênero ao qual pertencem as duas espécies, que se distinguem pelo ambiente em que ocorrem, e não pelo modo como são praticadas.” Importante ainda registrar que as agressões morais virtuais podem se propagar de diversas maneiras, e por meio de diferentes instrumentos, como redes sociais, e-mails coletivos, dispositivos grupais de mensagens instantâneas, e até mesmo através da realização de vídeo conferências (Goldschmidt; Andreola, 2015, n/p).

Segundo Sam Farley o assédio virtual “causa mais estresse mental e diminui a satisfação com o trabalho do que o assédio tradicional. No assédio clássico, a pessoa termina o dia e vai embora. No virtual, o ato vai além do local físico de trabalho, e pode acontecer a qualquer momento.” (Farley, 2012).

Diante do acesso a ferramentas informatizadas, criadas com o intuito de facilitar e agilizar as atividades laborais, podem-se tornar autor de condutas inadequadas, ou vítimas vulneráveis aos abusos praticados através desses mecanismos de trabalho, sendo exemplo dessas práticas o assédio moral virtual, seja ele o teleassédio moral ou o assédio moral eletrônico, podendo ocorrer de maneira similar em ambos os cenários, pois o que distingue as duas modalidades é o ambiente no qual se concretiza (Goldschmidt; Andreola, 2015, n/p).

Jobel Amorim das Virgens Filho aponta que o uso nocivo da tecnologia e sistemas como o do caso da “ilha de papel”, julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, “impõem a atenção dos operadores do direito do trabalho para novas formas de assédio moral. O assédio por meios eletrônicos e o teleassédio moral.” (Virgens Filho, 2012).

O caso foi julgado em 2012 pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região – Minas Gerais, em Recurso de Revista, tratando de um programa de computador - dispositivo nominado “ilha sem papel”, criado pela empresa de comunicações reclamada, para possibilitar o controle diário da produtividade e cumprimento de metas de cada empregado, por parte do supervisor. No contexto da decisão há a descrição que ao longo do dia, os trabalhadores vão recebendo mensagens na tela de seus computadores, caso as metas estejam sendo cumpridas, recebem elogios; caso contrário, em vez de expressões de louvor, os empregados recebem ofensas, sendo chamados de “perdedores da ilha”, “burros” e “incompetentes”, como aconteceu com a reclamante, por várias vezes, razão pela qual a reclamada foi condenada em decisão unânime pela prática de assédio moral virtual (Brasil, 2012).

Da fundamentação da decisão consta que a reclamada abusou no exercício do

seu poder diretivo, ao cobrar metas de forma vexatória e agressiva, praticando assédio moral, sendo que essa conduta causou sofrimento, humilhação e enfraquecimento da integridade psicológica, não só à reclamante, mas, também, aos demais empregados, eis que o procedimento de cobrança de metas deve ser realizado sempre em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana e sem ofensa à integridade psicológica do trabalhador, situação bastante diferente da que ficou demonstrada no processo (Brasil, 2012).

Assim como o caso acima relatado observa-se que o assédio moral, de forma virtual, está relacionado a insultos e difamações feitas através do envio de e-mails, uso da rede de comunicação instantânea e demais formas de comunicação via rede virtual, sendo que essa nova forma de assédio traz riscos à saúde dos trabalhadores, que podem desenvolver doenças laborais oriundas dos abusos psíquicos a que estão expostos (Sartor, 2016, n/p).

Ainda pode-se arrolar muitas situações “que acontece quando as ofensas se disseminam através das redes sociais, como o facebook ou grupos do whatsapp”, sendo que diferentemente do que ocorre no assédio moral tradicional, que fica restrito ao espaço físico da empresa, “no assédio moral virtual, a vítima continua tendo seu perfil registrado, o que extrapola o horário de trabalho, e sendo visto por dezenas ou centenas de pessoas que sequer fazem parte do seu departamento na empresa, ou mesmo, da organização”, com o que as ofensas e agressões psíquicas podem ficar permanentemente atormentando o trabalhador vítima (Goldschmidt; Andreola, 2015, n/p).

O assédio moral virtual ocorre “através de e-mail podendo incluir também ameaças, comentários sexuais, rótulos pejorativos, discursos de ódio e inveja, que tornam a vítima alvo de ridicularização”, cabendo ressaltar que, “assim como acontece no assédio moral tradicional, a prática virtual envolve condutas repetidas e hostis, praticadas deliberadamente por um indivíduo ou grupo com a intenção de prejudicar outro.” (Goldschmidt; Andreola, 2015, n/p).

Maria Aparecida Alkimin menciona que “o assédio gera grande tensão psicológica, angústia, medo, sentimento de culpa, desarmoniza as emoções e provoca danos à saúde física e mental, constituindo-se em fator de risco à saúde nas empresas”. (Alkimin, 2007, p. 85).

No tocante ao direito à saúde no meio ambiente laboral, cumpre ressaltar que o artigo 225 da Constituição de 1988 estabelece que todos os brasileiros têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um bem de uso comum do povo e essencial à qualidade de vida saudável, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

(Brasil, 1988), ainda destaca-se que o artigo 200, inciso VIII, arrola a proteção do meio ambiente laboral, ao proclamar que ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei, colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o meio ambiente do trabalho.

Com isso a evolução digital em que o mundo do trabalho está enfrentando, a temática do assédio virtual reveste-se de importância e atualidade, surgindo ainda outras expressões como: *cyberbullying*, *cyberstalking*, ficando o alerta sobre o assédio moral que pode ocorrer de forma virtual, ultrapassando as fronteiras nacionais e internacionais, e ainda o espaço físico para macular a vida do trabalhador em qualquer local do mundo.

Importante mencionar o conceito de *cyberstalking* que pode ser caracterizado com o envio de mensagens eletrônicas, recados, convites insistentes ou ofensas nas redes sociais, podendo em casos extremos, o perseguidor (chamado de *stalking*) envolver em intimidação explícita da vítima com ameaças e ações violentas, como, por exemplo, ofensa ao patrimônio e até a integridade física (Brant, 2020, s/p), situações que podem ocorrer em qualquer meio ambiente, inclusive no laboral.

Diante da atualidade da temática cumpre ainda mencionar que em 31 de março de 2021 foi publicada a Lei n. 14.132/2021 que prevê o crime de perseguição, acrescentado o art. 147-A no Código Penal, contendo no novo tipo criminal o seguinte comando legal: Perseguir alguém, reiteradamente e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade. Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (Brasil, 2021). Observa-se da transcrição do tipo penal que pode ocorrer por qualquer meio, podendo assim ser de forma física e também virtual essa perseguição.

Com isso o presente trabalho tem o intuito de analisar a nova modalidade do assédio moral virtual, assim como servir como base de estudo para uma reflexão do uso das ferramentas tecnológicas no mundo do trabalho, razão pela qual irá buscar na sequência pesquisar e resgatar sobre a necessária visão ética e humana face ao digital.

3 A REFLEXÃO ÉTICA E HUMANA FACE AO DIGITAL

A problemática do assédio moral, da saúde mental, da violência e do esgotamento físico pode ocasionar no meio ambiente físico e inclusive no ambiente virtual do trabalho, diante do não respeito aos direitos mínimos da dignidade da pessoa humana, sendo possível destruir mentalmente a vida de uma pessoa com palavras presenciais e atos virtuais, denegrindo o lado moral do trabalhador, conforme fora acima analisado.

O assédio moral virtual, tanto na modalidade de teleassédio moral quanto na de assédio moral eletrônico, é uma prática que não se pode negar no cenário contemporâneo, e, por essa razão, representa um desafio para profissionais de áreas distintas, dentre os quais, os operadores do Direito, sendo um fenômeno recente, revestido de uma nova roupagem, a tecnológica, ladeada por ferramentas digitais, eletrônica e de comunicação.” (Goldschmidt; Andreola, 2015, n/p).

Assim a questão jurídica ainda padece de melhora legislativa no ordenamento jurídico brasileiro, não tendo a lei conseguido acompanhar de forma efetiva e satisfatória a modernização do mundo empresarial, não existindo no Brasil legislação específica sobre o tema assédio moral, razão pela qual há muito a fazer para preservar os empregados e trabalhadores e garantir-lhes um ambiente digno e igualitário, sendo que essa luta não é somente de empresas, governos e justiça, mas de todos os envolvidos que devem fazer a sua parte no dia a dia, procurando resgatar essa questão ética sendo “bons colegas de trabalho, bons chefes e bons uns com os outros. Somente assim, conseguiremos garantir um mundo mais justo socialmente, com menos problemas e doenças ocasionadas por atos agressivos e humilhantes.” (Sartor, 2016, n/p).

A descoberta tecnológica surgiu em agrupamentos, em uma visão coletiva e de partilha, interagindo entre si num processo de retornos cada vez maiores, com o que “sejam quais forem as condições que determinam esses agrupamentos, a primeira lição que permanece é que a inovação tecnológica não é uma ocorrência isolada” (Castells, 2005, p. 73) e sim coletiva, de solidariedade e partilha de informações.

Assim o início foi grupal e com partilha de dados, não havendo a exploração econômica e no ambiente de trabalho, e sim a solidariedade na ferramenta tecnológica, não sendo utilizado num primeiro momento como mercancia.

Mas o contexto social e a dinâmica da transformação tecnológica, diante da “ligação de computadores em rede expandiu-se com o uso de programas que viabilizaram numa teia mundial voltada para o usuário. E assim por diante.” (Castells, 2005, p. 97-98), como o surgimento da sociedade em rede não pode ser entendido sem a interação entre estas duas tendências relativamente autônomas: “o desenvolvimento de novas tecnologias da informação e a tentativa de antiga sociedade de reaparelhar-se com o uso do poder da tecnologia para servir a tecnologia do poder.” (Castells, 2005, p. 98).

Com o avançar do tempo e com o surgimento da sociedade em rede mudou-se o contexto do poder para obtenção de capital econômico com a inovação do capitalismo de vigilância, com o que se observa que se inverteu a lógica da solidariedade e está se utilizando esse meio para expropriar ainda mais o ser humano, inclusive no meio

ambiente do trabalho.

Surge o Capitalismo de Vigilância, que é o modelo do capitalismo de informação na *web* – economia de vigilância, em que desaparece a velha reciprocidade entre empresas e usuários, com o que os excedentes comportamentais são objeto de venda de publicidade, em que os dados dos usuários consistem na matéria extraída e expropriada e em seguida injetada nas usinas de inteligência artificial (Zuboff, 2019).

Zuboff entende que o paradoxo está no coração do capitalismo de vigilância, descrevendo como um novo tipo de economia que reinventa pelo prisma de seu próprio poder e de seus meios de mudança comportamental, com o que vem a indagar: “Qual é esse novo poder e como ele está transformando a natureza humana em nome de suas certezas lucrativas?” (Zuboff, 2019).

Harari no livro 21 lições para o século 21 aponta algumas reflexões convocando as pessoas “a participar do debate sobre o futuro de nossa espécie.” (Harari, 2018, p. 11), descrevendo na introdução da sua obra que os algoritmos de Big Data poderiam “criar ditaduras digitais nas quais todo o poder se concentra nas mãos de uma minúscula elite enquanto a maior parte das pessoas sofre não em virtude de exploração, mas de algo pior: irrelevância.” (Harari, 2018, p. 15).

Na primeira parte do seu livro Harari aponta sobre o desafio tecnológico, descrevendo sobre a dificuldade para lidar com as mudanças em curso, sobretudo no tocante a nova era da tecnologia e da informação: “A sensação de desorientação e catástrofe iminente é exacerbada pelo ritmo acelerado da disrupção tecnológica.” (Harari, 2018, p. 24).

O mundo mudou, o capitalismo se reinventou, havendo o impacto no mundo do trabalho. E essa virada de paradigma deve-se a realidade virtual que nos foi imposta, diante da revolução ocorrida com o uso da tecnologia da informação, trazendo reflexões para a vida pessoal, profissional, acadêmica, dentre outros campos de atuação e aplicação.

Observa-se que no “caos entre necessidades econômicas e existenciais, o homem contemporâneo se vê dividido entre as obrigações impostas por suas atividades laborais e o desejo de libertar-se dessas tarefas e, assim, poder usufruir um tempo para si”, mas em que pese todo o avanço tecnológico, como “telefones celulares [...], a internet, entre outros [...] mecanismos que marcam essa busca incessante por mais tempo, [...] paradoxalmente, o homem termina por preencher esse tempo disponível com mais atividades e afazeres” (Aquino; Martins, 2007).

Dentro desse contexto ressalta-se que o direito ao lazer é essencial na vida do trabalhador, ficar conectado o tempo todo pode desencadear doenças físicas e mentais, gerando a fadiga de tela, com o que há a necessidade de um tempo livre e de não

trabalho, o “tempo livre surge da liberação de parcelas de tempo do trabalho, quando poderiam ser desenvolvidas atividades relacionadas à sobrevivência física e social do indivíduo” (Aquino; Martins, 2007).

Interpretando o direito social ao lazer conforme os valores mais altos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pode-se perceber que a maneira mais adequada de o efetivar é promovendo o acesso a um lazer que atenda às preocupações constitucionais. (Lopes, 2017, p. 81).

Entre os principais objetivos expressos na Constituição de 1988 estão: a construção de uma sociedade justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E ainda o fim da ordem econômica é assegurar a todos uma existência digna conforme os ditames da justiça social.” (Lopes, 2017, p. 80).

As atividades de lazer devem buscar atender interesses físicos, artísticos, manuais, intelectuais, sociais e turísticos, com o que isso significa também a promoção do igual acesso ao lazer, numa igualdade não apenas formal, mas material, buscando corrigir os desequilíbrios, as assimetrias na prática do lazer causadas por fatores econômicos, sociais e raciais.” (Lopes, 2017, p. 81).

Nasce a importância de pensar a articulação entre os conceitos de ócio, tempo livre e lazer no contexto atual, devendo principalmente, ao fato de o trabalho – que ocupou o lugar de atividade central na inserção social e constituir fator fundamental da produção subjetiva ao longo da sociedade moderna – ser questionado como atividade dominante. (Aquino; Martins, 2007, p. 480).

O mundo do trabalho está se transformando, mas em que pese essa mudança real ou virtual, que impactam no futuro do trabalho, há necessidade contínua de respeito à dignidade da pessoa do trabalhador e do uso das ferramentas tecnológicas de forma ética.

Diante desse novo contexto mundial o primeiro item “I”, letra “a”, da Declaração do Centenário da OIT há a seguinte descrição:

La OIT conmemora su centenario en un momento en que el mundo del trabajo se está transformando radicalmente impulsado por las innovaciones tecnológicas, los cambios demográficos, el cambio medioambiental y climático y la globalización, así como en un momento de desigualdades persistentes, que tienen profundas repercusiones en la naturaleza y el futuro del trabajo y en el lugar y la dignidad de las personas que se encuentran en dicho contexto. (OIT, 2019)

Fica o alerta final dos desafios ainda que surgirão nessa Era da Revolução da Informação, que tanto mudou a vida do trabalhador e ainda perpassará por diversas transformações em toda a sociedade global, sendo uma verdadeira revolução nos costumes e na forma de socialização, situação a qual a humanidade está se adaptando, conhecendo e surpreendendo a cada dia que passa.

Com o que a análise jurídica se reveste igualmente do desafio e constante reflexão, tanto que no tocante a evolução tecnológica e os desafios da proteção de dados do atual momento em que está passando a sociedade global o autor Yuval Noah Harari, na sua obra 21 lições para o século 21, deixa um desafio para os juristas na seguinte passagem:

“Assim faríamos melhor em invocar juristas, políticos, filósofos e mesmo poetas para que voltem sua atenção para essa charada: como regular a propriedade de dados? Essa talvez seja a questão política mais importante de nossa era. Se não formos capazes de responder a essa pergunta logo, nosso sistema sociopolítico pode entrar em colapso. As pessoas já estão sentindo a chegada do cataclismo. Talvez seja por isso que cidadãos do mundo inteiro estão perdendo a fé na narrativa liberal, que apenas uma década atrás parecia irresistível. Como, então, avançar a partir daqui, e com lidar com os imensos desafios das revoluções da biotecnologia e da tecnologia da informação? Talvez os mesmos cientistas e empresários responsáveis pelas disrupções do mundo contemporâneo consigam montar alguma solução tecnológica?” (Harari, 2018, p. 110-111).

O mundo do trabalho está se transformando diante dos avanços tecnológicos, mas em que pese essa mudança virtual através do teletrabalho, por exemplo, que impacta o futuro do trabalho, há necessidade contínua de respeito a dignidade da pessoa humana, seja no trabalho, seja nos diversos contextos profissionais, e não seria diferente no mundo virtual.

Como descrito no início do presente artigo vive-se em um mundo de excesso e não de equilíbrio, razão pela qual esse excesso tem que ser repensado para adentrar na reflexão do abuso de exigências e de cobrança que podem atingir a dignidade do trabalhador, violando a sua vida privada, acabando com sua vida pessoal, diante do excesso que pode ser gerado.

Nunca o equilíbrio foi exigido tanto em momento de pandemia e de excesso de conexão virtual, com o que vem a pregar os ensinamento de Aristóteles e da Teoria das virtudes éticas como “justo meio entre os extremos”, pois assim como muitos são os impulsos e tendências que a razão deve moderar, também são muitas as “virtudes éticas”, mas todas têm uma característica essencial que é comum: os impulsos, as

paixões e os sentimentos tendem ao *excesso* ou à *falta* (ao muito ou ao muito pouco); intervindo, a razão deve impor a “justa medida”, que é o “meio caminho” ou “mediana” entre os dois excessos. (Reale; Antiseri, 1990, p. 204-205).

Com isso o estudo da ética e as reflexões da humanidade face ao digital reveste-se de importância no mundo novo em que se evidencia um novo eu digital, havendo necessidade de reflexão, análise de suas repercussões e consequências em face da sua ocorrência na rede e no mundo do trabalho virtual, pregando assim a necessária visão ciberética, através da aplicação da ética com uma visão humana face ao digital.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A descoberta tecnológica surgiu na visão coletiva e partilha, mas com a evolução do tempo está se utilizando esse meio para expropriar ainda mais o ser humano, inclusive no meio ambiente laboral.

O trabalho vem mudando e há necessidade de novas reflexões, diante do mundo virtual que nos impõe em muitos momentos da vida, surgindo desafios, a fim de se adaptar ao novo paradigma da realidade virtual.

Como resultados da pesquisa realizada até o presente momento observa-se que com o uso da tecnologia e demais meios de comunicação virtual pode atingir a vida pessoal e profissional do trabalhador, que de uma hora para outra foi obrigado a se adequar a essa nova realidade de trabalho remoto, mas fica o alerta que deve ser executada com moderação, pois mesmo utilizando as TIC (Tecnologia da Informação e da Comunicação), o trabalhador tem o direito à desconexão, havendo o direito social constitucional ao trabalho mas também ao lazer, em especial de executar a prestação de serviços nas horas pactuadas na contratação e não ficar à disposição e conectado 24 horas por dia.

Fica o alerta que o excesso do teletrabalho pode atingir a sua vida pessoal, adentrar no campo moral da vida do empregado, podendo dar ensejo ao problema da saúde mental e do esgotamento físico que pode ocasionar diante do excesso de atribuições e de não desrespeitar o direito a desconexão.

O trabalho ainda trouxe algumas reflexões sobre o teletrabalho e a sua forma de atuação na vida profissional, apontando os pontos positivos e negativos, assim como as eventuais consequências, tais como o assédio moral virtual, na roupagem específica do teleassédio.

O mundo do trabalho está se transformando diante dos avanços tecnológicos, mas em que pese essa mudança virtual através do exemplo abordado do teletrabalho, que impacta o futuro do trabalho, há necessidade contínua de respeito a dignidade da

pessoa humana, seja no ambiente laboral, seja nos diversos contextos profissionais, e não seria diferente no mundo virtual, para que não seja ceifado o seu direito constitucional ao lazer, sobretudo a questão do direito à desconexão, com o uso das ferramentas tecnológicas de forma ética, com a virtude do equilíbrio em todos os momentos da vida pessoal e profissional, seja no formato presencial e virtual.

Nunca o equilíbrio foi exigido tanto em momento de pandemia e pós-pandêmico, razão pela qual o estudo do desdobramento do assédio moral virtual que eventualmente pode incidir no meio ambiente digital, se faz necessário um novo olhar, uma nova reflexão, sem abusos, sem exigências desumanas, humilhantes e discriminatórias, para não incidir na nova figura do assédio moral virtual e do teleassédio, conforme fora apontado no item 2 do presente artigo.

O presente trabalho teve o intuito de servir como um pontapé inicial para uma reflexão do uso das ferramentas tecnológicas no mundo laboral de forma ética, a virtude do equilíbrio deve estar presente em todos os momentos da vida pessoal e profissional, seja no formato presencial e virtual, temática que foi abordada no item 3 do artigo, razão pela qual clama desde já por um mundo livre de violência e de assédio, nos termos da Convenção 190 da OIT.

Assim o artigo ora proposto teve como objetivo iniciar os estudos sobre o assédio moral virtual, em especial sobre o teleassédio, assim como analisar essa nova modalidade de assédio através da rede mundial de computadores, adentrando na problemática das consequências na saúde física e mental do trabalhador, não se olvidando de refletir sobre os impactos da revolução digital e a mudança no mundo do trabalho, assim como trazer ao final uma visão ética e humana face ao digital, buscando ainda promover o necessário equilíbrio na relação de poder promovida pelo meio virtual.

Com isso o estudo do assédio moral virtual reveste-se de importância no mundo novo em que se evidencia um novo eu digital e de ofensas virtuais, havendo necessidade de constante reflexão, análise de suas repercussões e consequências em face da sua ocorrência na rede e no mundo do trabalho virtual, sempre buscando uma visão ciberética, através da utilização da ética nos meios virtuais com uma visão humana face ao digital.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio moral na relação de emprego**. Curitiba: Juruá, 2007.

AQUINO, Cássio Adriano Braz; MARTINS, José Clerton de Oliveira. Ócio, lazer e tempo livre na sociedade do consumo e do trabalho. **Revista Mal-Estar e Subjetividade**. Fortaleza. Vol. VII, n.º 2, 2007, p. 479-500.

BRANT, Marcos Henrique Caldeira. *Stalking* - Perseguição obsessiva. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100536991/stalking-perseguido-obsessiva>>. Acesso em: 07 mai. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del5452.htm>. Acesso em: 19 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 14.132**. Brasília, 31 de março de 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14132.htm>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região. **AIRR 0001260- 82.2011.5.03.0143**. Disponível em: <http://as1.trt3.jus.br/consulta/detalheProcesso1_0.htm?jsessionId=CABAA0E77E202147F8AEA24B74DACA4A.vm-jb5-prd-b?conversationId=1412446>. Decisão publicada em 2012. Acesso em: 15 mar. 2015.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**; tradução Roneide Venancio Majer com colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. (A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 1). 8ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

COSTA, Renata Lázaro Alves da. Aspectos relevantes sobre o teletrabalho e sua ascensão. **Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho - TRT – PR – 9ª região**. Curitiba. Ano IX, n. 90. p. 89-96, julho. 2020. Mensal.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. O teletrabalho: importância, conceito e implicações jurídicas. **Revista Eletrônica Tribunal Regional do Trabalho - TRT – PR – 9ª região**. Curitiba, v. 3, n. 33, p. 08-20, set. 2014. Mensal.

FARLEY, Sam. **Virtual Cyberbullying**. Escola de Negócios da Universidade de Sheffield. Reino Unido: Sheffield, 2012.

FINCATO, Denise. Teletrabalho na Reforma Trabalhista Brasileira. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Ano XIV - N. 82. Jan-Fev/2018.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo; ANDREOLA, Lilian Simone. O Assédio Moral Virtual no Meio Ambiente de Trabalho: Assédio Moral Eletrônico e Teleassédio. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho - TRT - 12ª região**. Ano 2015. Disponível em: <https://professor-rodrigogold.net/wp-content/uploads/2019/07/artigo_Rodrigo_Lilian_Teleassedio_2015_revista_trt12.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2021.

GUNÇA, Claiz; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Teletrabalho e Assédio Moral Organizacional Virtual. **Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual**. Capa n. 248, 2021.

HAN, Byung-Chul. **Sociedade do cansaço**. Tradução de Enio Paulo Giachini. 2ª edição ampliada. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. Tradução Paulo Geiger. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HIRIGOYEN, Marie France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. Tradução: Maria Helena Kühner, 15. ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

JOÃO, Paulo Sergio; GAGGINI, Natália Biondi. *Home office* e teletrabalho: a importância da adequação terminológica. **Consultor Jurídico**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-10/joao-gaggini-sobrehome-office-teletrabalho>>. Acesso em 04 set. 2020.

LANTYER, Victor Habib. Teletrabalho e home office no contexto do coronavírus (covid-19). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6155, 8 maio 2020. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/81903>>. Acesso em: 26 set. 2020.

LOPES, Ana Carolina Mattoso. **O direito social ao lazer em perspectiva crítica: desigualdades e democratização do acesso** / Ana Carolina Mattoso Lopes ; orientadora: Thula Rafaela de Oliveira Pires. – 2017. Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2017, 197p.

OIT. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Convenios y recomendaciones internacionales del trabajo**. 1919-2019 adoptados por 108ª Conferencia Internacional del trabajo. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2019.

REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da Filosofia**: Antiguidade e Idade Média. V. I. 5ª ed. São Paulo: Paulus, 1990. (Coleção filosofia)

SARTOR, Pollyana Freddo. **Assédio moral virtual**: um ensaio sobre o posicionamento da legislação brasileira trabalhista diante da evolução das relações de trabalho/ Pollyana Freddo Sartor; Orientadora: Dra. Silvia Generali da Costa. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira. O Teletrabalho, **Revista LTr**, ano 2010. v. 64, n. 5, p. 583.

SILVA, Paulo Antonio Maia e. O teletrabalho no direito do trabalho brasileiro. **Cognitio Juris**, João Pessoa, Ano II, Número 6, dezembro 2012. Disponível em: <<http://www.cognitiojuris.com/artigos/06/08.html>>. Acesso em: 12 dez. 2021.

VIRGENS FILHO, Jobel Amorim das. O Assédio por meios eletrônicos e o tele assédio moral: um novo desafio para os operadores do direito do trabalho. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n.º 3456, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23225>>. Acesso em: 13 ago. 2015.

ZUBOFF, Shoshana. Tua Escova de Dentes te Espiona: Um capitalismo de vigilância. **Le Monde diplomatique Brasil**, n.º 138, 2019. Disponível em: <<https://diplomatique.org.br/um-capitalismo-de-vigilancia/>>. Acesso em: 20 out. 2020.

LA SALUD MENTAL DE LOS CUIDADORES DE PERSONAS ADULTAS

Martha Elisa Monsalve Cuellar

Contenido: 1. Introducción 2. Factores incidentes en la salud mental 3. La Economía Plata 4. Importancia de los Cuidadores y su Formación 5. Me cuido, te cuido. 6. Conclusiones

1. INTRODUCCION

El fenómeno demográfico del envejecimiento a nivel mundial, frente a las tasas muy bajas de natalidad, presentan un achatamiento en la pirámide poblacional que esta conduciendo a que en los últimos diez años, estemos prestando una mayor atención a este tema y al correlativo del aumento del calculo probable de vida que arrojan datos que obtuvimos en el XVII Congreso Internacional de Enveje Ser al cual tuvimos oportunidad de asistir y donde pudimos observar casos de personas Centenarias con relativa condición de salud y además que se establezca para las mujeres un calculo probable de vida de 83 años y para los hombres 78.

Es de destacar la importancia del carácter preventivo de la salud para mantener una buena calidad de vida y una autosuficiencia y cada vez son mas frecuentes los casos que conocemos de personas de mas de 90 años que mantienen una actividad y condiciones físicas y mentales aceptables.

Nos llamo poderosamente el énfasis que se da al ejercicio físico colocándolo en primer termino en la pirámide del cuidado junto con la alimentación adecuada que comprende los cinco tipos de alimentos dando a la nutrición una gran importancia para la longevidad.

Martha Elisa Monsalve Cuellar

Docente Investigadora Universidad la Gran Colombia

Otros factores determinantes como la ausencia de estrés, muy difícil de alcanzar en estos tiempos que vivimos, el medio ambiente libre de contaminantes, alimentos naturales y la prevención son aspectos a destacar.

El carácter interdisciplinario de la temática alrededor del envejecimiento y la economía del cuidado esta dando paso a una serie de investigaciones y perspectivas en diferentes actividades colaterales como : formación, nuevas carreras profesionales, industria farmacéutica, alimentos, vestuario, vivienda, recreación, la sexualidad en el envejecimiento, importancia del intercambio intergeneracional y como pueden complementarse, la industria de los suplementos alimenticios y de las vitaminas, la proyección del trabajo y emprendimiento de las personas adultas. Todo esto abre unas grandes expectativas para los anos dorados.

No pueden pasarse por alto aspectos tan importantes como la espiritualidad y la religiosidad con sus características especiales.

2. FACTORES INCIDENTES EN LA SALUD MENTAL

No pueden ignorarse y por tanto ser materia de gran consideración y análisis factores que a través de hechos muy relevantes, de los últimos anos, sin dejar de considerar las huellas profundas de las dos guerras mundiales y en medio de ellas la crisis económica de 1930, que forman parte de ese análisis de los factores incidentes en la salud mental de las generaciones antecedentes y en las actuales, la crisis financiera de 1987 conocida como la de los “tigres asiáticos” con repercusiones en nuestros países por efectos de la globalización.

Grandes repercusiones, especialmente en Estados Unidos donde se generó, la crisis financiera de 2008 que afectó seriamente a Latinoamérica y Europa.

Irrumpe el gran reto que significó la Revolución 4.0 o era disruptiva, que no obstante la importancia, por los avances tecnológicos y enorme desafío, especialmente para los no nacidos en la época del internet y que precisamente, por su dinámica, no obstante la presión recibida para correr tras la tecnología, causó situaciones de estrés perjudiciales para la salud mental.

Por sorpresiva, desconocida y con caracteres catastróficos, a finales de 2019 irrumpe en China y se extiende prontamente al mundo el Covid 19 cuyo origen sigue siendo un gran enigma, que cambió la vida y las costumbres de la humanidad y que ante las amenazas de contagio, el “quédete en casa” era una orden perentoria para evitar contraer el virus mortal, pero que constituyó un proceso de readaptación muy serio en especial para las familias que integraron a todos sus miembros, incluidos los ancianos que regresaron a los hogares ante el cierre de las instituciones donde

recibían atención.

Se concentraron en espacios pequeños, muchas veces, todas las actividades de la vida cotidiana causando enorme presión anímica, incomodidades y procesos difíciles de convivencia.

Si a ello agregamos las condiciones socio económicas y políticas que se viven en el mundo y que de una u otra forma nos atacan y originan cambios evidentes de comportamiento, con lo cual, afirmar que nuestra sociedad es una sociedad eminentemente enferma mental, no es ni mucho menos una apreciación fuera de contexto.

Son muchas las evidencias que tenemos de los cambios de comportamiento, aumentos de suicidio, alcoholismo y drogadicción, demostraciones de una violencia no conocida, aumento de la violencia intrafamiliar una gran intolerancia y agresividad son factores que no podemos desconocer.

3. LA ECONOMIA PLATA

Como se ha mencionado, el mundo se enfrenta a un cambio demográfico de gran significación alrededor del envejecimiento poblacional y la cada vez tasa mas baja de natalidad y por tanto difícil relevo generacional.

Frente a la expectativa mayor de vida y la prolongación de la vida útil del adulto, que empieza su proceso de envejecimiento a los 60 anos, con tendencia a aumentar a 65 o 70 anos como se presenta en Europa, esa iniciación y frente a los casos de longevidad cada vez mayores, se abren todas las posibilidades de prolongar la vida laboral de la persona adulta que presenta igualmente una conservación de sus facultades mentales y físicas, con lo cual alrededor de esa prolongación de vida que se observa, emergen una gran cantidad de actividades, negocios, industrias que nos indican la aparición de una nueva economía alrededor del envejecimiento, por lo cual la denominación de "economía plata" a esta etapa de la prolongación de la vida, resulta por demás adecuada, dada todos los índices y actividades que pueden desarrollarse ante la prolongación de la vida del adulto y la disminución considerable de población joven y niñez.

Desde la óptica de la actividad a la cual nos hemos dedicado en los últimos anos no resulta aventurado afirmar que nuestros alumnos en los sitios de formación serán personas adultas que necesitan actualizar sus conocimientos o mejorar sus competencias, en especial lo relacionado con la tecnología ya que la oferta y demanda de trabajo, ante la ausencia de jóvenes, que por disminución y por vivir en procura de conocimientos adquiridos de un día para otro ya no vayan a ser nuestros alumnos habituales.

Entre paréntesis y como consecuencia de esos cambios demográficos, esa población de "jóvenes cristal como se les denomina por su gran fragilidad que han dado lugar al crecimiento de nuevas actividades de industria y comercio relacionadas con las mascotas pues se niegan a tener hijos y prefieren perros y gatos como canalización de sus afectos.

4. IMPORTANCIA DE LOS CUIDADORES Y SU FORMACION

Con mucha frecuencia se asimila el proceso del envejecimiento con la categoría de enfermo. Nada mas erróneo. El envejecimiento, como el crecimiento son etapas de la vida y por tanto procesos naturales que pueden estar acompañados en uno y otro caso de patologías que obligan a cuidados especializados.

Esas etapas requieren de acompañamiento y atención y con mucha frecuencia escuchamos el termino "niñeras" para referirnos a quienes se ocupan del cuidado de los niños, pero no de cuidadores de personas adultas con el agravante que son ocupaciones empíricas y sin formación especializada a la cual se llega por deber o solidaridad familiar, o señalamiento generalmente a la mujer soltera a la que no se pregunta sobre su proyecto de vida, no se le reconoce salario ni prestaciones sociales y mucho menos la consideración de un relevo para el desgastante trabajo y que pueda tomar merecido descanso

Una ocupación que reconocida laboralmente y como trabajo digno participar de protección social seria una gran oportunidad para que contando con formación adecuada se convirtiera en un potencial de empleo para jóvenes con vocación de servicio.

En las investigaciones que hemos realizado sobre el tema de los Cuidadores en los últimos años, con excepción de España que tiene la Ley del Cuidado, Uruguay que cuenta con leyes y reconocimiento de la ocupación, encontramos que en Argentina existen cooperativas que agrupan a cuidadoras especialmente mujeres México y Brasil con sistemas de seguridad social muy avanzados no presentan atención especial a la economía del cuidado y en cuanto respecta a mi país es preciso recalcar que la ocupación como tal no se encuentra reconocida y que si bien aparece el Cuidador de perros, no existe la de personas adultas y no tenemos política publica al respecto, en la ola de reformas propuestas por el reciente ascendido gobierno de izquierda no aparece consideración sobre este aspecto tan urgente y actual.

Aparece como tal un documento que habla de Plan 2022 / 2030 y un Proyecto de Ley sobre Cuidadores que fue objetado y devuelto a la Comisión respectiva.

5. ME CUIDO, TE CUIDO

Hemos insistido desde la Academia en la importancia de contar con una formación orientada a este grupo de personas que mediante un programa que adelanta el Servicio de Aprendizaje SENA que se denomina ME CUIDAS TE CERTIFICO, se expide a los que de manera empírica realizan esta labor. Hasta el momento han certificado a 167 cuidadores, pero nuestra pregunta y la formación adecuada para la labor que realizan? En que momento deben acudir a esa formación para mejorar sus competencias.

Establecer esta formación vendría a solucionar un problema social y además una generación de empleo digno, pues quienes se dediquen a esta labor, deben ser protegidos laboralmente y vinculados a la protección social.

Encontramos que profesionales de enfermería, trabajo social y las muy dignas servidoras domesticas, son aquellas personas vinculadas al cuidado, pero insistimos en la importancia de una formación especializada y orientada al cuidado de las personas adultas con conocimientos en las etapas del envejecimiento, que van desde la autosuficiencia, hasta los cuidados paliativos y que puedan atender desde los Call Centers, a través del Teletra,bajo para asistir a las personas adultas que viven solas porque aun son autónomas, pero pueden requerir de apoyo en momentos de emergencia.

Dentro de esa economía plata que mencionamos proliferan los Hogares geriátricos o el concepto de Senior Living o Well living en donde no pueden realmente improvisarse estos servicios de Cuidadores.

Esto se ha convertido en un gran negocio sin un control y vigilancia debida en donde en muchos casos se cometen abusos y se denuncian casos de maltrato a los residentes ello por improvisar el personal dedicado al cuidado

Fue precisamente en el pasado Congreso al que tuvimos la oportunidad de asistir, en donde se trataron de manera tan amplia todas las incidencias que tiene el proceso de envejecimiento y que requiere la formación profesional de cuidadores y mas en la medida en que aumente el numero de personas adultas.

Pero si es importante la formación del Cuidador, no lo es menor el Cuidado de ese servidor, expuesto a tantas situaciones que pueden generarle patologías serias de tipo mental y ergonómico y que si no ha sido formado para su autocuidado, puede terminar victima de dolencias a consecuencia de una actividad laboral no protegida como riesgo laboral o psicosocial, por no contar con el reconocimiento de la ocupación ni la protección social necesaria.

De allí la cultura del autocuidado, en la cual se debe insistir con las personas que de manera voluntaria, por solidaridad familiar, por elección, no propia, empíricos y muy pocos formados especialmente para el Cuidado, deben tener. Fomentarla desde las políticas públicas que se construyan, desde las leyes que se adopten y desde la formación en la cual venimos insistiendo desde nuestra actividad académica.

La demanda de Cuidadores será grande en la medida en que crece el porcentaje de personas adultas y no será fácil encontrarlas debidamente formadas para el CUIDADO especializado de personas adultas, pero que además se haya tenido muy en cuenta el cuidado de la salud mental de esos servidores, tan expuestos a ese riesgo laboral que no se encuentra suficientemente evaluado, ni protegido en nuestras normas sobre salud y seguridad en el trabajo, precisamente por la falta de reconocimiento de la ocupación.

6. CONCLUSIONES

La formación profesional de Cuidadores es una necesidad que viene a resolver un problema social y sirve como generación de trabajo digno.

El reconocimiento de la ocupación de CUIDADOR en el catalogo de ocupaciones generara protección laboral y consecuentemente la protección social que haga de ella un trabajo digno.

No puede improvisarse un servidor que requiere formación profesional dada la demanda de servicios especializados de la persona adulta.

Hay que insistir en la generación de políticas públicas que reconozcan al economía del cuidado y la importancia de los cuidadores como ocupación debidamente reconocida y protegida laboralmente y con protección social.

Insistir en la creación de leyes que se ocupen de la Economía Plata, Economía del Cuidado, protección laboral y de seguridad social para los cuidadores debidamente formados y no improvisados o empíricos.

Por ultimo distinguir entre el Cuidador de personas adultas y del que por razones naturales, victima de enfermedad o accidente vea disminuir sus capacidades físicas y se convierta en dependiente o requiera de cuidados especiales diferentes al que se suministran a la personas adulta.

El error que se comente al unificar ese concepto de cuidados para ambos casos que difieren desde su condición, causa y circunstancias especiales no resulta adecuado cuando se trata de unificar esa ocupación la cual debe diferenciarse para efectos del servicio.

ESTUDOS SOBRE TRABALHADOR EVENTUAL, VÍNCULO DE EMPREGO E O CONTRATO INTERMITENTE DE TRABALHO

Igor Vargas Santana Mendes de Oliveira
Rodrigo Thomazinho Comar

RESUMO

O presente artigo apresenta a origem, conceito e as características na contemporaneidade do trabalhador eventual, se utilizando do Código Civil, Doutrina e Estudos fornecidos pelo IBGE. Logo após, traz o conceito de contrato intermitente, se guiando pelos mesmos métodos de pesquisa, com a utilização dos estudos do DIEESE. Em seguida, é analisado a ocorrência do desrespeito a inexistência de vínculo empregatício sobre os institutos, sendo apontado as suas consequências com a utilização da jurisprudência, em conjunto com eventuais soluções obtidas.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho eventual; Trabalho intermitente; Consolidação das Leis do Trabalho; Fraude; Efeitos

ABSTRACT

This scientific article presents the origin, concept and contemporary characteristics of casual workers, using the Civil Code, Doctrine and Studies provided by IBGE. Soon after, it brings the concept of temporary contract, guided by the same research methods, using DIEESE studies. Next, the occurrence of disrespect for the lack of employment relationships in the institutes is investigated, and its consequences with the use of electricity are highlighted, together with solutions that may be available.

KEYWORDS: Temporary work; Intermittent work; Consolidation of Labor Laws; Fraud; Effects.

Igor Vargas Santana Mendes de Oliveira

Acadêmico do Curso de Direito da Unicesumar de Curitiba/ Paraná

Rodrigo Thomazinho Comar

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba-UNICURITIBA. Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUCPR. Especialista em Direito Digital e Compliance pela IBMEC/Damásio. Graduado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Professor no Curso de Graduação em Direito da Unicesumar. Advogado e encarregado de dados.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo procura trazer de forma detalhada o conceito de trabalhador eventual e contrato intermitente, abordando as características de cada, dando ênfase para não caracterização do vínculo empregatício nos institutos. Logo, com o efeito da conceituação dos

objetos de estudo, serão descritas as consequências ao empregador perante um contrato intermitente ou trabalho eventual com a presença do vínculo empregatício, para ao fim, apresentar uma possível solução obtida.

Inicialmente, será abordado o conceito de trabalho eventual, que em suma, é uma relação entre o empregado e empregador que não há habitualidade. Deste modo, não há vínculo de emprego, ainda mais, busca apresentar ao leitor os aspectos históricos do conceito, características, previsão legislativa no Código Civil, teorias com base na doutrina majoritária e sua aplicabilidade na sociedade com auxílio da Taxa de Desocupação do primeiro trimestre de 2023 fornecida pelo IBGE.

Em seguida, será tratado o conceito de contrato intermitente, que em síntese, é um instrumento particular entre o trabalhador e empregador, que acordam entre si uma prestação de serviço de forma descontinuada e alternada, não havendo habitualidade. Ademais, será exposto a sua origem histórica, características, previsão legislativa, comentários da doutrina e sua aplicabilidade na sociedade com auxílio dos estudos do DIEESE.

Para assim, suscitar a ocorrência das relações de trabalho eventual e do contrato intermitente que tenham a presença do vínculo empregatício, motivado pela inobservância do empregador a Legislação Trabalhista, em conjunto com suas consequências, com apoio da jurisprudência.

Ao fim, será possível obter uma eventual solução perante as fraudes as relações de trabalho no âmbito do trabalho eventual e contrato intermitente que tem a presença do vínculo empregatício.

1.1 CONCEITO E AS CARACTERÍSTICAS DO TRABALHO EVENTUAL

1.1.1 Origem histórica

Primeiramente, o trabalho eventual, é entendido como uma relação de trabalho entre o trabalhador e o destinatário dos serviços, onde não há habitualidade. A característica da não habitualidade ou eventualidade, se explica como um evento

inesperado, que não é rotineiro, que não tem uma regularização e nem previsibilidade.

No contexto do trabalho eventual, a característica da eventualidade se insere na medida que o trabalhador dispõe a trabalhar para um evento imprevisível e que não tem perspectiva de continuidade, não havendo vinculação ao empregador, sendo tão somente para um único serviço esporádico, sendo o oposto de um trabalhador formal regulado pela CLT, que deve cumprir seu horário determinado e com previsibilidade de começo e fim.

A partir deste estudo, foi possível extrair que a primeira regulamentação das relações trabalhistas foi a Lei de 13 de setembro de 1830¹, cuja apresentava a possibilidade de um contrato de trabalho, que trazia formalidade e trabalhos determinados, entretanto, esta regulamentação era restrita, dado que grande maioria das relações de trabalho não se estabelecia por meio de contratos. Partindo dessa premissa, com esteio dos estudos da Prof. Denise Aparecida Soares de Moura², entendesse que a restrição do contrato na época, muito se deu pelas rigorosas cláusulas contratuais e a indisponibilidade de alterações segundo as necessidades do trabalhador.

Dado isso, muito dos empregadores e dos trabalhadores, optaram pelos contratos informais, tendo em vista que poderiam ser alterados segundo as necessidades cotidianas e pessoais individuais, não havendo vinculação direta ao empregador e consequências rigorosas por qualquer descumprimento.

Nesse sentido, levando em conta o estudo abordado, há de entender que a origem histórica do trabalho eventual no Brasil, possivelmente iniciou-se no período da Abolição da Escravatura em 1830, por aqueles profissionais que optavam por empregos informais, cuja eram eventuais e sem a vinculação aos empregadores, a fim de atender suas necessidades.

1.1.2 Conceituação

Superado os apontamentos quanto a possível origem histórica do trabalho eventual, passamos para o detalhamento do seu conceito, que conforme apontado, é um serviço sem avinculação ao empregador, esporádico e sem qualquer previsão de continuidade, sendo tão somente selecionado para um serviço único e específico.

1 Lei de 13 de setembro de 1830". BRASIL. Coleção das Leis do Império do Brasil – Atos do Poder Legislativo (doravante: CLIB – APL). Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1876, p. 32-33. Disponível em: Acesso em: 11/12/2023

2 MOURA, Denise A. Soares. Saindo das sombras: homens livres no declínio do escravismo. Campinas: Área de Publicações CMU/Unicamp, 1998, especialmente cap. "Arranjos de trabalho no declínio do escravismo", p. 99- 149

De fato, o trabalho eventual se conceitua e caracteriza pela eventualidade, sendo por atos sem previsibilidade, que não eram esperados pelo empregador e nem pelo trabalhador, surgindo a necessidade de uma contratação eventual e sem continuidade, sendo tão somente para suprir um único evento aos fins da empresa, outro não é o entendimento da doutrina, conforme leciona Prof. Carlos Henrique Bezerra Leite³:

Eventual é o trabalhador subordinado atípico, que presta serviços em caráter transitório, acidental, isto é, não há exigência permanente dos seus serviços pelo tomador. Os serviços por ele prestados não são essenciais ou complementares aos fins da empresa.

Nesse sentido, a figura do trabalho eventual se aproxima a de um prestador de serviços, do que propriamente a de um empregado, destacasse que não há previsibilidade desta modalidade na Legislação Trabalhista, e sim no Código Civil, em seu Art. 593 a 609, tendo em vista a eventualidade, conforme nas palavras de Maurício Godinho Delgado⁴, vejamos:

Uma das figuras de prestadores de trabalho que mais se aproximam do empregado é a do trabalhador eventual. Nessa figura tendem a se reunir os demais pressupostos da relação empregatícia; seguramente, entretanto, não se apresenta o elemento permanência (ou melhor, não eventualidade)

No entanto, é necessário destacar que o trabalho eventual detém das outras características do vínculo de emprego, como a subordinação, onerosidade e em determinados casos a pessoalidade.

Ademais, existem quatro teorias que buscam conceituar o trabalhador eventual, sendo a do evento, dos fins da empresa, da descontinuidade e da fixação jurídica na empresa.

Dessa forma, pode se concluir, a partir da doutrina majoritária compartilhada e da previsibilidade no Código Civil, que esta modalidade de trabalho se conceitua em primeiro plano pela sua eventualidade, não havendo uma prestação de serviço contínua, sendo integralmente intermitente e sem previsão de permanência, em um segundo plano, se conceitua pela não vinculação ao tomador de serviço, haja vista a

3 LEITE, Carlos Henrique Bezerra Curso de Direito do Trabalho / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 14. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022 – pg. 366

4 DELGADO, Mauricio Godinho Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 404

ausência de um dos requisitos para a caracterização do vínculo de emprego, e pôr fim a accidentalidade, tendo em vista que o trabalhador é contratado para suprir uma demanda inesperada ao fim da empresa, não sendo essencial ou complementar.

1.1.3 Características na contemporaneidade

No que diz respeito as características do trabalho eventual, é possível observar a eventualidade, desvinculação, flexibilidade, disponibilidade, accidentalidade e independência.

No cenário contemporâneo, a figura do trabalhador eventual é explorada nos setores de hotelaria, restaurantes, eventos e bares, como por exemplo a profissão de um garçom que presta serviço esporadicamente a um restaurante em situações inesperadas, como um público maior do que o esperado, logo será necessário a contratação eventual deste trabalhador.

Acresce que essa modalidade, no vocabulário popular, são os trabalhos "*freelancers*", "*bicos*" ou "*taxas*", e vem tendo grande notabilidade e incidência no Brasil. Conforme Taxa de Desocupação do primeiro trimestre de 2023, da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), divulgada pelo IBGE⁵, 39% da população ocupada são de trabalhadores informais, ou seja, 38,1 milhões de trabalhadores informais no Brasil.

Esta notabilidade de trabalhadores informais, advém de uma cultura *freelancer*, que em suma, o indivíduo detém de maior independência, exercendo labor em determinados serviços eventuais de acordo com sua experiência e tempo disponível, podendo dispor suas habilidades para outras atividades, seja recreativa ou laborativa.

Acresce, que há entendimento, que aponta que esta atividade contribui para a economia do país, que perante a flexibilidade do trabalho informal, muito dos profissionais eventuais optam posteriormente pelo empreendedorismo, pela similaridade da independência.

De outro modo, há também aqueles trabalhadores formais regidos pela CLT, que optam em seu horário livre, fazerem trabalhos eventuais para complementação de renda.

Neste tema, convém abordar o termo *gig economy*⁶, criado pela Tina Brown em

5 IBGE. Com taxa de 8,8%, desemprego cresce no primeiro trimestre de 2023 | Agência de Notícias. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/36780-com-taxa-de-8-8-desempregocresce-no-primeiro-trimestre-de-2023>>. Acesso em: 22 jan. 2024.

6 BROWN, Tina. The gig economy. The Daily Beast, v. 12, 2009

2009, em seu artigo publicado na The Daily Best, site americano de notícias e opiniões vejamos:

São diversos projetos flutuantes, consultorias e trabalhos de meio período que eles tentam juntar para formar o que chamam ironicamente de “a noz” – a soma que lhes permite manter o apartamento, a política de saúde, a babá e as mensalidades escolares (tradução nossa).

Ainda mais, o Dicionário de Cambridge reconhece o termo *gig economy*, conceituando como “um mercado de trabalho que compreende trabalhadores temporários e sem vínculo empregatício”⁷.

Com isso, a de se considerar que o fenômeno *gig* é um estilo de vida para alguns dos trabalhadores, e para outros uma necessidade, assim se dividindo em dois nichos.

Destaca-se que no Brasil, há aplicativos que promovem essa cultura e grupos de *Whatsapp*, no qual grandes empresas divulgam vagas esporádicas e eventuais para trabalhadores.

Neste raciocínio, é possível notar que este instituto de trabalho vem crescendo, por sua notabilidade, alavancado pela *gig economy*, com a junção da participação ativa dos empregadores que buscam contratações eventuais e trabalhadores que tem maior apreço pela modalidade, seja pela complementação de renda ou propriamente pelo modo de viver.

Conclui-se, que há probabilidade de situações econômicas instáveis no país, corroborar para o crescimento exponencial dos trabalhos informais.

Neste ponto surge uma problemática, que será explorada posteriormente, mas neste momento, de forma rápida e objetiva, se resume na ação dos empregadores utilizarem a contratação do trabalho eventual com habitualidade, como uma solução para diminuição de gastos, ou seja, uma contratação ilegal, havendo por assim fraude as relações empregatícias, deixando de ser um trabalho informal.

1.2 DO CONTRATO INTERMITENTE. INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.467/2017.

1.2.1 Origem do dispositivo

Ao analisarmos o conceito de trabalhador eventual, observamos o crescimento desta relação no mercado, com a presença de eventuais problemáticas isoladas, neste

7 CAMBRIDGE DICTIONARY. *gig economy*. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/gig-economy>>. Acesso em: 22 jan. 2024.

viés, ao passo que a sociedade caminha cada vez mais rápido que o direito, dentro diversos outros motivos, surge necessidade da alteração e adição da legislação trabalhista.

Dado isso, houve a chegada da Lei nº 13.467, conhecida pela maioria como a Reforma Trabalhista, cuja trouxe mudanças para o cenário trabalhista, sendo uma delas o advento do Contrato de Trabalho Intermite, em seu Art. 443, §3º e 452-A, §1º até §9º.

Nesta linha, é possível se guiar pelo entendimento que a Reforma Trabalhista buscou modernizar as relações de trabalho no Brasil no âmbito econômico, com efeito disso, houveram importações legislativas de outros Países, como o Contrato Intermittente aliado ao "*zero hour contract*" da Inglaterra, sendo possivelmente um dos conceitos precursores da origem do advento.

O *zero hour contract*, é traduzido como "contrato de zero hora", cujo advém do Art. 27A do Employment Rights Act 1996 da Inglaterra, e tem grande notabilidade no cenário econômico do país, em suma, trata-se da possibilidade da contratação de um trabalhador por hora para um evento esporádico, sem a vinculação direta com o empregador, sendo somente contratado quando houver a necessidade.

Conforme leciona o Flávio da Costa Higa, este dispositivo se caracteriza pela não garantia de prestação de serviços e de recebimento de salário⁸, ou seja, é possível observá-lo no "*zero hour contract*" o não estabelecimento de qualquer garantia ao trabalhador, podendo ocorrer o risco de haver períodos sem labor por falta de demanda eventuais do empregador. Entretanto, convém explicar que há estudos que apontam que o "*zero hour contract*" possibilita uma maior flexibilidade e inserção no mercado para aqueles que recém iniciaram e pretendem dedicar maior tempo para outras atividades, como estudos ou maior convívio com a família.⁹

Dado isso, o *zero hour contract* paulatinamente se instaurou no mercado econômico britânico, a partir desta premissa, possivelmente, houve uma importação legislativa deste, sendo criado o contrato intermitente na Reforma Trabalhista Brasileira, trazendo os mesmos aspectos, como a não garantia da prestação de serviço, recebimento do salário e a flexibilidade da modalidade para aqueles que se inserem nesta condição.

Conclui-se, que a origem do Contrato Intermite se deu pela Reforma

8 HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente. Consultor Jurídico, opinião, 8 de junho de 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higa-reforma-trabalhista-contrato-trabalho-intermitente/> . Acesso em: dez. 2023

9 SAHUQUILLO, Maíra R. Trabalhadores ultraflexíveis. EL PAÍS. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/01/internacional/1430504838_853098.html>. Acesso em: dez.2023.

Trabalhista Brasileira, por mais, deduz-se que a sua criação teve como precursor o *zero hour contract*, importado da legislação britânica.

1.2.2. Conceituação

Do ponto de vista conceitual, o contrato de trabalho intermitente é um instrumento particular entre o trabalhador e o empregador, que acordam entre si a prestação de serviço de forma descontinuada e alternada, não havendo habitualidade.

Destaca-se, que nesta relação de trabalho não há vínculo de emprego, pela ausência da não eventualidade, entretanto, o trabalhador tem todos os direitos que teria se houvesse o vínculo, conforme disposição incluída com a Reforma Trabalhista, como férias proporcionais com acréscimo de um terço, décimo terceiro salário proporcional, repouso semanal remunerado, adicionais legais e o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, sobre o período trabalhado.

O referido modelo de contrato, muito se aproxima do trabalhador eventual, pela ausência da habitualidade, entretanto, se diferencia pela vinculação com o tomador e os benefícios trabalhistas sobre o tempo exercido.

Deste modo, o que se entende como contrato intermitente é aquele trabalho descontínuo, que há a vinculação com tomador de serviço no período de trabalho exercido.

1.2.3 Características na contemporaneidade

Em uma era marcada pelo avanço tecnológico é inegável a criação de dispositivos modernos e ousados, exemplo disso é o suscitado no presente tópico, cuja se caracteriza pela descontinuidade, vinculação ao tomador somente se houver trabalho a ser exercido e flexibilidade.

Nesta linha, podemos observar que o valor convencionado a título de remuneração, não deve ser inferior ao valor horário ou diário do salário mínimo e não ser inferior ao convencionado aos trabalhadores formais do contratante.

Ainda mais, o trabalhador terá seus direitos incididos tão somente pelo tempo de trabalho exercido, não havendo a hipótese sobre as horas de inatividade, de modo, que o trabalhador estará vinculado ao contratante (empregador), mas somente irá receber se houver trabalho efetivamente exercido.

Destaca-se que não há a obrigatoriedade da vinculação a um único empregador, podendo o intermitente dispor de inúmeros contratos com diversos tomadores ou

realizar trabalhos eventuais no período de inatividade entre eles.

Quanto a convocação, deve ser feita com três dias de antecedência, a recusa não descaracteriza a subordinação, dando por assim, uma independência de dispor ao intermitente, ou seja, uma flexibilidade com base nas suas preferências pessoais. Acresce que o labor deve ser exercido no período de um ano após a contratação, caso não houver é rescindido de pleno direito do trabalhador.

É necessário destacar sob um olhar das relações de trabalho, em conjunto com o número de brasileiros em ocupações informais, que a ideia inicial do contrato intermitente é moderna e ousada, corroborando com o conceito *gig economy*.

Nestas situações, em tese, para aqueles que adotam o conceito *gig economy*, a tendência seria do contrato intermitente ser benéfico, entretanto, é necessário pontuar, que foi constatado em um estudo realizado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), no Boletim de Emprego de nº 25 de 2023¹⁰, que o trabalho intermitente cresceu, mas a renda média é inferior ao salário mínimo.

Dado isso, com uma leitura minuciosa sob a égide dos números, nota-se que o contrato intermitente atualmente não está sendo usual e prático para os trabalhadores, restando inaplicável, haja vista a renda inferior ao salário mínimo.

É necessário ainda pontuar, que o entendimento majoritário da doutrina é que o contrato intermitente é um instituto inconstitucional, conforme nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite¹¹:

Além disso, o novel art. 425-A da CLT (e os arts. 29 a 39 da Portaria MTP 671/2021, que “regulamentam” o trabalho intermitente) é, segundo pensamos, manifestamente inconstitucional, porque o trabalhador só receberá remuneração quando convocado pela empresa, que utiliza o seu serviço e depois o descarta como se fosse uma mercadoria, violando, assim, os princípios da dignidade da pessoa humana do cidadão trabalhador, do valor social do seu trabalho, da busca do pleno emprego, da correção das desigualdades sociais e da função social da empresa (CF, arts. 1º, III e IV, 170, caput, III, VII e VIII), sendo certo, ainda, que esse “trabalhador intermitente” poderá nada receber durante um mês ou meses ou auferir remuneração inferior ao salário mínimo, o que fere o disposto no art. 7º, IV, da CF.

10 DOS VÍNCULOS INTERMITENTES FIRMADOS EM, •. 20%. Trabalho intermitente cresce, mas renda média é inferior ao salário mínimo. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/boletimempregoempauta/2023/boletimEmpregoemPauta25.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2024.

11 ¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra Curso de Direito do Trabalho / Carlos Henrique Bezerra Leite. – 14. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 865

Nesta linha de raciocínio, convém apontar que houve a interposição da ADI de nº 5826 de relatoria do Ministro Edson Fachin, a fim de ser reconhecida a inconstitucionalidade do Contrato Intermitente, com efeito, ao fim foi julgada parcialmente, sendo reconhecido que a ausência de fixação de horas mínimas de trabalho e de rendimentos mínimos é inconstitucional.

Por outro lado, é necessário pontuar que o advento trazido pela Reforma Trabalhista, trouxe algo que já ocorria a muito tempo no Brasil, tendo quase metade dos ocupados em cargos informais, conforme PNAD Contínua, divulgada pelo IBGE, e carecia de regulamentação, restando tão somente as figuras de trabalhador eventual ou autônomo que se aproximavam.

É possível partir do raciocínio, que a ideia do contrato intermitente é algo inovador, conforme o conceito *gig economy* e a teoria *freelancer*, entretanto carece de maior regulamentação no que condiz a remuneração, benefícios previdenciários e trabalhistas, havendo lacunas a serem preenchidas para eliminar maiores problemáticas.

Conclui-se, que o contrato intermitente é um instrumento particular entre trabalhador e tomador para a prática de um serviço descontinuado, que vem sendo rechaçado pela doutrina majoritária, haja vista a ausência de garantia de renda mensal ser inferior a um salário mínimo, por outro lado, surge a possibilidade de um indivíduo que leva a vida profissional de forma informal como modo de viver ter mais acesso aos benefícios trabalhistas.

1.3 DO DESREPEITO À LEGISLAÇÃO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

No cenário atual, surge uma questão crucial, que surgiu ao decorrer dos anos, que se trata do trabalho eventual ou contrato intermitente que há a presença de vínculo empregatício motivado pelo empregador, o que em tese, não é possível ocorrer, conforme a Legislação Trabalhista.

Deste modo, a partir que há a constatação da relação de emprego nestas modalidades, surge a fraude as relações de trabalho, logo, pela presença cumulativa dos requisitos do Art. 2º e 3º da Consolidação das Leis de Trabalho, ou seja, a inobservância do empregador em aplicar o gênero devido sobre o trabalho exercido.

Acresce, se utilizando da analogia, que houveram a interposição da ADI nº 5826, ADI nº 5829 e ADI nº 6154 a fim de declarar a inconstitucionalidade do Contrato Intermitente.

Destaca-se, que as ADIs, partem do mesmo pressuposto, qual seja a precarização dos princípios constitucionais do trabalhador.

Nesta linha de raciocínio, é necessário pontuar que a problemática insurge tanto no trabalho eventual quanto no contrato intermitente, haja vista, que ao realizar uma análise cirúrgica, é possível observar a similaridade entre ambos.

Conforme dito, o trabalho eventual condiz a prestação de serviço sem continuidade, ou seja, é eventual, como exemplo a função de um Barman Freelancer, contratado esporadicamente em ocasiões inesperadas, entretanto, caso o empregador comece a tratar este trabalhador com habitualidade e com fim determinado, vemos a aplicação incorreta do gênero do trabalho, e logo a caracterização pela inobservância do empregador.

Nesta senda, podemos observar um caso análogo ao exposto, com utilização da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, julgado em acórdão pela 3ª Turma¹².

BARMAN. FREELANCE. VÍNCULO DE EMPREGO. ÔNUS DA PROVA. Admitida a prestação de serviços pelo autor à reclamada, o ônus de comprovar que o trabalho ocorreu em moldes diversos daqueles caracterizadores da relação de emprego é da ré (art. 818 da CLT e 373, II, do CPC). Além de a ré não ter se desincumbido do seu ônus, a narrativa do preposto revela a presença dos requisitos para o reconhecimento do alegado vínculo de emprego. Recurso ordinário do autor a que se dá provimento.

Em conjunto, há o contrato intermitente, como exemplo podemos utilizar um vigilante contratado por um estádio de futebol para trabalhar quando surgir demandas inesperadas de torcedores nos estádios. Entretanto, estando presente a não eventualidade com fim determinado, ou seja, é habitual, resta caracterizado fraude às relações de trabalho, por inadequação ao gênero. É possível ver um caso análogo ao exemplo, com exposição da jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, julgado em acórdão pela 3ª Turma¹³.

CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE. AUSÊNCIA DE DESCONTINUIDADE. INVALIDADE. ARTIGO 443, § 3º, DA CLT. De acordo com o art. 443, § 3º, da CLT é condição de validade do contrato de trabalho intermitente a descontinuidade da prestação de serviços.

12 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (3ª Turma). Acórdão: 000027714.2020.5.09.0010. Relator: THEREZA CRISTINA GOSDAL. Data de julgamento: 13/10/2021. Publicado no DEJT em 15/10/2021. Disponível em: <https://url.trt9.jus.br/zqsfq> Acesso em: dez.2023

13 BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (3ª Turma). Acórdão: 0000374-04.2022.5.09.0411. Relator: EDUARDO MILLEO BARACAT. Data de julgamento: 14/11/2023. Publicado no DEJT em 20/11/2023. Disponível em: <https://url.trt9.jus.br/l7658>

Evidenciando-se pela prova documental, sobretudo cartões-ponto que o trabalhador prestava serviços de segunda a sábado durante todo o período contrato de aproximadamente cinco meses, é inválido o contrato de trabalho intermitente, devendo ser convertido em contrato de trabalho por tempo indeterminado

A partir desta perspectiva é possível apontar uma das principais problemáticas dos conceitos abordados neste estudo, qual seja, a presença do vínculo empregatício motivado pelo empregador, cujo culmina na fraude as relações de trabalho.

Neste viés, conforme a própria jurisprudência apontou, se em quaisquer dos institutos observar uma prestação de serviço contínua, e o contratante/empregador não provar que não houve a habitualidade, ônus que o incube, enseja na caracterização do vínculo empregatício, com efeito das consequências impostas pelo órgão julgador.

A primeira consequência que recai ao empregador pela inobservância e o desrespeito a legislação trabalhista é a declaração a fraude as relações de trabalho pelo órgão julgador.

Logo, será declarado a existência de vínculo empregatício e o trabalho eventual ou contrato intermitente será convertido em contrato de trabalho regulado pela Consolidação das Leis de Trabalho.

Ainda mais, possivelmente, o empregador será condenado a realizar o pagamento de todas as verbas trabalhistas relativo ao período reconhecido como relação de emprego.

Com isso, conclui-se, que caso houver o desrespeito a legislação trabalhista motivada pelo empregador, resta caracterizado o vínculo empregatício, tendo em vista que em nenhuma das modalidades apresentados devem ser não eventuais, em respeito ao Art. 2º e 3º da Consolidação as Leis de Trabalho.

2. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após superado o que se entende por trabalho eventual, contrato intermitente, vínculo empregatício, foi possível caracterizar uma das problemáticas em comum.

Nesta linha de raciocínio, com esteio da legislação civil e trabalhista, doutrina dominante, estudos do IBGE e da DEESE e da jurisprudência, é possível se guiar para eventuais afirmações e soluções.

Primeiramente, conforme próprio tema da ADI de nº 5826, onde foi reconhecida que a ausência de fixação de horas mínimas de trabalho e de rendimentos mínimos é inconstitucional.

É possível pensar que as fraudes as relações de trabalho, primeiramente são motivadas pelo desrespeito a legislação trabalhista pelos empregadores, entretanto, em segundo plano, é de impender que essa inobservância possivelmente é motivada pela redução de gastos com Direitos Trabalhistas, pelo fato que se torna economicamente viável.

Partindo desta premissa, a eventual solução que deve ser buscada seria a prática de políticas públicas realizados pelo Ministério do Trabalho.

Acresce, que além das políticas públicas, o tema debatido deve ser amplamente exposto por meio do Compliance Empresarial, abordando que o trabalho eventual e o contrato intermitente não devem ser cumpridos com habitualidade, caso ocorra, estejam em total desacordo com os Art. 2º e 3º da Consolidação das Leis de Trabalho.

Assim, como resultado deste estudo, resta afixado ao leitor a origem, conceito e características na contemporaneidade do trabalhador eventual e do contrato intermitente e as consequências pela inobservância da legislação trabalhista no âmbito do vínculo empregatício, para ao fim, ser possível o leitor empregado e empregador chegarem a uma conclusão única e esperada, qual seja, a não utilização do trabalho eventual ou contrato intermitente com não eventualidade.

REFERÊNCIAS

BROWN, Tina. **The gig economy**. The Daily Beast, v. 12, 2009. Disponível em <<https://www.thedailybeast.com/the-gig-economy>>. Acesso em: dez.2023

BRASIL. **Lei de 13 de setembro de 1830**. Coleção das Leis do Império do Brasil – Atos do Poder Legislativo (doravante: CLIB – APL). Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1876, p. 32-33. Disponível em: Acesso em: 11/12/2023

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (3ª Turma). **Acórdão: 0000277-14.2020.5.09.0010**. Relator: THEREZA CRISTINA GOSDAL. Data de julgamento: 13/10/2021. Publicado no DEJT em 15/10/2021. Disponível em: <https://url.trt9.jus.br/zqsfq> Acesso em: dez.2023

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região (3ª Turma). **Acórdão: 0000374-04.2022.5.09.0411**. Relator: EDUARDO MILLEO BARACAT. Data de julgamento: 14/11/2023. Publicado no DEJT em 20/11/2023. Disponível em: <<https://url.trt9.jus.br/5c018>> Acesso em dez.2023

CAMBRIDGE DICTIONARY. **Gig Economy**. Disponível em: <<https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles-portugues/gig-economy>>. Acesso em: 22 jan. 2024

DELGADO, Mauricio Godinho **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores —Mauricio Godinho Delgado. — 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019

DIEESE. **Trabalho intermitente cresce, mas renda média é inferior ao salário mínimo**. Boletim emprego em pauta, n25. maio 2023. Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/boletimempregoempauta/2023/boletimEmpregoemPauta25.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2024.

HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e contrato de trabalho intermitente. **Consultor Jurídico**, opinião, 8 de junho de 2017. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/flavio-higareforma-trabalhista-contratotrabalho-intermitente#_ftn13>. Acesso em: dez. 2023.

IBGE. Com taxa de 8,8%, desemprego cresce no primeiro trimestre de 2023. **Agência de Notícias**. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/36780-com-taxa-de-8-8-desempregocresce-no-primeiro-trimestre-de-2023>>. Acesso em: 22 jan. 2024.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

MOURA, Denise A. Soares. **Saindo das sombras**: homens livres no declínio do escravismo. Campinas: Área de Publicações CMU/Unicamp, 1998, especialmente cap. “Arranjos de trabalho no declínio do escravismo”,

SAHUQUILLO, Maíra R. Trabalhadores ultraflexíveis. **EL PAÍS**. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/01/internacional/1430504838_853098.html>. Acesso em: dez.2023.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO SISTEMA JUDICIÁRIO: A FUNÇÃO DOS ALGORITMOS COMO SERVIÇO ESTRATÉGICO NOS PROCESSOS DE DECISÕES JUDICIAIS

Sophia Schneiberg de Castro Lima

Allesandra Ribeiro Melo

Resumo

Este artigo pretende abordar a inovação da Quarta Revolução Industrial, a Inteligência Artificial (IA), essa realidade já pode ser percebida no âmbito do Direito, onde despontam ferramentas de IA capazes de facilitar o cotidiano jurídico. Contudo, a problemática que se projeta são os desafios da utilização de algoritmos nos processos de decisões. Nesse sentido, a partir de uma revisão sistemática sobre o tema serão analisadas as garantias processuais fundamentais presentes na Constituição Federal e estabelecidas no Código de processo Civil de 2015.

Palavras-chave: Direito; Inteligência Artificial; Quarta revolução Industrial; Algoritmo.

Abstract

This paper intends to explain the innovation of Fourth Industrial Revolution (Artificial Intelligence), this new paradigm can be noticed on law, with emerging IA tools that facilitate the daily work of justice. However, the trouble lies in how to use the new tools and algorithms in decision-making processes. Still on this perspective, starting from a systematic inspection about the matter, the procedural guarantees conferred by the federal constitution and the Procedure Code of 2015 will be analyzed.

Keywords: Law, Artificial intelligence; Fourth industrial revolution; Algorithm.

Sophia Schneiberg de Castro Lima

Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Unioeste), campus de Foz do Iguaçu. E-mail: (sophia.lima@unioeste.br)

Allesandra Ribeiro Melo

Professora Orientadora da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (Unioeste), campus de Foz do Iguaçu.

1 INTRODUÇÃO

A inteligência artificial (IA) destaca-se pela promessa de que máquinas possam executar tarefas antes somente realizadas por seres humanos. Diante de tamanha repercussão e abrangência, esse assunto tem se tornado popularizado em diversos âmbitos, sendo assim, no jurídico considerando as mudanças advindas da quarta Revolução Industrial, a integração de sistemas de IA poderá auxiliar os processos de decisões judiciais, de forma estratégica.

Com isso, um sistema jurídico inteligente juntamente com as garantias processuais fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal e acolhidas pelo Código de Processo Civil de 2015, poderá auxiliar nos processos de decisões através da rapidez e de uma decisão democrática, justa e efetiva. Logo, outro princípio processual que deverá ser levado em consideração quanto ao uso da IA aplicada às decisões judiciais é o princípio da igualdade. A garantia é conferida pelo caput do artigo 5º da Constituição Federal, pelo qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” e sendo assim, os litigantes cujas demandas forem solucionadas utilizando-se algoritmos têm o direito de averiguar se esse procedimento específico é o mesmo que aquele aplicado às demais situações idênticas, tendo como complemento o princípio da transparência, onde o processo decisório não seja projetado de maneira que prejudique especificamente determinado litigante.

Sendo assim, a Inteligência Artificial e suas particularidades apresentam grande importância sob o viés jurídico, um tema relevante a ser estudado, afinal este estabelece uma íntima ligação entre a máquina e o ser humano.

2 A ESTRUTURA DA QUARTA REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E A INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NO DIREITO

A Inteligência Artificial (IA) surge dentro da estrutura da Quarta Revolução Industrial, principalmente em decorrência da transição em direção a novos sistemas que foram construídos sobre a infraestrutura da revolução digital, e desenvolvimento de melhores aplicações cotidianas.

A criação de sistemas que são capazes de imitar o pensamento humano e interagir com ele, despertou o interesse das mais diversas áreas do conhecimento.

No Direito, por exemplo, é possível visualizar grande número de funcionalidades em que as máquinas podem auxiliar os operadores do Direito, como na pesquisa de jurisprudência, resolução extrajudicial de conflitos, elaboração de estratégias

processuais, revisão documental, redação de petições¹, dentre outras.

Tendo como exemplo, O robô Ross, que é tido como o “primeiro robô advogado do mundo”, tendo sido “contratado” por grande escritório de advocacia americano, com o objetivo de atuar como pesquisador jurídico, “encarregado de examinar milhares de documentos para reforçar os casos da empresa”². O robô americano se apresenta nos seguintes termos: “Usando um Processador de Linguagem Natural (NLP) de ponta, nossa tecnologia é capaz de determinar com precisão as respostas às suas questões jurídicas em segundos”³.

Já em nível nacional, está auxiliando advogados o “bot” (robô) Eli, anunciado como o primeiro robô assistente de advogado do Brasil e que promete ajudar advogados, escritórios de advocacia e empresas em problemas específicos com enormes ganhos de produtividade e qualidade, permitindo atingir resultados nunca antes imaginados.

Seguindo essa linha, outros órgãos do judiciário brasileiro também têm adotado a Inteligência Artificial no intuito de imprimir velocidade e eficiência na prestação jurisdicional. A 12ª Vara da Fazenda Pública do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, utiliza Inteligência Artificial na execução de tributos, realizando o procedimento de bloqueio dos bens de devedores nos sistemas BACENJUD, RENAJUD e INFOJUD. Como parâmetro, para o se ter uma ideia, o sistema possibilitou o bloqueio de bens de devedores em um total de 6.619 mil execuções, arrecadando R\$ 32 milhões, levando somente 25 segundos (1.400% mais rápido de que a realização da mesma tarefa por servidores) e obtendo precisão de 99,95%.⁴

3 A PROBLEMÁTICA DA INSERÇÃO DOS ALGORITMOS NOS PROCESSOS DE DECISÕES JUDICIAIS

Independentemente da aplicação prática que a Inteligência Artificial possa ter no âmbito do poder, o seu sustento e legitimação deve estar alicerçado na garantia da efetivação da duração razoável do processo. Porém, Entre os problemas na

1 BORGE, Iván Mateo. La robótica y la inteligencia artificial en la prestación de servicios jurídicos. In: NAVARRO, susana Navas (Dir.). Inteligencia artificial, Tecnología y Derecho. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 132 –140

2 TRANSFORMAÇÃO DIGITAL. JURÍDICO: ROSS, o primeiro robô advogado do mundo.

3 Ross Intelligence - Intelligent Legal Research. Disponível em: . Acesso em: 02 maio 2022. No original: "Using cutting edge Natural Language Processing (NLP), our technology is able to accurately determine the answers to your legal research questions in seconds. Accurate results in less time deliver better research to you".

4 TJ/RJ - Assessoria de imprensa. TJRJ adota modelo inovador nas cobranças de tributos municipais. 2018. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5771753>>

inserção dos algoritmos nos processos de decisões judiciais, destacam-se que as decisões proferidas automaticamente e em larga escala privilegiam a quantidade em detrimento da qualidade, estimulando o “esvaziamento de prateleiras em gabinetes, sem a devida preocupação com como as questões que estão efetivamente sendo decididas”⁵. Nesse sentido, prevalece no judiciário brasileiro uma constante pressão por resultados quantitativos, que acabam se sobressaindo sobre os qualitativos. Nas palavras de Dalton Sausen⁶:

Pode-se afirmar, então, diante do exposto, que, de certo modo, o Poder Judiciário tem se curvado aos influxos (in)devidos da política e da economia, proporcionando uma justiça quantitativa através da estandardização do direito, com a objetivação e generalização dos julgamentos, olvidando as especificidades do caso concreto, com o consequente abandono da faticidade. [...] Evidentemente que não se pretende refutar a necessidade de uma justiça célere, mas, sim, a celeridade apenas pela via da quantidade, com o abandono da qualidade, fazendo sobrar o caso concreto e suas especificidades.

Tendo como norte a realidade traçada, o perigo está, justamente, na utilização da Inteligência Artificial para além das questões burocráticas, ingressando na tomada de decisão propriamente dita. A decisão judicial corresponde ao “momento em que a interpretação jurídica ganha maior importância para a comunidade, fazendo com que os modelos pensados pela doutrina e pelo legislador ganhem vida”⁷. Já para Tércio Sampaio Ferraz Júnior⁸, ao definir o “sentido de decisão jurídica”:

Decidir, assim, é um ato de uma série que visa transformar incompatibilidades indecíveis em alternativas decidíveis, que, num momento seguinte, podem gerar novas situações até mais complexas que as anteriores. Na verdade, o conceito moderno de decisão liberta-se do tradicional conceito de harmonia e consenso, como se em toda decisão estivesse em jogo a possibilidade mesma de safar-se de vez de uma relação em conflito. Ao contrário, se o conflito é condição de

5 THE GUARDIAN. UK businesses using artificial intelligence to monitor staff activity: This article is more than weeks old Unions warn systems such as Isak may increase pressure on workers and cause distrust. Disponível em: Acesso em: 03 de maio de 2022

6 SAUSEN, Dalton. Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos: crítica à estandardização do Direito e resgate hermenêutico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 31-32.

7 KOZLOWSKI JUNIOR, Wilson Marcelo. Direito como integridade e as decisões judiciais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2019. p. 17.

8 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 90

possibilidade da decisão, à medida que a exige, a partir dela ele não é eliminado, mas apenas transformado.

Devido a isso, a utilização da Inteligência Artificial no âmbito da tomada de decisão clama pela revisitação da teoria da decisão judicial. Ademais: clama por uma teoria da decisão judicial democrática, incorporada pelo novo Código de Processo Civil que instituiu “as noções de coerência e integridade como parâmetros a serem observados pela jurisprudência”⁹.

Nesse sentido, o doutrinador Ricardo Luis Lorenzetti em sua obra intitulada “Teoria da Decisão Judicial”¹⁰, estabelece uma ordem sucessiva pela qual deve ser tomada uma decisão jurisdicional, aplicando-se, por primeiro, a dedução das regras válidas, por segundo os precedentes, o resto do sistema legal e as consequências (com o intuito de controlar o resultado da dedução anterior), em terceiro, a solução baseada em princípios e, por último e se houver, a explicação dos paradigmas e sua harmonização. Assim, segundo o juiz argentino, haveria uma distinção entre casos “fáceis” (bastaria a dedução da regra ao caso concreto) e casos “difíceis” (se detectam dificuldades no elemento normativo ou na dedução).

A partir dessa visão, uma proposta seria a possibilidade de aplicação da Inteligência Artificial nos casos tidos como “fáceis”, haja vista bastar a subsunção da norma aplicável ao caso concreto. Tal tarefa facilmente pode ser incorporada por uma máquina, uma vez que a tecnologia atual permite automatizar procedimentos simples em que a aplicação do direito é sempre a mesma¹¹. Ou seja, a ferramenta poderia ser utilizada para os casos que não demandem qualquer atividade interpretativa ou criativa do julgador, que ultrapassem a atividade dedutiva de subsunção da norma ao caso em análise.

Mas, não há apenas essa visão e também não se limita nessa simplicidade, diante disso, em contraponto, Leonard Ziesemer Schmitz, argumenta pela inadequação da separação entre “casos fáceis” e “casos difíceis”. Segundo esse autor, a teoria é inadequada porque, em primeiro lugar, a subsunção não corresponde a um método de decisão e, em segundo, porque “isso pode gerar confusões na relação entre ‘casos fáceis’ e regras, e ‘casos difíceis’ e princípios, especialmente se se imaginar que apenas

9 TRINDADE, André Karam. O Controle das Decisões Judiciais e a Revolução Hermenêutica no Direito Processual Civil Brasileiro. In: STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 17-41.

10 LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

11 FENOLL, Jordi Nieva. Inteligencia artificial y proceso judicial. Marcial ns: Madrid, 2018. p. 115.

nos hard cases haveria necessidade de argumentação para fundamentar a decisão”¹². Haveria, aí, um “risco iminente de recairmos no positivismo puro para a resolução de ‘casos fáceis’”¹³.

Como visto, é um dilema que circunda no processo da decisão judicial e para chegar a um devido fim deverá ser tomada em atenção à principiologia constitucional atinente ao processo e, em especial, à tomada de decisão. Nessa perspectiva, dentre grande gama de princípios aplicáveis ao processo, os garantidores de uma decisão judicial democrática serão o devido processo legal, a fundamentação das decisões judiciais, a isonomia entre os litigantes e a transparência, os quais serão expostos nos tópicos a seguir.

4 A CONTRIBUIÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Conforme apresentado sucintamente, sobre a utilização da Inteligência Artificial é válido perceber que em cenário nenhum poderá se dar em descompasso com a garantia do devido processo legal. Pois, por um lado, garante-se que a decisão instrumentalizada por algoritmos se dê a partir do encadeamento de passos lógicos direcionados à efetivação da própria ordem constitucional¹⁴. Por outro, será desse “superprincípio” que decorrerão “todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa”¹⁵, em especial a observância dos princípios que seguem.

Sendo assim, qualquer estudo que se atenha aos princípios processuais fundamentais deve, necessariamente, partir da análise do Devido Processo Legal (due process of law), princípio constitucional fundamental do processo civil¹⁶. O artigo 5º, inciso LIX, da Constituição do Brasil, estabelece:

12 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 150

13 Ibidem. p. 150

14 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 48

15 NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 12. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 106.

16 NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 12. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 106-107.

“LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹⁷. Conforme Humberto Theodoro Júnior, “o due process of law realiza, entre outras, a função de um superprincípio, coordenando e delimitando todos os demais princípios que informam tanto o processo como o procedimento”¹⁸

Outro princípio a ser observado é o da fundamentação ou, para alguns autores, da motivação das decisões judiciais¹⁹. Cuida-se de uma função política da decisão²⁰, uma vez que, para além dos interesses das partes litigantes, o princípio da fundamentação (ou motivação) garante que se possa assegurar a “participação da sociedade no controle da atividade jurisdicional, o que lhe confere legitimidade”²¹. Para Cintra, Grinover e Dinamarco ²², trata-se de “importante princípio, voltado como o da publicidade ao controle popular sobre o exercício da função jurisdicional, [...] com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”.

A fundamentação da decisão judicial é exigida como expressão prática do Estado Constitucional, servindo à prestação de contas do julgador à comunidade política²³. Portanto, a obrigação de fundamentar é dirigida ao julgador, não sendo dela afastado pela utilização instrumental de algoritmos. Ou seja, mesmo no caso extremo de formulação de um modelo decisório pela máquina (nos ditos “easy cases”, por exemplo), a elaboração da fundamentação deve refletir os motivos da compreensão do julgador, a quem cabe justificar a sua interpretação. A responsabilidade de fundamentar é, portanto, eminentemente humana. Dito de outro modo: mesmo utilizando-se de Inteligência Artificial na decisão, é indispensável desenvolver fundamentações jurídica e socialmente adequadas partindo da ponderação das circunstâncias do caso concreto.

17 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

18 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. Vol. I. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 49.

19 . Por todos: CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil: volume 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 64-65.

20 . CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 92-93

21 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil: volume 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 64- 65.

22 Ibidem. p. 92-93.

23 SCHMITZ, Leonard Ziesemer. Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 212

Especificamente no tocante à utilização da IA na decisão judicial, Jordi Nieva Fenoll reconhece ²⁴: Assim, embora tenham sido feitas tentativas para avançar neste terreno, as ferramentas de inteligência artificial de debate jurídico, ou não, não vão além da sugestão, porque são incapazes de proceder a essa ponderação, tão difícil também para o ser humano. Porém o juiz possui ao menos a defesa da motivação, que leva em conta armas da retórica que dificilmente pode utilizar de maneira completamente oportuna uma máquina [...]. Um terceiro princípio processual, com amparo constitucional, que deverá ser levado em conta no trato com a Inteligência Artificial aplicada à decisão judicial é o princípio da igualdade/isonomia. A garantia é conferida pelo caput do artigo 5º da Constituição Federal, pelo qual “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”²⁵, bem como a sua inviolabilidade ressaltada pelo inciso I do mesmo artigo constitucional: “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”²⁶. Já com relação específica ao Processo Civil, assevera Nelson Nery Júnior⁹⁵: “Verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico”

4.1 o princípio da transparência consubstanciado com a lei geral de proteção de dados da união europeia

Em atenção ao princípio da transparência, pode-se trazer ao debate limite edificado pela Lei Geral de Proteção de Dados da União Europeia, que inspirou a Lei brasileira nº 13.709 de 14 de agosto de 2018, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

Trata-se do “direito à explicação”, atrelado a um direito de “saber e ser informado” do início ao fim do procedimento e, em especial, no tocante à resposta produzida por sistemas de dados. Nesse sentido, o artigo 22 da lei europeia representa uma possibilidade de auditar o caminho percorrido pela máquina na formulação de uma decisão judicial.²⁷ Esse direito à explicação é visto como um mecanismo ideal para

24 No original: “De ahí que, pese a que se ha intentado avanzar en este terreno, las heramientas de inteligencia artificial de debate jurídico, o no, no van más allá de la sugerencia, porque son incapaces de proceder a esa ponderación, tan difícil también para el ser humano. Pero el juez posee al menos la defensa de la motivación, que tiene en cuenta armas de la retórica que dificilmente puede utilizar de manera completamente oportuna una máquina [...]”. FENOLL, Jordi Nieva. *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons: Madrid, 2018. p. 116-117.

25 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

26 Ibidem

27 Cabe destacar que no dia 22 de maio de 2022, o Brasil aderiu a um documento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que estabelece princípios para o uso

aumentar a responsabilidade e a transparência da tomada de decisões automatizadas.

No entanto, existem várias razões para duvidar tanto da existência legal quanto da viabilidade de tal direito. Em contraste com o direito à explicação de decisões automáticas específicas reivindicadas noutros locais, o GDPR apenas obriga os titulares de dados a receberem informações significativas, mas adequadamente limitadas (artigos 13.º a 15.º) sobre a lógica envolvida, bem como o significado e as consequências previstas sistemas automatizados de tomada de decisão, o que chamamos de ‘direito a ser informado’.

Além disso, a ambiguidade e o alcance limitado do ‘direito de não estar sujeito ao automatizado processo de decisão’, contido no artigo 22.º (do qual decorre o alegado ‘direito de explicação’) levanta questões sobre a proteção efetivamente concedida aos titulares dos dados²⁸. Para além da divergência acerca da incorporação de um efetivo “direito à explicação” na Lei Geral de Proteção de Dados da União Europeia, o fato é que a leitura dessa legislação internacional permite a visualização de importantes conceitos aplicáveis às decisões judiciais tomadas a partir da Inteligência Artificial.

É o caso do mencionado artigo 22, que refere a um direito de não ser submetido a decisões baseadas somente em processos automatizados, incluindo formulação de perfil, os quais produzam efeitos legais ao titular dos dados. Já nos artigos 13 e 15 da GDPR há referência, respectivamente, ao direito de informação e de acesso à pessoa cujos dados pessoais são recolhidos²⁹.

.....
responsável de inteligência artificial e também dá recomendações sobre o assunto a governos. se destacam os seguintes princípios: a inteligência artificial deve beneficiar as pessoas e o planeta, trazendo crescimento inclusivo e desenvolvimento sustentável; os sistemas devem respeitar regras de direitos humanos, de valores democráticos e diversidade, e devem permitir intervenção humana quando necessário; também precisa ser transparente, para que as pessoas entendam o seu funcionamento, e precisam ter avaliação contínua de risco; organizações e indivíduos que trabalham no desenvolvimento de tecnologias de inteligência artificial devem ser responsabilizados de acordo com esses princípios da OCDE. Brasil vai seguir os princípios de inteligência artificial da OCDE. Disponível em: Acesso em 03 junho 2022

28 No original: "Since approval of the EU General Data Protection Regulation (GDPR) in 2016, it has been widely and repeatedly claimed that the GDPR will legally mandate a ‘right to explanation’ of all decisions made by automated or artificially intelligent algorithmic systems. This right to explanation is viewed as an ideal mechanism to enhance the accountability and transparency of automated decision-making. However, there are several reasons to doubt both the legal existence and the feasibility of such a right. In contrast to the right to explanation of specific automated decisions claimed elsewhere, the GDPR only mandates that data subjects receive meaningful, but properly limited, information (Articles 13-15) about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of automated decision-making systems, what we term a ‘right to be informed’. Further, the ambiguity and limited scope of the ‘right not to be subject to automated decision-making’ contained in Article 22 (from which the alleged ‘right to explanation’ stems) raises questions over the protection actually afforded to data subjects”.

29 UNIÃO EUROPEIA. Regulation (EU) 2016/679, Of the European Parliament and of the Council. União Europeia, Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/>

Em nível nacional, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018), propõe direito similar, inspirado na Lei Geral de Proteção de Dados da União Europeia. Dispõe o artigo 20 e parágrafos da mencionada lei federal³⁰:

Art. 20. O titular dos dados tem direito a solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais que afetem seus interesses, incluídas as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade. § 1º O controlador deverá fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada, observados os segredos comercial e industrial. § 2º Em caso de não oferecimento de informações de que trata o § 1º deste artigo baseado na observância de segredo comercial e industrial, a autoridade nacional poderá realizar auditoria para verificação de aspectos discriminatórios em tratamento automatizado de dados pessoais.

Como já ressaltado, a ampla principiologia estabelecida na Constituição Federal para o âmbito do processo civil deverá servir como limitação para a tomada de decisão instrumentalizada pela Inteligência Artificial.

Somente assim, se poderá conciliar a busca por uma efetivação da duração razoável do processo com a atenção aos direitos fundamentais dos litigantes.

5 CONCLUSÃO

A utilização da Inteligência Artificial no Poder Judiciário, como visto, trata-se de realidade já vivenciada em vários tribunais dos países, inclusive no Brasil. A promessa que se tem feito é de efetividade na resolução de demandas, como forma de diminuição do alarmante número de 80,1 milhões de processos em tramitação (aguardando solução definitiva) no âmbito do Poder Judiciário do Brasil, de acordo com o panorama "Justiça em Números 2018 (ano-base 2017)" do Conselho Nacional de

.....
TXT/?qid=1528874672298&uri=CELEX%3A32016R0679> Acesso em: 15 maio 2022.

30 BRASIL. Lei n. 13.709. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, Disponível em: . <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm> Acesso em: 30 maio 2022.

Justiça. A expectativa de diminuição desses números tem colocado a IA em um pedestal, sendo tratada como possibilidade de revolucionar o sistema de justiça brasileiro. Quando se refere a questões meramente burocráticas, é mais aceitável a utilização de máquinas nas atividades do Poder Judiciário, funcionando como instrumentos de auxílio ao julgador. Contudo, o problema reside nas hipóteses em que IA passa ao campo dos processos e tomada de decisão, ingressando na tarefa pública de decidir. É justamente nesse cenário que há a necessidade de proposição de mediações que permitam que a decisão judicial se dê de forma democrática. Devido a isso, é que se buscou na principiologia estabelecida na Constituição Federal alguns princípios que norteassem o julgador para a análise do caso concreto, de modo a não transformar o Direito em “um conjunto de conceitos sem coisas”³¹. De fato, os princípios da duração razoável do processo, da isonomia entre os litigantes, da fundamentação das decisões judiciais e da transparência poderão garantir que a efetivação da duração razoável do processo possibilitada pela utilização dos algoritmos não descuide da preservação de direitos fundamentais dos litigantes. Com tal cuidado, a IA poderá “reduzir fortemente o cenário de tragédia da Justiça, seja evitando novos processos, seja conferindo celeridade e efetividade às demandas ajuizadas”³². Assim, será a Inteligência Artificial mais um instrumento capaz de auxiliar o julgador em sua tarefa pública de decidir, permitindo a obtenção, em tempo razoável, de uma decisão de mérito efetiva.

A esse conjunto de princípios que se encontram na Constituição do Brasil, se poderá adicionar a base principiológica que se encontra na legislação de proteção de dados – seja a europeia, seja a brasileira – a fim de se ter um panorama mínimo para conduzir a utilização da inteligência artificial nas atividades do Poder Judiciário, especialmente a partir do momento em que o sistema passará a tomar decisões.

6 REFÊRENCIAS

BORGE, Iván Mateo. La robótica y la inteligencia artificial en la prestación de servicios jurídicos. In: NAVARRO, susana Navas (Dir.). **Inteligencia artificial, Tecnología y Derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017. p. 132 –140

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

31 STRECK, Lenio Luiz. À Guisa de prefácio: O problema das efetividades quantitativas em terrae brasilis e sua ligação com a standardização. In: SAUSEN, Dalton. *Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos: crítica à standardização do Direito e resgate hermenêutico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

32 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 761.

Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.709.** Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm> Acesso em: 30 maio 2022

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil:** volume 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 64- 65.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 31. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 92-93

FENOLL, Jordi Nieva. **Inteligencia artificial y proceso judicial.** Marcial ns: Madrid, 2018. p. 115.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 90

KOZLOWSKI JUNIOR, Wilson Marcelo. **Direito como integridade e as decisões judiciais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2019. p. 17.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal.** 12. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Por todos: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil:** volume 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 64-65.

Ross Intelligence - **Intelligent Legal Research.** Disponível em: <<https://rossintelligence.com>>. Acesso em: 02 maio 2022. No original: "Using cutting edge Natural Language

Processing (NLP), our technology is able to accurately determine the answers to your legal research questions in seconds. Accurate results in less time deliver better research to you”

SAUSEN, Dalton. **Súmulas, repercussão geral e recursos repetitivos: crítica à** estandardização do Direito e resgate hermenêutico. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 31-32.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais: a crise na** construção de respostas no processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. À Guisa de prefácio: **O problema das efetividades quantitativas em terrae brasilis e sua ligação com a estandardização.**

THE GUARDIAN. **UK businesses using artificial intelligence to monitor staff activity: This article is more than 4 weeks old** Unions warn systems such as Isaak may increase pressure on workers and cause distrust. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2019/apr/07/uk-businesses-using-artificial-intelligence-to-monitor-staff-activity>>

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** Vol. I. 57. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TJ/RJ - Assessoria de imprensa. **TJRJ adota modelo inovador nas cobranças de tributos municipais.** 2018. Disponível em: <<http://www.tjrj.jus.br/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/5771753>>

TRANSFORMAÇÃO DIGITAL. JURÍDICO: ROSS, **o primeiro robô advogado do mundo.** Disponível em: <<https://transformacaodigital.com/ross-o-primeiro-robo-advogado-do-mundo/>>. Acesso em: 02 maio 2019

TRINDADE, André Karam. **O Controle das Decisões Judiciais e a Revolução Hermenêutica no Direito Processual Civil Brasileiro.** In: STRECK, Lenio Luiz;

ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão (Org.). **Hermenêutica e jurisprudência**

no Código de Processo Civil: coerência e integridade. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 17-41.

UNIÃO EUROPEIA. Regulation (EU) 2016/679, **Of the European Parliament and of the Council**. União Europeia, Disponível em:<<https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?qid=1528874672298&uri=CELEX%3A32016R0679>> . Acesso em: 15 maio 2022.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 761.

PROCESSO nº 0000634-27.2022.5.09.0041 (RORSum)

JUSTA CAUSA. ATO LESIVO DA HONRA E BOA FAMA DO EMPREGADOR. ARTIGO 484, "k", DA CLT. INSATISFAÇÃO COM A SUSPENSÃO SOFRIDA. POSTAGEM EM REDE SOCIAL. REPERCUSSÃO NEGATIVA E LESIVA À IMAGEM DA EMPRESA. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA ADEQUADA E PROPORCIONAL. Não há como negar que a conduta da empregada, desabonadora de seu empregador, publicando em rede social de ampla divulgação (*Facebook*) postagem contra sua empregadora é inaceitável. No caso de discordância com algum procedimento adotado pela empresa, incumbia à empregada questionar a situação no âmbito estritamente privado, não sendo razoável demonstrar seu descontentamento por meio de uma rede social, cujo alcance é imensurável. A conduta violou diretamente a boa-fé objetiva que deve imperar nas relações de trabalho, desobrigando o empregador de manter em seus quadros empregada que contribui para denegrir a imagem da empresa em rede social de ampla divulgação e disseminação, ao vinculá-la à prática desabonadora, causando grande repercussão negativa e lesiva à honra e boa fama de seu empregador na comunidade em que desenvolve sua atividade econômica. Caracterizada, pois, a falta grave tipificada pelo art. 482, "k", da CLT, plenamente proporcional a dispensa por justa causa do empregado. Sentença mantida.

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO - RITO SUMARÍSSIMO**, provenientes da **21ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA**, sendo recorrente **L. C. M.** e recorrido **F. D. H. C. D. C. E A. LTDA**

RELATÓRIO

Inicialmente fica sinalizado que haverá indicação, no acórdão, de páginas do processo por meio de números cardinais, conforme exportação dos autos em PDF em ordem crescente, sistema facilitador para a localização das peças processuais.

Trata-se de reclamatória trabalhista ajuizada no dia 04/07/2022 por L. C. M. em face de FF. D. H. C. D. C. E. A. LTDA. Foi atribuído à causa o valor de R\$ 5.712,33. Refere-se a contrato de trabalho que perdurou de 10/02/2021 a 20/08/2021 (fl. 136).

Dispensado o relatório, conforme artigo 852-I da CLT.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Presentes os pressupostos legais, **ADMITEM-SE** o recurso ordinário interposto pela autora e as contrarrazões apresentadas pela ré.

MÉRITO

Reversão da justa causa

Mantida a justa causa aplicada à reclamante pelos seguintes motivos:

Analisando o conjunto de provas produzidas, entendo que a tese da defesa deve prosperar.

Inicialmente quanto ao tema, observo que a postagem realizada pela autora em uma de suas redes sociais é a que consta à fl. 60, na qual ela transcreveu os seguintes dizeres: “Patrões estúpidos, mereciam falência PQP”. Nesse sentido, cumpre salientar também que inexistente controvérsia quanto ao fato de que foi a obreira quem realizou a citada postagem, uma vez que isso é mencionado na peça preambular e, ainda, ela atestou essa ocorrência em seu depoimento pessoal.

Ainda quanto ao assunto, a obreira declarou em Juízo que possui mais de cinco mil seguidores na rede social na qual realizou a postagem em comento.

Relativamente ao tema, entendo que a publicação realizada pela reclamante, em uma rede social na qual ela mesma atestou que tinha mais de cinco mil seguidores, tem potencial de gerar grandes repercussões.

Nesse sentido, no entender do Juízo, uma publicação em rede social na qual um empregado ofende patrões, ainda que genericamente, gera danos à imagem de seu empregador. Outrossim, cumpre repisar, que a conta da autora na rede social possuía/possui grande alcance, tendo em vista a quantidade de seguidores que ela mantinha/mantém.

Dessa forma, outra solução descabe senão rejeitar o pedido constante na exordial de reversão da demissão por justa causa.

Insurge-se, a autora, no intento de ver afastada a justa causa. Admite ter feito referenciada postagem em rede social, porém nega que tenha sido direcionada aos proprietários da ré, senão aos “patrões em geral”. Sustenta que apenas estava exercendo seu direito fundamental de liberdade de expressão.

Reitera que a postagem não configura ato lesivo à honra e à boa fama da empregadora, conforme art. 482, *k*, da CLT, pois foi apenas um comentário genérico feito pela empregada em sua página pessoal no *Facebook*, sem qualquer referência à empresa. Entende ter sido arbitrariamente demitida por justa causa, uma vez que a empresa poderia facilmente ter lhe aplicado uma advertência.

Por fim, ressalta que o comentário foi extremamente genérico, sem vincular a empresa ré: *“Estamos na era digital, e que caso seja mantida a decisão, refletirá no comportamento das empresas, que se virão na possibilidade de aplicação da pena mais grave ao trabalhador, por qualquer comentário GENÉRICO feito em sua rede social, ou seja, abrirá margem as empresas para o cerceamento da liberdade de expressão do seu funcionário”*.

Analisa-se.

A justa causa é o motivo relevante, tipificado em lei (em regra, art. 482 da CLT), que autoriza a resolução do contrato de trabalho por culpa do empregado, desonerando o empregador do pagamento das verbas típicas da dispensa imotivada.

A aplicação da penalidade de justa causa, por se tratar da sanção mais grave aplicada ao trabalhador no contexto da relação empregatícia, constitui medida excepcional e, a fim de configurar sua validade, pressupõe prova de requisitos objetos (falta grave prevista em lei), subjetivo (ação dolosa ou culposa do trabalhador) e circunstanciais (causalidade, não discriminação, ausência de perdão tácito, proporcionalidade, caráter pedagógico e *non bis in idem*).

A rescisão contratual por justa causa teve por fundamento a alínea “k” do art. 482 da CLT (ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos), conforme comunicado de fl. 133, com a seguinte descrição: *“a funcionária em 20/08/2021, após finalizar o seu expediente, publicou nas redes sociais, mais precisamente no site do Facebook, a seguinte mensagem - ‘Patrões estúpidos, mereciam falência PQP’ -, a qual inclusive foi observada por outros funcionários”*.

Tal fato é incontroverso (postagem - fl. 134). Porém, a tese inicial é de que a referida postagem não era direcionada aos proprietários da reclamada, mas aos patrões em geral.

No entanto, ao ser questionada em audiência se trabalhava em outro local à época, além da ré, a autora respondeu negativamente. Ainda quanto ao assunto, a obreira declarou que possui mais de cinco mil seguidores na rede social na qual realizou a postagem em comentário.

Respeitados os argumentos recursais, é nítido que a postagem foi direcionada à ré. Por certo que os amigos, colegas e conhecidos da rede social sabiam seu local de trabalho e quais eram as suas opiniões sobre a empresa, evidenciado neste comentário.

Com efeito, a falta cometida pela empregada é grave o suficiente para ensejar a dispensa por justa causa, porquanto não há como negar que a conduta de desabonar o seu empregador em uma rede social é absolutamente inaceitável e demonstra a total ausência de zelo com a imagem do seu empregador.

Isso porque, o comentário propalado por meio da rede social, indubitavelmente, macula a imagem da empresa e a prejudica perante seus clientes. De tal modo, impossível acolher suas alegações em nome da liberdade de expressão, eis que esta não é absoluta, pois tem limites na ofensa ao próximo, mormente quando uma publicação ofensiva em rede social possui ampla circulação e, assim, pode gerar graves prejuízos à empresa, expondo-a até mesmo à concorrência.

Sobre esse tema, a doutrina é pacífica como aponta Cynthia Campello, Dennis Verbicaro e Ney Maranhão:

“Decerto que as liberdades individuais do empregado não são absolutas. Ela possui, à luz da legislação trabalhista, o dever de observar limites na sua conduta, inclusive nas redes sociais, no qual afete de forma a imagem empresarial. Não se olvida que, em muitos momentos, o obreiro também transpõe limites que podem ser caracterizados como faltas passíveis de sanções e até de aplicação de justa causa, quando enquadradas no rol taxativo do disposto no art. 482 da CLT”. Direitos Humanos e relações trabalhistas: estudo em homenagem à professora Rosita de Nazaré Sidrim Nassar / Gisele Santos Fernandes Goes, Ney Maranhão, Pastora

do Socorro Teixeira Leal, coordenadores - São Paulo: LTr, 2021. Página 30.

A atitude da empregada repercutiu de forma danosa na vida da empresa, sendo evidente que a ré não está obrigada a consentir com tal situação, notadamente porque sua própria empregada fez postagens difamatórias a respeito daquela, sem se preocupar com as repercussões negativas geradas por tal fato.

Da mesma forma que o empregador não pode vir a público, em redes sociais, questionar ou expor condutas do empregado, a este também não é lícito fazê-lo.

Consoante fundamentos exarados no voto proferido nos autos 0000772-79.2020.5.09.0003, em caso análogo, pela Exma. Desa. Sueli Gil El Rafihi, 29/07/2022, *“no caso de discordância com algum procedimento adotado pela empresa, incumbia à empregada questionar a situação no âmbito privado, não sendo razoável demonstrar seu descontentamento por meio de uma rede social, cujo alcance é imensurável. A conduta violou diretamente a boa-fé objetiva que deve imperar nas relações de trabalho, desobrigando o empregador de manter em seus quadros empregada que contribui para denegrir a imagem da empresa em rede social de ampla divulgação e disseminação, causando grande repercussão negativa e lesiva à honra e boa fama de seu empregador na comunidade em que desenvolve sua atividade econômica”*.

Em arremate, as palavras do Exmo. Des. Arnor Lima Neto nos autos 0000754-31.2020.5.09.0012, acórdão publicado em 17/06/2021, cujo relator foi o Exmo. Des. Paulo Ricardo Pozzolo, que ficou vencido diante da prevalência da fundamentação do voto do Revisor:

Em verdade, ao contrário do que apontou o juízo de origem, o tom genérico e infundado usado pela reclamante na rede social é altamente prejudicial à reputação e credibilidade do empreendimento e, por isso, grave o suficiente para desestabilizar a confiança recíproca necessária para a preservação da relação de emprego, não cabendo ao empregado, sem provas efetivas do conteúdo daquilo que comenta na rede, aventar caracterizações prejudiciais à pessoa jurídica que, como é

cedição pela jurisprudência pacificada pela Súmula 277, do c. STJ, também sofre danos à imagem e ao seu nome.

Cabe ao empregado delimitar as ilicitudes trabalhistas que verifica, detalhando o tempo, espaço, circunstâncias e os agentes que praticam as supostas irregularidades, de modo a poder acionar os canais legítimos ao alcance do trabalhador, especialmente considerada a possibilidade de apoio sindical e do Ministério Público do Trabalho nestes casos. Caso contrário, estar-se-ia legitimando o uso indiscriminado da palavra em ofensa à imagem das pessoas jurídicas em geral.

Presente, a meu ver, no caso concreto, além da gravidade de conduta, a tipicidade legal do art. 482, “k”, da CLT, no sentido de que cabe a justa causa quando o empregado praticar “ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem”.

Diante do exposto, voto por dar provimento ao recurso ordinário da reclamada para declarar a validade da justa causa aplicada e para afastar da condenação o pagamento das verbas rescisórias deferidas na origem e para isentar a reclamada das obrigações de fazer fixadas em primeira instância.

Com isso, correta a decisão que rejeitou o pedido de reversão da justa causa e verbas decorrentes.

Pelo exposto, **NEGA-SE PROVIMENTO.**

ACÓRDÃO

Em Sessão Presencial realizada nesta data, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Arnor Lima Neto; presente a Excelentíssima Procuradora Viviane Dockhorn Weffort, representante do Ministério Público do Trabalho; compareceram presencialmente os Excelentíssimos Desembargadores Arnor Lima Neto, Paulo Ricardo Pozzolo e Odete Grasselli; computados os votos

dos Excelentíssimos Desembargadores Odete Grasselli, Arnor Lima Neto e Paulo Ricardo Pozzolo, acompanhou o julgamento a advogada Miriam Olivia Knopik Ferraz inscrita pela parte recorrida; **ACORDAM** os Desembargadores da 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO OPOSTO PELA AUTORA** e das contrarrazões. No mérito, por igual votação, **NEGAR-LHE PROVIMENTO** nos termos da fundamentação.

Custas dispensadas.

Intimem-se.

Curitiba, 29 de março de 2023.

ODETE GRASSELLI
Desembargadora Relatora

PROCESSO nº 0001332-26.2017.5.09.0003 (ROT)

RELATÓRIO

V I S T O S, relatados e discutidos estes autos de **RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA (1009)**, provenientes da **MM. 3ª VARA DO TRABALHO DE CURITIBA**.

A autora alega que foi admitida em 05/07/2014, na função de repórter, sendo dispensada sem justa causa em 09/07/2015 quando a remuneração era de R\$ 4.427,75.

A ação foi ajuizada em 08/08/2017.

A sentença ID. d86f154, complementada pela decisão de embargos de declaração ID. b079c5e, ambas proferidas pela Exma. Juíza do Trabalho Edineia Carla Poganski Broch, julgou parcialmente procedente os pedidos para deferir diferenças salariais por equiparação e justiça gratuita.

A ré e a autora recorrem ID. 4423a62 e ID. 1ff8358.

Depósito recursal e custas processuais comprovados ID. 151c2cc - Pág. 2 e ID. 151c2cc - Pág. 4.

Contrarrazões ID. 8ce3ca8 e ID. bd08ff2.

É o relatório.

**FUNDAMENTAÇÃO
ADMISSIBILIDADE**

presentes os pressupostos de admissibilidade, **CONHEÇO DOS RECURSOS ORDINÁR.** da autora e da ré, assim como das contrarrazões.

MÉRITO

Recurso de J. A. K.

Análise preferencial em razão da prejudicialidade de matérias

PRELIMINAR

A autora requer a nulidade da decisão sob o fundamento de que face o encerramento precoce da audiência de instrução foi prejudicada quanto à alegação da contradita (ID. 1ff8358 - pág. 5).

Sem razão.

Da ata de audiência constata-se a testemunha M. D. N. K. foi qualificada, advertida e logo após foi tomado o seu compromisso, sem qualquer insurgência do advogado da autora (ID. b881b10 - pág. 2).

Portanto, tem-se que a recorrente deixou passar o momento oportuno para a apresentação de contradita, qual seja: logo após a qualificação da testemunha e antes do seu compromisso. Não apresentando a autora qualquer resistência ao depoimento da testemunha antes desta depor, tem-se que a questão está preclusa, a teor do art. 457, § 1º da CP:

“Art. 457. **Antes de depor, a testemunha será qualificada**, declarará ou confirmará seus dados e informará se tem relações de parentesco com a parte ou interesse no objeto do processo.

§ 1º **É lícito à parte contraditar a testemunha**, arguindo-lhe a incapacidade, o impedimento ou a suspeição, bem como, caso a testemunha negue os fatos que lhe são imputados, provar a contradita com documentos ou com testemunhas, até 3 (três), apresentadas no ato e inquiridas em separado.” (sem grifo no original).

Por conseguinte, não se sustenta a nulidade com base na alegação de que a audiência foi encerrada de forma precoce quando a *“magistrada consultava as partes sobre os requerimentos finais.”*

Ademais, em momento algum da audiência houve qualquer registro de protesto da recorrente.

Por fim, eventual orientação do magistrado para que a parte apresentasse petição não tem o condão de alterar a conclusão acima exposta.

Rejeita-se.

Direito à equiparação salarial

Análise conjunta com o recurso ordinário da ré, tópico “DIFERENÇAS SALARIAIS POR EQUIPARAÇÃO”

A autora requer diferenças por equiparação salarial com os paradigmas L. e C. (ID. 1ff8358 - pág. 6).

A ré requer seja afastada a condenação por equiparação com a paradigma L., tendo em vista que a autora não exercia a mesma função (ID. 4423a62 - pág. 2).

Teor do julgado - ID. d86f154 - pág. 2:

“2. DA EQUIPARAÇÃO SALARIAL

Requer a autora o reconhecimento da equiparação salarial com os colegas L. H., L. G. P. (L.), e C. R.. Conforme relata, a partir de 2006 ela teria acumulado as funções de repórter e subeditora (assistente de edição), assim como os paradigmas, na mesma localidade e em idênticas condições técnicas, embora eles recebessem salário superior. Em virtude disto, postula a equiparação salarial e, caso constatada a substituição a outro jornalista, requer também o salário substituição. Tanto as diferenças de equiparação, quanto as diferenças de substituição, requer a aplicação da multa convencional por atraso no pagamento de salário.

A prova oral confirmou que as atividades da autora, L. e L. eram iguais.

Quanto a C. R., as atividades não eram idênticas, pois referido paradigma era repórter, e não Editor ou Subeditor, como as testemunhas declararam que a autora era.

As testemunhas divergem quanto à nomenclatura da função exercida pela autora, no entanto, sendo a prova dividida, entendo que a autora não se desincumbiu a contento de ônus de descaracterizar os registros funcionais. **E como consta em sua ficha funcional (fl. 353) que ela passou a atuar como Editor I, em 01/06/2010, estes dados é que serão levados em conta.**

Tendo sido provada a identidade de função, resta saber se há algum fato obstativo ao direito da autora.

Observando a ficha funcional de L., **é possível constatar que ela passou a Editor I em 01/10/2011, ou seja, em data posterior à da autora (fl. 372). À época, o salário era de R\$ 2.559,31, enquanto o da autora era de R\$ 2.487,55.**

Já em relação a L. G. (fl. 374), ele iniciou como Editor I em 01/03/2007, ou seja, mais de 2 anos antes da autora, razão pela qual rejeito o pedido em relação a este paradigma.

Concluindo, rejeito o pedido de equiparação salarial com os colegas L. G. e C..

No entanto, defiro diferenças salariais entre o que foi pago à autora e o salário de L. , durante todo o período imprescrito, a ser apurado em regular liquidação de sentença. Defiro reflexos em eventuais horas extras, férias, 13º salário, FGTS e verbas rescisórias."

Analisa-se.

Em atenção aos argumentos da ré ressalta-se que o exercício de funções em cadernos ou editoriais diferentes (G., G. e G. G.d. P., V. B. e H.) não é circunstância que, por si só, impede a caracterização do exercício de mesma função, qualidade ou perfeição técnica.

Em atenção aos argumentos da autora registre-se que o direito à equiparação salarial não se restringe ao curso de formação da autora e dos paradigmas, mas sim à real função exercida na empresa ante o princípio da primazia da realidade sobre a forma que rege os contratos de trabalho.

Pois bem.

No caso a decisão considerou que **a autora atuou na função de Editor I** a partir de 01/06/2010.

A testemunha ouvida a convite da autora, L. , confirma a tese de que a recorrente exerceu as mesmas funções que L. e L. : L. foi subeditora de Turismo e de cultura e L. era Subeditor no caderno G, fechava coluna à noite; C. era repórter de economia e pelo que a depoente recorda ela era só repórter, não era subeditora. Na opinião da depoente a autora exercia o mesmo cargo que L. e L. - L. - PJe 04:00 e 8:38).

A autora não se insurgiu especificamente quanto ao fato de que L. G. exerceu a função de Editor I desde 01/03/2007, o que também foi confirmada pela testemunha L. (PJE mídias 13:55). Tendo em consideração que a autora somente passou a exercer a mesma função de L. G. no ano de 2010, tal fato afasta o o direito à equiparação salarial, a teor do art. 461, § 1º da CLT com redação anterior a Lei 13.467/2017 ("trabalho de igual valor, para os fins deste capítulo, será o que for feito com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, **entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a dois anos.**").

Quanto à C. R., as atividades não eram idênticas, pois referido paradigma

era repórter e a testemunha da autora disse que a autora era repórter de modo eventual e C. R. apenas repórter (PJe 00:31). Com efeito, não existe a alegada identidade de função com esta paradigma para fins de atração do art. 461 da CLT.

Mantém-se.

1) Direito às horas extras de jornalista e o não exercício de cargo de confiança - 2) Da aplicação do princípio de quem pede o mais pode o menos para a condenação ao pagamento de horas extras da jornada extraordinária superior à 8.^a hora diária e à 40.^a semanal (análise conjunta)

A autora alega que não exerceu cargo de de confiança, fazendo jus às horas extras excedentes da 5^a diária e 30^a semanal (arts. 303 a 305 da CLT). Acrescenta que o art. 306 da CLT e o art. 6, parágrafo único, do Decreto-Lei 972/69 não incluem no rol dos cargos de confiança a função de subeditor, não se podendo fazer interpretação “ampliativa” (ID. 1ff8358 - pág. 8).

Sucessivamente, a autora sustenta que quem “pede o mais, pode o menos”. É dizer, se pediu horas extras excedentes da 5^a diária e da 30^a semanal, também encontra-se subentendido o pedido de “pagamento das horas extras superiores da 8.^a h diária e 40.^a semanal” - ID. 1ff8358 - pág. 23.

Sobre o tema, consta da sentença - ID. d86f154 - pág. 3

“3. DA DURAÇÃO DO TRABALHO

A autora apontou a seguinte jornada, referente ao período imprescrito:

a) até 31/08/2012, das 07h às 16h, com intervalo de 15 minutos, e um plantão ao mês, aos sábados, das 09h às 22h, e aos domingos, das 09h às 24h, com 30 minutos para alimentação;

b) a partir de 01/09/2012, de segunda a sexta-feira, das 09h às 18h, com intervalo de 1 hora, além de 1 plantão por mês, em média, aos sábados e aos domingos, das 09h às 17h, ou das 16h às 24h, em eventos como Casa Cor, Mostra Thá, Paraná Business Collection e outros;

c) a partir de 01/02/2015, de segunda a sexta-feira, das 09h às 17h, com intervalo de 1 hora, e um plantão mensal, em média aos sábados e aos domingos, das 09h às 18h, ou das 16h às 24h, e em eventos noturnos, em uma semana a cada três meses, das 18h às 24h.

Em virtude da jornada aponta, requer o pagamento das horas excedentes à 5^a diária e 30^a semanal, e o tempo relativo ao intervalo intrajornada e intervalo entrejornadas e adicional noturno.

A ré sustenta que, a partir de 01/06/2010 a autora passou a Editora,

sendo responsável pelo material a ser editado e pautado, **razão pela qual não lhe foi mais exigido o registro de jornada.**

Não se justifica a dispensa do registro de jornada, pois é incontroverso que a autora não era editora-chefe, detentora de fidúcia especial, com posição de destaque na hierarquia da empregadora, portanto, **entendo que ela não estava dispensada do controle de jornada.**

Posto isto, resta saber se a autora fazia jus à jornada reduzida, e qual a jornada efetivamente trabalhada.

O declarado pelas testemunhas neste ponto é o seguinte:

A testemunha L. declarou que “nos últimos anos, depoente e a autora eram Subeditoras, sendo a autora Subeditora de internet; eventualmente, a autora fazia reportagem; a autora era subeditora, pois não tinha autonomia para definir matérias; a palavra final era do Editor, caso tirasse alguma matéria do ar; além de editar textos, acompanhavam eventos, editorias de fotos, na parte de produção do editorial, a autora acompanhava fazendo vídeo, bastidores; tinham funções outras, mas sempre demandadas por alguém; a autora exercia as mesmas funções que L. e C., mas L. era repórter; L. trabalhou junto com a autora e depoente, no caderno Vida e Cidadania; o subeditor auxilia o editor; Vida e Cidadania foi anterior ao último período no Viver Bem; não sabe se ela foi subeditora na Vida e Cidadania; na Internet ela passou a edição; Subeditor é auxiliar do Editor; o Subeditor edita matéria por delegação do Editor; a autora não podia, sem anuência do editor, pautar ou editar matérias; Subeditora sugeria matérias, e fazia edição, desde que fosse delegado; na ausência do Editor, não tinham autonomia de mudar as características do caderno, somente a Editora Executiva; Luciana era Subeditora de turismo, quando R. C. era Editor de turismo; C. R. era repórter de economia; a autora trabalhava das 09h às 18h, com 1 hora de almoço; havia trabalho externo, em algumas reportagens e em eventos à noite; eventos aconteciam a cada dois meses, sendo que os repórteres eram orientados a entrar mais tarde e cobrissem o evento; a autora não batia ponto por ser subeditora; os subeditores trabalhavam em média de 01h a 24h; o evento era das 17h a 24h; plantões trabalhavam um e folgavam dois, e mais para o final trabalhavam um e folgavam três; plantões era de manhã a até o meio da tarde, das 08h às 14h, ou de tarde até de noite; participou em 2012 em plantões de 12h, das 08h às 18h, de 2010 a 2012; havia possibilidade de trabalhar das 12h às 24h; a autora fazia plantões e eventos; a compensação era por Banco de Horas, que eram carregados, mas eram compensados; aconteciam eventos em horário comercial, mas normalmente era de noite”.

A testemunha M. explicou que “a autora era Editora; a autora era par do R. C., como Editora, pois tinha o mesmo cargo que ele; não

existe o cargo de Editora; eram dois editores por caderno, dividindo as funções; quem definia as pautas do Viver Bem eram os editores; a autora como Editora, era responsável pelo material que era pautado; **a autora em conjunto com o outro editor, definia a pauta**; a autora editava e pautava jornalistas e repórteres; depoente trabalhava a partir das 09h/09h30min, e a autora chegava mais ou menos neste horário, sendo uns 2/3 dias na semana depoente chegava mais cedo; acontecia de saírem juntas, no mesmo horário, às 18h; a autora tinha a responsabilidade de fechar publicações; há eventos que ocorrem em horário comercial; ocorriam eventos no período da noite, quando podiam compensar este trabalho; não é obrigatória a presença dos editores nos eventos, eles vão para coordenar o trabalho dos repórteres; o plantão é uma vez por mês, durante 5 horas no sábado, e 5 horas do domingo, com folga compensatória durante a semana; não existia o cargo de subeditor; trabalhava no mesmo ambiente que a autora; o plantão era por escala, ou de manhã, ou de tarde, sem horário fixo do plantão; quanto era à noite, o horário era variável”.

Como já foi definido em tópico anterior, considerando que na ficha funcional consta eu a autora era Editora, incumbia a ela a prova em sentido contrário, no entanto, referida prova não foi hábil a desconstituir tal registro, pois mostrou-se dividida. Como visto acima, as duas testemunhas apresentaram declarações diversas quanto à autonomia da autora.

O artigo 306 da CLT exclui a jornada reduzida àqueles que trabalham com o redator-chefe, secretário, **subsecretário**, chefe e subchefe de revisão, dentre outros. Depreende-se da leitura deste artigo, que a **jornada de 5 horas é devida àqueles que exercem a função de jornalista**, assim entendida como a pessoa que busca informações, até a redação de notícias e artigos, orientação, e direção desse trabalho.

A testemunha L. disse que a autora, eventualmente, fazia reportagem. Face o exposto, **declaro que a jornada exigível da autora é de 8 horas diárias e 40 horas semanais.**

Como não há pedido sucessivo de pagamento das horas excedentes à 8ª, é improcedente o pedido de horas extras.

No mais, quanto ao trabalho em eventos, também rejeito o pedido, pois além de não serem devidas as horas excedentes à 5ª diária, e sim à 8ª diária, **ambas as testemunhas declararam que as horas trabalhadas em eventos eram compensadas.**

Em relação ao tempo de intervalo, a primeira testemunha confirmou que era de 1 hora, portanto, também é improcedente o pedido. Rejeito, portanto, o pedido de horas extras em todas as modalidades, inclusive as intervalares.”

A decisão foi complementada - ID. e90b904 - pág. 2:

“2.2. DA OMISSÃO - PLANTÕES

Conforme constou na sentença, **houve rejeição do pedido de horas extras, por não ter a autora formulado pedido sucessivo, de pagamento das horas excedentes à 8ª diária e 40ª semanal.** Como ditas horas representariam as excedentes a estes limites, os quais não fazem parte do pedido, é improcedente o pleito de pagamento do trabalho em plantões.”

Analisa-se.

a) aplicação do art. 303 da CLT - jornada reduzida de jornalista

A própria recorrente afirma nas razões de recurso que “laborava como **sub**editora ou editora **assistente**” (ID. 1ff8358 - pág. 11).

Registre-se que o cargo de **editor** apesar de não estar expresso no art. 306 da CLT, é mencionado no art. 6, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 972/69:

“também serão privativas de jornalista profissional as **funções de confiança** pertinentes às atividades descritas no artigo 2º **como editor, secretário, subsecretário**, chefe de reportagem e chefe de revisão.”

Dito isto, o editor, o seu secretário ou subsecretário (no caso **sub**editor) enquadram-se como exercentes de função de confiança.

Veja-se que não é a ausência de subordinação que afasta o enquadramento da função de confiança, tanto que, os secretáR. e subsecretáR. embora subordinados ao editor, ainda assim são enquadrados como exercentes de cargo de confiança, fato este que atrai a aplicação do art. 306 da CLT.

Portanto, à par da discussão se a autora era de fato editora ou subeditora, fato é que exercia função de confiança e diante disso não se aplica a jornada reduzida de 5 horas prevista no art. 303 da CLT.

No mesmo sentido é o precedente n. 0010057-02-2016-5-09-0015, proferido pela Exma. Desa. Rosemarie Diedrichs Pimpão, 4ª. TURMA, 08/03/2018:

“Os depoimentos colhidos não deixam dúvida quanto à **fidúcia especial**

atribuída aos cargos de editor e subeditor - exercido, segundo o próprio reclamante, a partir de 2009 -, os quais possuíam a incumbência de editar textos destinados à publicação, planejar páginas e coordenar, de forma geral, o trabalho dos repórteres, sobre os quais detinham ascendência hierárquica.

Registre-se que o próprio art. 6º, parágrafo único, do Decreto-Lei 972/69, confere à atividade de editor a qualidade de função de confiança, privativa de jornalista profissional, circunstância que, como visto, afasta o controle de jornada.

(...)

A jurisprudência do C. TST reforça tal convicção, conforme se verifica nas ementas a seguir transcritas:

RECURSO DE REVISTA. JORNADA DE TRABALHO. HORAS EXTRAS. **JORNALISTA. EDITOR. CARGO DE CONFIANÇA.** A jornada prevista no art. 303 da CLT não é aplicável ao jornalista que exerce função de editor, nos moldes do art. 6º, parágrafo único, do Decreto-Lei n.º 972/69. Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido. (TST-RR- 1362-18.2012.5.05.0013 , Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 06/03/2015)

RECURSO DE REVISTA - HORAS EXTRAS - CARGO DE CONFIANÇA - **JORNALISTA - EDITOR - ARTIGOS 306 DA CLT E 6º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO DECRETO-LEI Nº 972/69** Esta Corte Superior acumula julgados no sentido de que o art. 6º, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 972/69, ao alçar a atividade de editoria jornalística ao status de função de confiança, atraiu a aplicação do artigo 306 da CLT, sendo indevido o pagamento de horas extras aos editores. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido. (TST-RR-74100-38.2009.5.01.0007, Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula, 8ª Turma, DEJT 03/06/2011)".

Por fim, decisões de Turma do TST não têm o condão de vincular este Colegiado.

Ante o exposto, mantém-se.

b) horas extras excedentes da 8ª diária

Não prospera a alegação da autora de "quem pede o mais pode o menos", tendo em vista que ao juiz vedado decidir além dos limites da lide (art. 141 e 492 do CPC: ". De qualquer forma, o termo "o mais", no caso, deve ser entendido como horas extras excedentes da 8ª e 44ª e o menos seria as excedentes da 5ª, porém não houve requerimento de pagamento das excedentes da 8ª diária.

Mantém-se.

Direitos autorais e aplicação da CCT

A autora aduz que textos jornalísticos seus foram republicados em outros veículos do grupo econômico patronal sem a respectiva remuneração de direito autoral.

Assim, com fundamento em cláusulas convencionais (proíbem a utilização não autorizada de textos e ilustrações já publicadas), na Lei 9.610/98 e no art. 5.º, incisos XXVII e XVIII, da CF, requer o consequente pagamento dos direitos autorais supostamente violados - ID. 1ff8358 - pág. 26.

O pedido foi rejeitado pelos seguintes fundamentos - ID. d86f154 - pág. 4

"5. DOS DIREITOS AUTORAIS

Segundo a autora, as matérias que foram por ela produzidas teriam sido publicadas em outros veículos de comunicação e portais na internet, mantidos pelo Grupo GRPCom, sem o pagamento da remuneração devida a título de direitos autorais. Prossegue argumentando que a convenção coletiva dos jornalistas proíbe a utilização não autorizada de textos e ilustrações já publicadas.

No caso da autora, a Gazeta do Povo a teria contratado para produzir material a ser publicada na versão impressa do jornal Gazeta do Povo, mas utilizava estas matérias em outros veículos do mesmo grupo econômico, sem o pagamento de direitos autorais.

O valor que a autora pretende receber é de R\$ 181,61 por dia, a cada 20 linhas.

No contrato de trabalho há a previsão de que (fl. 296) "o empregado se compromete a trabalhar em qualquer estabelecimento do empregador, inclusive naqueles que venham a ser criados após a da deste contrato".

É incontroverso que as matérias escritas pela autora forma replicadas em outros veículos de comunicação do grupo econômico.

Em seu depoimento, a testemunha L. explicou que "a matéria não ia somente para o site, eventualmente eram replicadas para os outros veículos".

E a testemunha M. relatou que "há previsão em contrato para prestação de serviços para todas as empresas do grupo, e são remunerados para se difundir em todas as empresas do grupo".

De fato, conforme declarou M., e como já salientei acima, havia previsão de prestação de serviços em todos os estabelecimentos da reclamada. Desta forma, não se pode entender que a republicação de uma matéria produzida anteriormente para um outro veículo pertencente ao

empregador, configure ofensa à propriedade intelectual.

Ademais, **sendo reconhecida a existência de grupo econômico, para fins trabalhistas, caracteriza-se a figura do empregador único.**

Posto isto, **diante da figura do empregador único, composto pelas empresas do grupo econômico nas quais foram replicadas as reportagens, e considerando a previsão expressa em contrato de prestação de serviço em prol de qualquer um dos estabelecimentos do empregador, rejeito o pedido** de pagamento de valores a título de direitos autorais.”

Mero inconformismo.

No caso, a própria autora admite que textos de sua autoria teriam sido reproduzidas em plataformas do próprio empregador, integrantes do grupo econômico GRPCOM.

A cláusula 12ª do contrato estabelece expressamente a possibilidade de trabalho para qualquer das empresas pertencentes ao grupo, alcançando, por evidente, a reprodução de matéria jornalística originalmente publicada pela Editora Gazeta (ID. a35a978 - Pág. 3).

Com efeito, não se trata de utilização não autorizada de textos e ilustrações, razão pela qual não incidem as disposições normativas que preveem a compensação financeira pretendida.

Nesse sentido é a jurisprudência do Colendo TST:

A) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMANTE 1. HORAS EXTRAS. PRÉ-CONTRATAÇÃO. O Regional asseverou que o contrato de trabalho e os demonstrativos de pagamento comprovam que as horas extras prestadas pela reclamante foram avençadas e pagas em conformidade com as disposições contidas no art. 304 da CLT, ressaltando que as condições previstas nesse dispositivo foram devidamente respeitadas pela reclamada. Descabe cogitar de violação dos arts. 59, 303 e 304 da CLT ou de contrariedade à Súmula nº 199 do TST. 2. ACÚMULO DE FUNÇÕES. O Regional asseverou que o pedido de recebimento de verba decorrente do acúmulo das funções de repórter e repórter fotográfica constitui inovação recursal, porquanto não foi postulado na reclamação trabalhista. Ileso, portanto o dispositivo legal invocado. 3. **VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORA. Extraí-se do acórdão recorrido que os documentos juntados não demonstram que a reclamada utilizou reportagens ou fotografias**

de autoria da reclamante sem a devida indicação ou de forma inapropriada, já que as obras nunca saíram do âmbito do grupo econômico do qual faz parte a reclamada, fato não infirmado por nenhum meio de prova. Diante de tal quadro fático, cujo teor é insuscetível de reexame nesta Instância superior, nos termos da Súmula nº 126 do TST, descabe cogitar de violação do art. 7º da Lei nº 9.610/98. Agravo de instrumento conhecido e não provido. B) AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA RECLAMADA. 1. INTERVALOS INTRA E INTERJORNADAS. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. MULTA CONVENCIONAL. DENEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO DE REVISTA COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 896, § 1º-A, I, DA CLT. INDICAÇÃO DO TRECHO DA DECISÃO RECORRIDA QUE CONSUBSTANCIA O PREQUESTIONAMENTO DA CONTROVÉRSIA OBJETO DO RECURSO DE REVISTA. Nos termos do artigo 896, § 1º-A, I, da CLT, incluído pela Lei nº 13.015/2014, é ônus da parte, sob pena de não conhecimento, “indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista”. No caso, não há falar em observância do requisito previsto no artigo 896, § 1º-A, I, da CLT, porque se verifica que a reclamada, nas razões do seu recurso de revista, não indicou precisamente as folhas, tampouco transcreveu a ementa, o inteiro teor ou o trecho pertinente da decisão atacada que consubstancia o prequestionamento da matéria recorrida. 2. RESCISÃO INDIRETA. NÃO RECOLHIMENTO DO FGTS. FALTA GRAVE. CARACTERIZAÇÃO. Esta Corte tem firmado jurisprudência no sentido de que o atraso e/ou a ausência nos recolhimentos dos depósitos do FGTS configura falta grave patronal, suficiente para ensejar o reconhecimento da rescisão indireta do contrato de trabalho, nos termos do art. 483, “d”, da CLT. Ilesos os dispositivos invocados. Agravo de instrumento conhecido e não provido (Processo: AIRR - 10504-76.2015.5.03.0181 Data de Julgamento: 16/11/2016, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/11/2016).

No mesmo sentido é o precedente n. 0010057-02-2016-5-09-0015, proferido pela Exma. Desa. Rosemarie Diedrichs Pimpão, 4ª. TURMA, 08/03/2018.

Por fim, restam prejudicados os demais argumentos.

Nada a prover.

Direito a multas convencionais e legais

A autora alega que há pedido expresso de multa convencional no que se refere ao auxílio creche, horas extras, diferenças salariais por equiparação - ID.

1ff8358 - pág. 34.

Consta da decisão recorrida - ID. d86f154 - pág. 4:

"4. DA MULTA CONVENCIONAL

A autora não mencionou, neste pedido, quais cláusulas convencionais teriam sido infringidas para acarretar a incidência da multa convencional. Rejeito, portanto."

Pois bem.

Da leitura da petição inicial constata-se que a autora não faz menção quais cláusulas foram violadas para que incida a multa convencional (ID. 9927fea - pág. 11 e 40), em desatenção ao que determina o art. 319, III, do CPC (*"Art. 319. A petição inicial indicará: III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido"*).

Registre-se que o não atendimento do dispositivo acima configura inépcia da petição inicial (art. 330, I, parágrafo 1º, I, do CPC).

Portanto, **nada a prover.**

Direito à Indenização por danos morais

A autora sustenta que teve violada a sua liberdade de expressão em redes sociais, porquanto a ré impôs a seus empregados a proibição de se manifestar sobre produtos, reportagens e profissionais da Rede Globo e dos veículos de comunicação do grupo GRPCOM.

Diante disto, pugna pela pagamento de indenização por dano moral - ID. 1ff8358 - pág. 34.

Assim decidiu o Juízo primeiro - ID. d86f154 - Pág. 6

"7. DO ASSÉDIO MORAL

Relata a autora que passou a sofrer assédio moral do empregador, que censurava a sua manifestação nas redes sociais, pois era expressamente proibida de se manifestar sobre matérias e conteúdos publicados no site da Gazeta do Povo, e sobre produtos e artistas da Rede Globo. A seu ver, isto configura censura expressa à liberdade de expressão nas redes sociais. Inclusive, junta o "Guia de uso de mídias sociais da Gazeta do Povo", que supostamente previa o cerceamento da sua liberdade de expressão em suas páginas pessoais.

Pois bem.

O assédio moral, é aquela conduta ativa ou omissiva, lesiva à honra

e à moral do empregado, praticada de forma reiterada, sistemática, pelo seu superior, em regra, ou por colegas de trabalho, com o objetivo de desestabilizar o empregado emocionalmente, minando a sua autoestima, e que na maioria dos casos, tem como intuito fazer com que o mesmo tome a iniciativa de afastar-se do emprego.

No caso sob análise, dita conduta reiterada sequer foi alegada na petição inicial.

E quanto ao cerceamento da liberdade de expressão, em especial, as orientações de conduta, **a testemunha L. explicou que “falavam das normas de conduta, que recomendava que não fizessem críticas a uma novela da globo, por exemplo, ou questões políticas;** as orientações eram exageradas em alguns pontos, pois não podiam fazer crítica a uma novela que achassem ruim, por exemplo.”

E a testemunha **M. declarou que “o guia de orientação das mídias sociais é sobre ética profissional, era somente orientação, para seguir conforme a ética profissional do jornalista; não havia punição referente às manifestações em redes sociais;** faz parte do código de ética profissional, não denegrir a imagem do empregador; a orientação era para manter a ética profissional dentro do grupo ou fora dele; não era impedida de fazer críticas aos produtos da Globo; podiam se posicionar em redes sociais sobre orientação sexual”.

Como visto acima, as orientações não caracterizaram assédio moral, e nem qualquer ofensa a bens extrapatrimoniais, pois não visavam cercear a livre manifestação da autora, e sim, resguardar a imagem do empregador.

É certo que a autora possui direito à livre manifestação de suas opiniões, no entanto, referido direito deve ser limitado pelo direito do empregador à boa imagem.

Assim, não vislumbro qualquer irregularidade no ato do empregador orientar seus funcionários a não realizarem manifestações públicas de desprezo à empresa na qual trabalhavam, entenda-se, todo o grupo econômico, ou aos seus colegas de trabalho.

Neste sentido, destaco o seguinte julgado, acerca de julgamento no qual o ex-empregado é condenado ao pagamento de indenização por ofensas proferidas em redes sociais, vejamos:

“TRT-PR-09-03-2012 DANO MORAL - OFENSA VIA REDES SOCIAIS - HONRA OBJETIVA E SUBJETIVA: Inequívoco o prejuízo moral das partes autoras (ex-empregadores) decorrente da conduta danosa da parte ré (ex-empregada), mediante a materialização, em redes sociais, de graves ofensas, pessoais, familiares e profissionais, a eles dirigidas. Nesse contexto, além da inegável ofensa à honra subjetiva (dor, angústia, tristeza, sofrimento), o dano extrapola o campo meramente individual, vindo a atingir a honra objetiva das vítimas, justamente diante da repercussão social propiciada pelo meio eleito pela ofensora. Sabe-se

que em tais redes virtuais, o número de acessos é tão desconhecido quanto incontável, o que tanto agrava a culpabilidade da conduta, diante do enorme potencial ofensivo dos atos, quanto exige do Judiciário uma resposta mais efetiva em termos de indenização, com vista, justamente, ao caráter pedagógico da condenação, evitando-se, tanto quanto possível, o alastramento de condutas tão reprováveis, às quais todos, sem exceção, estão sujeitos.” TRT-PR-13844-2011-001-09-00-9-ACO-10562-2012 - 6A. TURMA; Relator: SUELY FILIPPETTO; Publicado no DEJT em 09-03-2012.

Face o exposto, e à luz do conceito acima, estes fatos não configuram assédio moral, já que não restou demonstrada a necessária conduta reiterada, que visa minar a auto-estima do empregado.

Ou seja, os fatos apresentados pela autora não são razoáveis a fim de justificar o pedido em comento.

Ademais, não existindo qualquer ilegalidade nas orientações repassadas pelo empregador, não há se falar em indenização por danos morais.

Aliás, se a cada situação como esta uma indenização por dano moral for concedida em juízo, o Poder Judiciário passará, certamente, de instrumento da justiça a instrumento do caos.

De fato, em irretocável lição o Professor Antônio Chaves já advertia, há mais de 20 anos, quando ainda inexistente a “indústria” do dano moral: “propugnar pela ampla ressarcibilidade do dano moral não implica no reconhecimento de todo e qualquer melindre, toda suscetibilidade acerbada, toda exaltação do amor próprio, pretensamente ferido, a mais suave sombra, o mais ligeiro roçar de asas de uma borboleta, mimos, escrúpulos, delicadezas excessivas, ilusões insignificantes desfeitas, possibilitem sejam extraídas da caixa de Pandora do Direito, centenas de milhares de cruzeiros”. (In Tratado de Direito Civil, 3a. Ed. SP, RT, 1985, vol. III, pág. 637)

Assim, além de não ficar caracterizado o assédio moral, meros dissabores que ocorrem no dia a dia não justificam o pleito em comento. Portanto, rejeito o pedido.”

Analisa-se.

A indenização por dano moral, garantida pelo art. 5º, V e X da CF e prevista nos arts. 186, 187 e 927 do C.C.02, pressupõe a ocorrência de abalo psicológico que atinja um dos atributos da personalidade, a ponto de causar na vítima uma alteração palpável, o que não se verifica no caso concreto.

A prova oral revela que orientação interna direcionando às normas de conduta dos empregados no que concerne à manifestações em redes sociais que

envolvessem o empregador. Trata-se, portanto, de normas relacionadas à ética profissional que deve reger todo contrato (art. 422 do C.C), não sendo o contrato da recorrente uma exceção.

Ademais, dos depoimentos evidencia-se que ainda que o empregado insistisse em publicar manifestação em redes sociais, não era punido.

Neste contexto, não se vislumbra nenhuma ofensa a honra da autora ou violação do direito de liberdade de expressão.

O mero aborrecimento não tem o condão de ensejar o pagamento de indenização, sob pena de se banalizar a reparação por danos morais, que visa ressarcir prejuízos advindos de grave violação à dignidade.

No mesmo sentido, analisando caso análogo envolvendo a mesma ré é o precedente n. 0010057-02-2016-5-09-0015, de Relatoria da Exma. Desa. Rosemarie Diedrichs Pimpão, 4ª. TURMA, publicado em 08/03/2018, a quem peço vênica para transcrever os fundamentos e acrescentar às razões de decidir:

“Na hipótese dos autos, a pretensão reparatória funda-se em suposto cerceamento da liberdade de expressão do obreiro, na medida em que a reclamada impor-lhe-ia proibição de se manifestar, nas redes sociais, em detrimento de fatos e pessoas relacionadas ao grupo empresarial. Quanto ao tema, **restou incontroversa, de fato, a existência de guia empresarial estabelecendo padrões de conduta a serem adotados pelos empregados nas redes sociais, de forma a evitar manifestações públicas que pudessem se relacionar ao empregador e demais integrantes do grupo.**

A propósito, colhe-se da prova oral, ID. fd834e7:

DEPOIMENTO DO(A) PREPOSTO(A) DA 1a e 3a RÉ: [...] 25) na empresa havia regulamento para uso de mídias sociais; 26) não havia limite neste regulamento quanto à manifestação contra a Rede Globo e jornais da Gazeta e TV; [...]

DEPOIMENTO DA 3a TESTEMUNHA DO(A) AUTOR(A): MAURI KONIG, RG 4.010.333-3/PR, nascido(a) em 26-08-1967, brasileiro(a), solteiro, residente na Rua Pe. Anchieta, 1968, ap. 1702, Bigorriho, Curitiba, PR. Advertida e compromissada, disse: [...] 12) informa o depoente que participou de reunião aonde foi recomendado que fosse evitado falar de forma negativa sobre a ré e outras empresas do grupo em redes sociais, uma vez que, como funcionário, poderia estar se manifestando em nome da própria empresa; 13) informa o depoente que havia um

normativo que disciplinava sobre o assunto; [...]

DEPOIMENTO DA 1ª TESTEMUNHA DAS RECLAMADAS: AUDREY ANDRADE POSSEBOM, CPF 020.091.699-80, nascido(a) em 26-11-1975, brasileiro(a), solteira, residente na Rua da Bandeira, 427, ap. 32, Cabral, Curitiba, PR. Advertida e compromissada, disse: [...] 20) informa a depoente que o guia de uso de mídias sociais refere-se a um documento emitido pela diretoria no qual constavam orientações aos jornalistas de como se portar junto às redes sociais no que se refere a questões éticas; 21) não havia algum tipo de censura nessas orientações; 22) informa a depoente que a ré se baseou em outros veículos de comunicação que também tinham emitido este guia, como New York Times, o que ocorreu no boom do uso do Facebook; 23) esclarece a depoente que era uma norma de bom senso para uso das redes sociais.

DEPOIMENTO DA 2ª TESTEMUNHA DAS RECLAMADAS: RHODRIGO DEDA GOMES, CPF 029.256.319-16, nascido(a) em 12-11-1978, brasileiro(a), solteiro, residente na Rua Duque de Caxias, 330, São Francisco, Curitiba, PR. Advertida e compromissada, disse: [...] 15) informa o depoente que o reclamante foi dispensado da ré, mas em duas ocasiões chegou a solicitar ao depoente que entrasse em uma lista de possíveis dispensas; 16) informa o depoente que o reclamante não foi dispensado como forma de censura e que na ré foi criado um guia de mídias sociais com o objetivo de proteger o jornalista, dando parâmetros de conduta para que pudesse cumprir para evitar constrangimentos; [...]

Dos elementos colhidos não se extrai ilícito patronal que enseje falta grave ou lesão a direitos extrapatrimoniais, esclarecendo as testemunhas ouvidas que tanto o documento quanto as orientações verbais emanadas do empregador consubstanciavam meras diretrizes comportamentais, jamais caracterizando qualquer forma de censura ou perseguição pessoal.

Ademais, coaduno com o entendimento singular no sentido de que eventuais manifestações públicas de desprezo pelo empregador (ou por integrantes do grupo econômico, por certo) atentam contra a ética profissional e caracterizam, em última ordem, falta grave, passível de dispensa por justa causa nos termos do art. 483 da CLT.

Sob este aspecto, vale notar, as orientações patronais configuram instrumento de proteção do trabalhador, claramente evitando sua exposição nas redes sociais, e por via indireta, a exposição do próprio empregador (art. 1º, IV, CFRB).

A liberdade de expressão integra o rol dos direitos da personalidade, constituindo garantia individual que culmina na proteção de toda sociedade contra o abuso e a arbitrariedade.

Nas relações de trabalho, há possibilidade dessa liberdade de expressão sofrer restrições, observados alguns critérios: a necessidade da regra imposta, a adequação dessa regra e a

sua proporção.

Destacaria neste particular, doutrina abalizada a respeito do tema, a qual defende, inclusive, a possibilidade do empregador exigir que o empregado perfilhe ideologia política alinhada à da empresa:

“De igual sorte, admite-se a limitação a um comentarista político de um jornal pertencente a determinado partido político, de se obrigar a se manter, durante a execução do contrato, em comunhão de pensamento, também em sua vida privada, com o órgão de comunicação que o emprega, sob pena de comentário distinto da diretriz do órgão de comunicação levar ao descrédito da orientação ideológica do jornal”. (BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação do pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador. São Paulo: LTr, 2013, pág. 110.).

Dessarte, o exercício da liberdade de expressão, pensamento e informação de que dispõe o empregado encontra limites no poder diretivo do empregador, desde que exercido, também este, dentro de parâmetros de boa-fé, razoabilidade e proporcionalidade, porque fundado no princípio da livre iniciativa, um dos postulados do Estado Democrático de Direito elencado no artigo 1º, IV, da Constituição da República.

Pelo exposto, as situações relatadas não fazem presumir o dano moral pelo próprio fato, sendo necessária a demonstração de que a honra e a dignidade do obreiro foram efetivamente maculadas, ônus do qual o demandante não se desincumbiu.

Nada a sanar.”

Rejeita-se.

Recurso de E. G. D. P. S/A, E. J. D. L. S/A E S. R. E. P. S/A.

DIFERENÇAS SALARIAIS POR EQUIPARAÇÃO

Analizado em conjunto com o recurso ordinário da autora a cujos fundamentos me reporto para **rejeitar a pretensão**.

DIFERENÇAS DE AUXÍLIO-CRECHE

A ré aduz que a sentença não observou o limite da petição inicial (a autora postulou o auxílio-creche no período compreendido entre 01.05.2014 a rescisão contratual - ID Num. 9927fea - pág. 30).

Acrescenta que deve ser abatido os valores pagos - ID. 4423a62 - pág. 3.

Teor do julgado - ID. d86f154 - pág. 5:

"6. DO AUXÍLIO-CRECHE

O filho da autora nasceu em 14/10/2013 (fl. 60).

A autora recebeu auxílio-creche a partir de março de 2015 (fl. 336).

A ré argumenta que referido pagamento deveria se dar mediante reembolso, e que provavelmente a autora não deixava seu filho em creche.

Sem razão.

A cláusula convencional é clara ao estipular o valor do benefício, e não eventual teto de reembolso, como pretende fazer crer o réu.

Sendo assim, **havendo previsão de pagamento em norma coletiva, e sendo o réu confesso quanto ao não pagamento, defiro o pedido. Deverá a reclamada quitar o auxílio-creche, no valor de um salário mínimo, a partir de 14/10/2013**, nos termos do previsto da CCT da categoria, a exemplo da cláusula 14ª (fl. 176)."

Com razão a ré.

A autora pediu auxílio-creche a partir de 01/05/2014 (ID. 9927fea - Pág. 30).

No mais, havendo pagamento da parcela em alguns holerites, por exemplo, ID. addc4a2 - Pág. 39, defere-se o abatimento de valores pagos a mesmo título.

Reforma-se para limitar a condenação em auxílio-creche a partir de 01/05/2014, com abatimento.

ACÓRDÃO

Em Sessão Telepresencial realizada nesta data, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora Rosemarie Diedrichs Pimpao; presente a Excelentíssima Procuradora Mariane Josviak, representante do Ministério Público

do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Benedito Xavier da Silva, Marcus Aurelio Lopes e Eduardo Milleo Baracat; **ACORDAM** os Desembargadores da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, **CONHECER DOS RECURSOS ORDINÁR.** da autora e da ré, assim como das contrarrazões. No mérito, por igual votação, **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso da autora e **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso da ré para limitar a condenação em auxílio-creche a partir de 01/05/2014, com abatimento. Tudo, nos termos da fundamentação.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 13 de maio de 2021.

BENEDITO XAVIER DA SILVA
Relator

PROCESSO RO-0011715-03.2016.5.09.0002

RELATÓRIO

A remissão às folhas do Processo Judicial Eletrônico refere-se à paginação obtida através da exportação integral dos autos, na ordem crescente, mediante download de documentos em formato Portable Document Format (PDF).

O reclamante, inconformado com a sentença (fls. 612/618), complementada pela decisão resolutiva de embargos (fls. 636/639), ambas proferidas pela Exma. Juíza do Trabalho Hilda Maria Brzezinski da Cunha Nogueira, que rejeitou os pedidos, recorre a este Tribunal, quanto aos seguintes pedidos: “Retificação da CTPS”, “Horas extras”, “Adicional noturno”, “Indenização dos direitos autorais pela republicação de textos e vídeos e por violação de direitos autorais” e “Indenização por danos morais por cerceamento da liberdade de expressão” (fls. 646/671).

Contrarrazões apresentadas pelas reclamadas às fls. 674/384.

Não houve remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho porque os interesses em causa não justificam a sua intervenção nesta oportunidade.

É, em síntese, o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

ADMISSIBILIDADE

Atendidos os pressupostos legais - adequação, tempestividade, legitimidade, interesse, regularidade da representação processual (fl. 36), dispensado o recolhimento das custas processuais em razão da concessão do benefício da justiça gratuita (sentença, fl. 618) -, conheço do recurso. Admito, ainda, as contrarrazões, também regular e oportunamente apresentadas.

MÉRITO

1. RETIFICAÇÃO DA CTPS

Consta na sentença (fls. 614/615):

“Afirma o autor que “foi contratado no mês /2003, maio para trabalhar na função de distribuidor de jornal, percebendo como última remuneração mensal R\$ 3.300,00 (três mil e trezentos reais). Não teve sua CTPS anotada. Foi demitido sem justa causa em 14.10.2016”.

Relata que “começou a trabalhar nas reclamadas em maio/2003. No início o autor fazia a distribuição do jornal G. D. P. como venda avulsa nos pontos de venda dos clientes do Jornal Gazetado Povo - terceira reclamada”, que “começava as 19h00 até às 7h00 em média. A Venda avulsa consistia em entregar o jornal em panificadoras, supermercados, posto de gasolina, bancas de revista, farmácia. Utilizava o próprio veículo para fazer as entregas, com uma Kombi de propriedade do autor. O combustível e manutenção do veículo era por conta do autor. Nesta época recebia salário R\$1.800,00”.

Aduz que “após três anos, ou seja, em maio 2006, foi dispensado por um mês e retornou trabalhando na seção de assinatura, transportando jornal com um furgão de propriedade do autor. Pegava o jornal na Matriz da G. D. P. Praça Carlos Gomes e transportava para a distribuição na Rua da Paz - endereço antigo da primeira e da segunda reclamadas. Sua rotina era com início às 00h00 até às 7h00 horas”.

Alega que “buscava três anos, ou seja, em maio 2006, foi dispensado por um mês e retornou trabalhando na seção de assinatura, transportando jornal com um furgão de propriedade do autor. Pegava o jornal na Matriz da G. D. P. Praça Carlos Gomes e transportava para a distribuição na Rua da Paz - endereço antigo da primeira e da segunda reclamadas. Sua rotina era com início às 00h00 até às 7h00 horas”.

Sustenta que “em 2013, firmou um contrato de prestação de serviços de transporte de carga no qual começava às 00h00 horas e findava às 4h00 horas em média. Consistia basicamente em pegar o jornal em grande quantidade (25.000/30000 exemplares - no início) na sede da G. D. P. e levava para as reclamadas. De lá da 1ª e 2ª reclamadas é que o jornal saía com os motoboys ciclistas e no furgão para a entrega”, que “sempre fazia grande volume de entregas. No início eram de 25.000 a 30.000 exemplares/dia após passou a 9.000 por dia” e que “foi demitido em 14.10.2016 sem receber nenhuma verba rescisória, apenas o saldo salarial dos dias trabalhados em outubro/2016”.

Requer que “seja reconhecido o vínculo empregatício no período de maio/2003a 14.10.2016, com a condenação das reclamadas no pagamento do INSS e FGTS., devendo ser anotado o contrato de trabalho na CTPS do autor, sob pena de ser efetuado pela Secretaria deste MM. Juíz”.

Em defesa a primeira ré nega “de forma expressa ter havido o vínculo empregatício entre as partes no período de Maio/2003 a 14.10.2016 como dito na inicial pelo Reclamante. na realidade a Reclamante prestou SEVIÇOS AUTÔNOMOS DE DISTRIBUIÇÃO DE JORNAIS”.

Pois bem, analisa-se.

A relação de emprego é caracterizada pela presença de alguns requisitos: pessoa física, habitualidade (não eventualidade), remuneração/ onerosidade, relação intuitu personae (personalíssima) - prestação pessoal dos serviços, e a subordinação jurídica, além da alteridade (assunção dos riscos da atividade econômica por parte do empregador). São os requisitos dos artigos 2º e 3º da CLT.

A ré não nega que houve prestação de serviços, mas apenas afirma que se deu de forma autônoma. Assim, cabe a ré comprovar, como fato impeditivo ao direito do autor, a ausência dos requisitos para a formação do vínculo de emprego.

Em depoimento confessou o autor:

(...) quando o depoente não podia comparecer para a tarefa, **mandava outra pessoa em seu lugar, contratando pessoalmente o substituto** para comparecer em seu lugar; (...)

Assim, restou comprovada a ausência de pessoalidade na prestação de serviços, pois confessou o autor que podia se fazer substituir por outra pessoa, inclusive contratando seu substituto.

Ausente um dos requisitos para a formação do vínculo, não há como este ser reconhecido.

Rejeito.

Consequentemente, rejeito todos os demais pedidos, eis que dependentes do reconhecimento de vínculo.

Rejeito também os pedidos de indenização por dano moral, eis que, ausente o vínculo de emprego, cabia ao próprio autor se autodeterminar quanto ao modo de prestar o serviço, logo não cabe às rés responsabilidade por peso suportado ou duração do labor.

Razões de insurgência (fls. 648/656):

1) De acordo com a testemunha (J. A. K.) do autor/recorrente, ele sempre desempenhou atividades intelectuais de jornalista, fazendo reportagens, entrevistas e escrevendo textos para publicação no jornal impresso, ou

produzindo vídeos e fazendo subedições de imagens divulgadas nos veículos de comunicação das reclamadas/recorridas, com o respectivo crédito pelo trabalho de edição. (fl. 649)

2) referida testemunha disse que o autor fazia reportagens escritas, como em vídeo, em atividade típica de jornalista

3) a testemunha do autor/recorrente é jornalista profissional diplomada, com condições técnicas de avaliar o exercício da atividade intelectual em litígio;

4) a segunda testemunha das rés confirmou que o autor/recorrente fazia reportagens em eventos esportivos, captando imagens e fazendo entrevistas, em atividades jornalísticas: intelectuais.

5) a testemunha das rés/recorridas não tem o conhecimento técnico necessário para tecer afirmações neste sentido;

6) as provas dos autos - confirmadas pela testemunha J. - demonstram que o autor a testemunha das rés/recorridas não tem o conhecimento técnico necessário para tecer afirmações neste sentido;

7) os vídeos que constam na Mídia Digital (CD) depositada em juízo, com edição do autor/recorrente, com o respectivo crédito autoral, comprovam o trabalho intelectual: de jornalista e ocorreram por determinação legal e com ciência do empregador;

8) a assinatura do autor em matéria publicada no jornal impresso da ré/recorrida G. D. P. , como jornalista responsável, foi inserida pela reclamada/recorrida, fato incontroverso;

9) o desempenho da função intelectual de jornalista, que independe de diploma de curso superior em Comunicação Social, de acordo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF);

7) invoca o princípio da primazia da realidade sobre a forma;

Pretensão: requer a reforma da sentença de mérito, no sentido de declaração do exercício da atividade obreira intelectual de jornalista e a condenação das rés à retificação da anotação da CTPS para que conste a função do contrato realidade, de jornalista, com a jornada de 5 horas diárias e 30 horas semanais, com os benefícios da convenção coletiva de trabalho (CCT) e acordos vigentes (ACT) do Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Paraná (SINDIJOR/PR), e assim, com o pagamento de diferenças salariais para o piso de jornalista, horas extras à luz do art 303 da CLT, reflexos legais e demais benefícios pertinentes (fl. 654/655)

De acordo com o artigo 302, parágrafo 1º, da CLT "Entende-se como

jornalista o trabalhador intelectual cuja função se estende desde a busca de informações até a redação de notícias e artigos e a organização, orientação e direção desse trabalho.” É oportuno lembrar que no julgamento do Recurso Extraordinário nº 511.961, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade da exigência de diploma para o exercício do jornalismo ao fundamento de que o Decreto-Lei nº 972 de 1969 não foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O reclamante foi admitido pela reclamada em 07/11/2011 e dispensado sem justa causa em 12/08/2015. A CTPS (fl. 39) e o contrato de trabalho firmado (fl. 49, cláusula segunda) indicam que foi contratado para função de “técnico de produção multimídia”. Idêntica função consta nos recibos de pagamento (fls. 56/58).

Acerca das funções exercidas pelo reclamante, colhem-se os seguintes elementos de convicção dos depoimentos testemunhais:

“Depoimento pessoal do autor: “(...)o depoente não tem formação em jornalismo; o depoente assinava como jornalista diversas matérias; o depoente fazia filmagens e edição de vídeos para submeter ao gestor imediato, fazia pautas, produzia vídeos e trabalhava em parceria com o repórter que escrevia a matéria, também escreveu textos que foram publicados; o depoente não procurou o Sindicato para fazer reclamação contra o fato de não ser registrado como jornalista;

Depoimento pessoal do preposto dos 1º e 2º réus: “(...) o autor era técnico de produção de multimídia, realizando captação de imagens e edição de vídeos, atuando na área de redação; o autor se utilizava de trabalho intelectual; os vídeos eram vinculados a uma matéria de algum jornalista; o autor não viajava a trabalho;

Testemunha do autor, J. A. K. : **“a depoente trabalhou para a ré de 2014 a 2015, como repórter e por último como subeditora on line; o reclamante trabalhava na editoria de vídeos, acompanhando as pautas em que havia necessidade de vídeo, fazendo produção e edição dos vídeos;** havia matérias que eram só de vídeo, como tutorial de maquiagem, ioga para bebês, por exemplo; PERGUNTAS DO AUTOR: o trabalho do autor era intelectual, quando fazia a edição; **quando a matéria envolvia só vídeo, trabalhavam juntos o autor e a depoente, como a repórter;** a depoente se recorda de filmagem realizada pelo autor

no início da manhã; ao que se recorda o autor viajou a trabalho para Salvador; **a depoente nunca atuou em edição de vídeo**; PERGUNTAS DO RÉU: a depoente inicialmente trabalhava no 3º andar e o autor no térreo, depois a depoente foi trabalhar na fábrica no Alto da XV e o reclamante, na unidade do Centro; a depoente trabalhava das 09h/10h as 17h/18h; como repórter a depoente registrava seus horários no ponto, fazendo constar a real jornada; não sabe precisar quando ocorreu a viagem do autor para Salvador”

Segunda testemunha do réu, R. S. : “o depoente trabalha para a ré desde 04/2015; **o reclamante tem a mesma função que o depoente tem atualmente como técnico de multimídia**, com atividade na captação e edição de vídeos; PERGUNTAS DO RÉU: **o depoente e reclamante não assinam matérias; depoente e reclamante não atuavam na elaboração de pauta, nem como repórteres, nem repórter cinematográfico e também não atuaram como subeditores; depoente e reclamante não tinham função de jornalista**; o depoente sempre registrou os reais horários nos controles de ponto; PERGUNTAS DO AUTOR: **o depoente não considera que o trabalho de técnico de multimídia seja um trabalho intelectual**, eis que **o técnico acompanhava o jornalista na gravação das imagens, montava vídeo e o jornalista determinava os cortes para a edição que era providenciada pelo técnico; o técnico fazia captação de algumas imagens, algumas vezes sozinho, sob a orientação do gestor, a exemplo de imagens de um campeonato de skate**; algumas vezes o técnico coletava “alguma sonora”, para complementar a imagem, “dependendo do feeling”; edição é a montagem das imagens; nos vídeos em que atuava, constava o nome do depoente na “captação e edição”;

Dos trechos acima, verifica-se que tanto a testemunha indicada pelo reclamante, J. A. K. , quanto a indicada pelas reclamadas, R. S. , foram uníssonas ao afirmar que o reclamante apenas acompanhava o jornalista na gravação das imagens, de modo que não exercia a função de jornalista.

Nesse aspecto particular a testemunha J. disse que “quando a matéria envolvia só vídeo, trabalhavam juntos o autor e a depoente, como a repórter” evidenciando que era ela, e não o reclamante, quem desempenhava a função de jornalista. Na mesma linha, a testemunha R. disse que “o técnico acompanhava o jornalista na gravação das imagens, montava vídeo e o jornalista determinava os cortes para a edição que era providenciada pelo técnico”.

Em reforço, a testemunha R. esclareceu que o reclamante *não tinham função de jornalista*, não assinava matérias, não atuava na elaboração de pauta, como repórter, repórter cinematográfico ou subeditor. Disse ainda que “não considera que o trabalho de técnico de multimídia seja um trabalho intelectual” explicando que “o técnico acompanhava o jornalista na gravação das imagens, montava vídeo e o jornalista determinava os cortes para a edição que era providenciada pelo técnico; o técnico fazia captação de algumas imagens, algumas vezes sozinho, sob a orientação do gestor”.

Registre-se que à época do depoimento a testemunha R. desempenhava a função de técnico de multimídia, que era exercida pelo reclamante, possuindo, por essa razão, maior conhecimento técnico das tarefas abrangidas pela função que a testemunha J. , que era jornalista. Portanto não há como desqualificar o depoimento da testemunha R. face ao depoimento da testemunha J. , especialmente porque entre ambos não há contradição, mas complementação acerca das informações prestadas.

Ademais, ainda que o reclamante tenha executado sozinho algumas vezes a tarefa de edição e captação de imagens e tenha elaborado e assinado a matéria transcrita às fls. 651/653 das razões recursais (Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/esportes/poliesportiva/competidoresmostramhabilidade-na-disputa-do-futebol-free-style-egb8rfpn2niwhtzm86bpgdlqm>, acessada em 04-02-2019), tais circunstâncias verificadas de forma pontual e isolada são insuficientes para reconhecer que, na realidade, o reclamante exerceu as funções típicas de jornalista durante os quatro anos de vigência do contrato mantido com a reclamada.

Portanto, o conjunto probatório acima referido evidencia que o reclamante não desempenhou funções típicas de jornalista, mas sim de técnico de produção multimídia, conforme anotação aposta em sua CTPS (fl. 39), sendo incabível a pretensão de retificação da função exercida.

Nego provimento.

Prejudicada a análise dos pedidos dependentes do enquadramento do reclamante na categoria profissional dos jornalistas, bem como o de adicional

noturno fundando na Convenção Coletiva de Trabalho do Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Paraná (razões recursais, fls. 664/665).

2. HORAS EXTRAS

Embargos de declaração (fls 636/638):

“Afirma o autor que a decisão embargada é omissa em relação aos pedidos relativos à jornada laboral.

Omissa a sentença complemento-a.

Afirmou o autor que “nos dois primeiros anos laborava em média 13 horas diárias: de segunda-feira a sexta-feira, com jornadas com início às 11h, 12h ou 13h e término às 24h, 1h ou 2h da madrugada, com intervalo intrajornada médio de uma hora, registradas em cartão-ponto. Neste período, uma vez por mês ela se iniciava às 6h -- dependendo da pauta jornalística, seguindo até as 19h, 20h, 21h, 22h, 23h ou 24h, sendo que o autor era proibido de registrar o início matutino no cartão-ponto”.

Alegou que “laborou, ainda, de um a três plantões mensais nos finais de semana (sábados e domingos), em média das 8h às 16h (eventos diversos) ou das 12h às 2h da madrugada (cobertura de jogos de futebol). O autor fazia intervalo máximo de 15 minutos nos plantões de fim de semana, mas os superiores registravam uma hora no cartão-ponto”.

Relatou que “no restante do contrato de trabalho, após a reclamada G. D. P. sofrer fiscalização Ministério Público do Trabalho (MPT), a jornada foi limitada ao máximo de 11h diárias. Desta forma, o autor iniciava a jornada às 11h, 12h, 13h ou 15h, com término às 22h, 23h ou 24h, de segunda-feira à sexta-feira, com intervalo intrajornada médio de 1 hora, registradas em cartão-ponto. Pelo menos uma vez por mês, a jornada começava no início da manhã, a partir das 6h - dependendo da pauta jornalística, seguindo até as 17h, 18h, 19h, 20h, 21h, 22h, 23h ou 24h. Na jornada matutina, o autor era proibido de registrar a entrada no cartão-ponto”.

Disse que “laborou, ainda, de um a três plantões mensais nos finais de semanas (sábados e domingos), com registros em cartão-ponto, em média das 8h às 16h (eventos esportivos), ou das 12h às 2h da madrugada (cobertura de jogos de futebol). O autor fazia intervalo máximo de 15 minutos nos plantões de fim de semana, mas os superiores registravam uma hora no cartão-ponto”.

Requeru o pagamento de adicional noturno, horas extras, intervalos violados e reflexos.

Em defesa a ré afirmou que a duração do labor foi corretamente registrada, que o intervalo foi respeitado, que o adicional noturno foi pago e que havia banco de horas.

Analiso.

Juntou a ré controles de jornada a fls. 336/389, os quais registram horários variados. Quanto aos intervalos, o fato de serem de exatas 1h não os invalida porque o Art. 74, §2º, da CLT permite que sejam pré-assinalados.

Os controles de jornada representam prova pré-constituída dos horários realmente trabalhados. O reclamante impugnou os documentos colacionados pela ré, atitude que lhe faz assumir o encargo probatório de desconstituí-los, a teor dos arts. 818 da CLT e 373, I, do CPC/2015.

Em depoimento disse o autor (fls. 590):

(...)perguntado se registrava os reais horários de entrada e saída respondeu afirmativamente, com exceção de , quando continuava trabalhando até mais tarde em um dia e era orientado uma média de uma vez por mês a registrar reinício no dia seguinte somente após meio dia, mencionando que a orientação era procedente do pessoal do administrativo, Senhores Robson e Georgia; o gestor imediato do depoente reforçava a orientação do pessoal do administrativo; o gestor imediato do depoente era Thiago André Costa, tio do depoente; apresentado ao depoente o documento de fl 352, em que consta saída no dia 03 as 23h57min e reinício no dia seguinte as 10h39min, disse que não se recorda exatamente ante o decurso do tempo, mas pode ter ocorrido de ter feito o registro fiel e ter sido repreendido por descumprir a orientação; o ponto era biométrico; (...)

E disse a testemunha do autor:

(...) como repórter a depoente registrava seus horários no ponto, fazendo constar a real jornada; (...) E também a testemunha da ré disse que “sempre registrou os reais horários nos controles de ponto”.

O autor afirmou em depoimento que quando trabalhava mais tarde em um dia somente podia registrar a entrada do dia seguinte após o meio-dia e, quando confrontado com um registro de jornada, afirmou que naquele caso pode ter ocorrido de ter registrado o horário correto e ter sido advertido.

Contudo, observo dos controles de jornada que em diversas outras datas o autor registrou a entrada antes do meio-dia mesmo tendo laborado

até mais tarde no dia anterior. Exemplificativamente: dias 22/11/2013 (fls. 369), 04/07/2014 (fls. 377) e 16/12/2014 (fls. 382).

Assim, os registros apontam no sentido que não havia imposição de registro de entrada incorreto no dia seguinte ao labor extra.

Além disso, ambas as testemunhas confirmam que registravam corretamente os horários.

Desse modo, o autor não se desincumbiu do ônus de comprovar incorreções nos registros de jornada.

Quanto ao chamado “banco de horas”, estabelecia a CLT com a redação vigente à época dos fatos:

Art. 59 (...)

(...)

§ 2º Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de um ano, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

E o E. TST interpreta que o “banco de horas” somente pode ser instituído por meio de negociação coletiva (Súmula 85, V).

Comprovou a ré ter realizado acordo coletivo com o sindicato da categoria para instituir o banco de horas.

Observo que os controles de jornada apontam claramente o tempo de labor excedente ao limite legal que foi incluído como crédito no banco de horas, bem como apresenta com clareza o tempo deduzido do banco de horas por atrasos ou folgas permitindo o acompanhamento do saldo pelo empregado.

Além disso, o autor não comprovou que tenha havido violação de algumas das cláusulas do acordo coletivo que institui o banco de horas e nem que tenha havido superação do limite máximo de 10h de labor diário.

Assim, tenho por válido o banco de horas adotado.

Não comprovou o autor violação dos intervalos, nem demonstrou a existência de diferenças de horas extras não compensadas e inadimplidas e nem diferenças de adicional noturno.

Pelo exposto, rejeito os pedidos.”

Razões recursais (fls. 656/664):

1) o banco de horas não cumpriu os seus requisitos legais, uma vez que as anotações do cartão-ponto demonstram que o autor sempre laborou em jornadas superiores a (10) dez horas diárias, de acordo com os documentos acostados na defesa - id d8ffd2e, tornando nulo o pacto, em razão do seu não cumprimento.

2) as rés/reclamadas não comprovaram na instrução processual a correta administração do banco de horas, ou seja, o cumprimento do limite máximo de 10 horas diárias, assim como documentos referentes a saldos/créditos, compensações e eventuais pagamentos de horas extras

3) aponta ocorrências em que trabalhou mais de 10 horas diárias, considerando a hora noturna reduzida;

Pretensão: Declaração de nulidade do banco de horas, com a condenação, ao menos, ao pagamento das horas extras excedentes à 8.^a hora diária e 44.^a semanal, assim como por violação ao intervalo intrajornada e interjornada, e por não concessão correta do descanso semanal remunerado, caso se entenda pela aplicação das normas convencionais do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Gráficas e outros do Paraná no caso concreto

2.1. Banco de Horas

A adoção válida do sistema de compensação de jornada “banco de horas” pressupõe o atendimento de dois requisitos: **(i)** previsão em ACT ou Convenção Coletiva de Trabalho (CCT) e **(ii)** observância do limite diário de 10 (dez) horas (art. 59, § 2º, da CLT). A Convenção Coletiva de Trabalho 2010/2011 prevê:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉTIMA - BANCO DE HORAS

Fica convencionado entre as partes a contratação, pelas Empresas e o Sindicato, de BANCO DE HORAS que deverá obedecer as condições presentes em instrumento apartado e parte desta Cláusula. Na hipótese de interesse nessa pactuação, basta simples manifestação expressa de vontade pela Empresa interessada para a formalização do respectivo Acordo Coletivo de Trabalho de banco de horas.” (fls. 499/500)

Idêntica previsão consta na CCT 2011/2012 (fl. 513), CCT 2012/2013 (fl. 525), CCT 2014/2015 (fls. 537/538), CCT 2015/2016 (fl. 552), bem como nos

acordos coletivos que vieram aos autos, a exemplo dos ACT's que tratam do acordo de compensação de horas, como se observa na cláusula décima segunda dos ACT 2011/2012 (fls. 409/410); ACT 2012/2013 (fl. 432); ACT 2013/2014 (fl. 435); ACT 2014/2015 (fls. 453), assinado pelo reclamante (fl. 461); e ACT 2015/2016 (fl. 483). Neste aspecto, tem-se que cumprido o requisito formal necessário para convalidação do sistema denominado "banco de horas".

Ao contrário do que sustenta o reclamante, não se considera a hora noturna reduzida prevista no artigo 73, parágrafo 1º, da CLT para o cômputo do limite diário máximo de 10 (dez) horas. Portanto, para o fim de invalidar o sistema "banco de horas" deve ser observada a hora real, e não a hora ficta noturna.

Ademais, a teor dos horários descritos nos controles de jornada (fls. 336/389), o labor extraordinário além da 10ª (décima) hora diária (CLT, artigo 59, § 2º, da CLT), quando verificado, foi ínfimo, relativo a apenas alguns minutos, e em circunstâncias esporádicas, como no dia 17 de dezembro de 2012 (fl. 358), por exemplo; sendo que a única extrapolação expressiva que pude verificar ocorreu em 12 de setembro de 2012 (fl. 355) fato insuficiente para declarar a invalidade do regime, que, na prática, foi regularmente cumprido.

Além disso, os cartões de ponto juntados aos autos demonstram as ocasiões em que houveram "crédito de banco de horas" e "débito de banco de horas", sendo que ao final de cada cartão ponto consta o total do "Banco de Horas Normal", indicando que houve a correta administração do regime. Portanto, o regime "banco de horas", regularmente instituído, é materialmente válido.

Logo, válido o banco de horas, julgaria indevido o pagamento das horas extras pleiteadas.

No entanto, prevaleceu o voto divergente apresentado pela eminente revisora, Desembargadora Rosalie Michael Bacila Batista, ao qual aderiu o ilustre Desembargador Ubirajara Carlos Mendes, nos seguintes termos:

"O Reclamante não se conforma com a sentença que considerou válido o banco de horas implementado mediante negociação coletiva. Cita exemplos de jornadas superiores ao limite legal, frisa-se, todas

“considerando a jornada noturna reduzida” (fls. 658-664), bem como que a Reclamada não dispunha de documento referentes a saldos/créditos, compensações e eventuais pagamentos de horas extras.

Conforme exposto na sentença e no voto do Juiz Relator, as CCTs vigentes à época do contrato (07/11/2011 a 12/08/015) permitiram a adoção do banco de horas, mediante negociação coletiva. A Reclamada trouxe aos autos os ACTs desse período, que instituíram o banco de horas. Extraí-se, desses documentos, os seguintes critérios:

“CLÁUSULA TERCEIRA

As horas do Banco de Horas serão lançadas e apuradas individualmente e mensalmente de forma a registrar a frequência do empregado, ficando disponível para aprovação do empregado em sistema eletrônico ou em documento impresso com a respectiva chancela do envolvido, sob a forma de uma conta corrente. Nesta conta corrente serão registradas:

- a) a crédito do empregado as horas extraordinárias realizadas além da sua jornada contratual;
- b) a débito do empregado as horas não trabalhadas durante a jornada contratual.

CLÁUSULA QUARTA

Para cada 1 (uma) hora excedente trabalhada, será lançada no Banco de Horas 1 (uma) hora de crédito. Cada hora excedente trabalhada será compensada pela concessão de (1) uma hora de folga.

CLÁUSULA QUINTA

A Empresa poderá compensar as horas lançadas no Banco de Horas pela diminuição em outro dia, anterior ou posterior.

CLÁUSULA SEXTA

Para os casos nos quais, durante a vigência do acordo, o número de horas apuradas for de no mínimo 30 (trinta) horas positivas, o trabalhador em comum acordo com a empresa, poderá manifestar por escrito, o interesse em compensar tais horas positivas nos dias que antecedem ou sucedem à fruição das férias, ainda que a data da efetiva compensação ocorra em meses posteriores à vigência do presente Acordo.

a) Caso o empregado e empresa optem em comum acordo por essa compensação das horas positivas durante tais períodos, tal condição lhe será garantida, e o Banco de Horas terá uma redução na mesma quantidade de horas em que o empregado desejar compensar.

b) Para fins de cômputo das horas, os dias de compensação

ocorrerão de segunda a domingo conforme escala de trabalho, salvo quando coincidir com feriado ou folga.

c) Tanto o empregado deverá solicitar a empresa, quanto à empresa deverá comunicar ao empregado, por escrito e com antecedência, o interesse pela compensação, sendo o prazo máximo para essa opção até o dia [...].

CLÁUSULA SÉTIMA

Na hipótese de convocação para o trabalho, além da jornada normal, integrarão o Banco de Horas as horas que excederem a carga horária semanal prevista em contrato de trabalho.

CLÁUSULA OITAVA

As faltas, atrasos e saídas injustificadas serão tratadas como ocorrência disciplinar e ficam excluídas do Banco de Horas, e sujeitas aos descontos e penalidades previstas em lei, salvo se negociado expressamente com o empregador através da chefia imediata.

CLÁUSULA NONA

De comum acordo entre empregados e a Empresa, esta através dos seus gestores, o saldo de horas a crédito poderá ser utilizado para compensação nos dias ponte entre feriados e finais de semana e dias úteis para complementar o início ou término das férias e licenças.

CLÁUSULA DÉCIMA

A hora noturna, para efeito de compensação com hora diurna, será considerada pelo número de minutos legalmente previsto (52´30´´).

Parágrafo primeiro- Somente os empregados lotados no turno da noite poderão compensar horas noturnas por horas noturnas, sendo que aqueles escalados eventualmente para o labor extraordinário noturno deverão ter compensadas as horas noturnas por horas diurnas.

Parágrafo segundo- O adicional noturno será pago quando da realização das horas noturnas.

[...]

CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA

Em caso de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral das horas positivas, na forma do parágrafo 2º do art. 59 da CLT, o empregado terá direito ao recebimento das horas extras positivas, com adicionais correspondentes. As horas negativas existentes no banco de horas, à época da rescisão, serão abonadas pelo empregador.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA

Ao final do período indicado no parágrafo primeiro da presente cláusula, a Empresa providenciará o balanço geral das horas lançadas no Banco de Horas e se não houver ocorrido à compensação integral e restar saldo positivo para o empregado este receberá na folha de pagamento os valores com os adicionais previstos na Convenção Coletiva de Trabalho.

Parágrafo Primeiro: se na apuração final das horas do banco, a ser realizada no dia 31 de agosto de 2016, resultar:

a) saldo positivo para o trabalhador, o valor correspondente deverá ser pago até o final do mês de setembro de 2016;

b) saldo negativo para o trabalhador as horas serão zeradas e abonadas.

Parágrafo Segundo - O empregador, antes do balanço final, poderá, a seu exclusivo critério, pagar aos empregados o total ou parte das horas creditadas no Banco de Horas.

[...]" (v.g. ACT 2011/2012, com vigência a partir de 01/09/2011 - fls. 408-410).

Nota-se que tais previsões foram repetidas nos demais ACTs (fls. 430-480).

Contudo, examinando os cartões de ponto às fls. 334-389 (considerados válidos na origem, sem insurgência recursal específica do Reclamante), nota-se que a Reclamada, de fato, não cumpria a exigência quanto ao controle mensal de créditos e débitos. Cito como exemplo o mês de novembro/2011 (fl. 338), o Reclamante fechou o mês com um saldo positivo de "16:48". No mês seguinte, porém, não consta referido saldo para fins de cômputo das horas positivas, tendo, o Autor, fechado o mês de dezembro/2011 com saldo negativo de "-30:09".

Somado a isso, verifica-se que a partir de setembro/2012 (fls. 354 a 364), havia previsão diária de crédito/débito, sendo indicado, ao final, apenas o saldo do mês, sem qualquer menção ao total de créditos e de débitos do período, persistindo a questão quanto ao cômputo, ou não, do saldo anterior no mês corrente.

Tais registros somente passaram a ser discriminados a partir de agosto/2013 (fls. 365 e seguintes), contudo, observa-se uma incongruência nas informações, pois consta como "SALDO INICIAL BANCO DE HORAS: -70:35" (fl. 365), enquanto que no mês anterior, o saldo foi de "-66:35" (fl. 364).

Tenho que em relação à competência setembro/2013 até abril/2014

(fls. 366-373) a Reclamada logrou demonstrar a observância dos requisitos para validade do banco de horas. Porém, a partir de maio/2014 voltou à sistemática anterior (fls. 374-389), ou seja, sem qualquer menção ao total de créditos e de débitos do período, persistindo a questão quanto ao cômputo, ou não, do saldo anterior no mês corrente, situação que perdurou até o término do contrato de trabalho.

Em relação ao labor acima de dez horas diárias, não se pode considerar a redução da jornada noturna para fins de apuração dessa situação. Todavia, no caso, penso que o Autor logrou comprovar, pelo menos no período em que a Ré não observava as exigências do banco de horas (de novembro/2011 a agosto/2013 e de maio/2014 até a rescisão), que trabalhou além do limite legal de duas horas de prorrogação. Apenas no período de 11/02/2012 a 10/03/2012 (fl. 344), infere-se, no mínimo, 7 dias de labor extraordinário acima de duas horas diárias - cito como exemplo os dias: (1) 16/02/2012, quando o Reclamante se ativou das "13:03" à 00:06", com 34 minutos de intervalo intrajornada; (2) 19/02/2012, o Recorrente trabalhou das "10:02" às 21:32", sem intervalo; (3) 23/02/2012, laborou das "12:44" à "00:04", com 19 minutos de intervalo; (4) 29/02/2012, das "12:46" às 23:38", sem intervalo; (5) 01/03/2012, das "13:01" às "23:55", sem intervalo; (6) 04/03/2012, quando o Autor laborou das "05:33" às "21:56", com intervalo intrajornada de 31 minutos; (7) 07/03/2012, das "11:04" às "22:30". Cito, também, o dia 27/09/2012 (labor das "12:48" às "23:47", com 44 minutos de intervalo intrajornada - fl. 355).

Dos recibos de pagamento às fls. 286-333, infere-se que apenas em setembro/2014 houve o pagamento a título de horas extras (fls. 320).

Ante o exposto, forçoso declara a invalidade do banco de horas nos períodos de novembro/2011 a agosto/2013 e de maio/2014 até a rescisão, condenando a Reclamada ao pagamento de horas extras, pelo labor excedente da 8ª hora diária e 44ª hora semanal, de forma não cumulativa, não sendo o caso de aplicação da Súmula nº 85 do C. TST, nos termos do seu item V. Defere-se o abatimento global dos valores pagos sob os mesmos títulos."

Diante do exposto, dou provimento para condenar a reclamada ao pagamento de horas extras pelo labor excedente da 8ª hora diária e 44ª hora semanal e reflexos, cuja apuração observará o seguinte:

- **base de cálculo: evolução salarial** dos recibos de pagamento que acompanham a defesa;

- **horário de trabalho dos cartões-ponto, contado minuto a minuto e na forma da súmula 366 do c.TST, na ausência de cartões pela média;**

- excedentes da **8ª** hora diária e **44ª** semanal, não cumulativas, divisor **220**, e adicional de 50% ou convencional, o que for maior;

- **adicional noturno** de 20% do valor da hora normal para as horas trabalhadas entre as 22h e 5h, bem como sobre as horas trabalhadas em **prorrogação** ao horário noturno, durante todo o contrato;

- **observe a hora noturna reduzida** para as horas trabalhadas entre as 22h e 5h, bem como sobre as horas trabalhadas em prorrogação ao horário noturno, durante todo o contrato;

- **reflexos** em repouso semanal remunerado (domingos e feriados, exceto Carnaval e Corpus Christi quando não previstos em Lei Municipal ou Nacional), em férias com 1/3, 13º salário e FGTS;

- dias efetivamente trabalhados, excluídos os dias de ausência ao serviço, tais como faltas e férias usufruídas.

- os **valores pagos** sob o mesmo título deverão ser deduzidos por ocasião da liquidação da sentença. Os abatimentos deverão ser realizados pelo total de horas extras quitadas durante o período imprescrito de trabalho, nos termos da Súmula 415 do c. TST.

2.2. Intervalo Intrajornada, Interjornada e Descanso Semanal Remunerado

Confere-se nos controles de jornada (fls. 336/389) que não houve violação ao intervalo interjornada. Da mesma forma, do cotejo dos referidos documento com os demonstrativos de pagamento (fls. 286/333) não é possível constatar a ocorrência de trabalho em dia descanso semanal remunerado sem o correspondente pagamento, sendo que nem mesmo o reclamante apontou uma ocorrência sequer em que houve violação aos referidos períodos de descanso (impugnação à contestação, fls. 574/585), ônus que lhe incumbia (artigo 818 da CLT c/c artigo 373, I, do CPC).

Por outro lado, verifico que houve violação ao intervalo intrajornada, sem o correspondente pagamento (demonstrativos de pagamento, fls. 286/333).

A natureza jurídica do pagamento relativo ao tempo de intervalo suprimido é indenizatória porque corresponde a período de inatividade e que normalmente não se conta na jornada efetiva de trabalho.

A Lei nº. 13.467/2017 acrescentou ao parágrafo 4º do art. 71 da CLT o esclarecimento de que se refere apenas ao tempo suprimido e que tem natureza de indenização.

A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho.

As súmulas 437, I do TST e 19 do TRT da 9ª Região interpretavam o pagamento do tempo de intervalo suprimido como salário e consideravam devida uma hora inteira ainda que a supressão do intervalo fosse parcial. Essa interpretação era fruto de atividade legiferante a propósito de uma jurisprudência eminentemente criativa.

Sem embargo, o direito criado pelas súmulas não é adquirido, senão exercido somente depois de reconhecido por decisão judicial transitada em julgada, vale dizer, não há direito adquirido baseado em súmulas. De tal maneira, a interpretação criativa da lei não é imutável, mas se amolda a regra legal vigente no momento em que a decisão judicial é proferida. Quando há mudança na lei que implica alteração da interpretação criativa, o entendimento do tribunal é superado e se deve aplicar a lei formal. Nesse caso não há direito adquirido. Apenas se já houver sentença definitiva reconhecendo o entendimento superado pela lei atual, é que se poderá exigir a estabilidade da decisão, com fundamento na garantia constitucional de imutabilidade da coisa julgada. Não há limitação temporal quanto à superação do entendimento firmado em súmula que cria direito, sendo que as situações anteriores que não foram judicializadas sujeitam-se ao império da lei atual.

Nesse sentido, o art. 489, § 1º, VI do CPC considera que a superação do entendimento da súmula é um motivo para deixar de ser aplicada:

Art. 489 ..

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (destaquei)

Portanto, o entendimento das Súmulas 437, I do TST e 19 do TRT da 9ª Região foi superado pelo art. 71, § 4º da CLT com redação da Lei 13.467/2017, de modo que o pagamento do intervalo alimentar suprimido se limita ao tempo não usufruído e tem natureza indenizatória, não incidindo reflexos em outras verbas do contrato de trabalho.

Por esses fundamentos, daria provimento parcial ao recurso para limitar o pagamento do intervalo suprimido ao tempo efetivamente não usufruído conforme se apurar dos registros de ponto juntados aos autos, acrescido do adicional de 50% sobre o valor da hora normal, sem reflexos, observados os parâmetros fixados para as horas extraordinárias.

Entretanto, para a manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, curvo-me ao entendimento desta C. Turma, que entende aplicáveis as diretrizes das Súmulas 437, I do TST e 19 do TRT da 9ª Região, dou provimento para condenar a reclamada ao pagamento de 1 (uma) hora extraordinária, nos dias em que houve concessão de intervalo intrajornada inferior a 1 hora, considerada a jornada anotada nos controles de jornada, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71, parágrafo 4º, da CLT).

3. ADICIONAL NOTURNO

Consta na sentença/Embargos de declaração (fls. 638):

Não comprovou o autor violação dos intervalos, nem demonstrou a existência de diferenças de horas extras não compensadas e inadimplidas e nem diferenças de adicional noturno.

Razões de recurso / Pretensão : Conforme a previsão convencional - CCTs

do Sindijor Paraná (Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Paraná), requer-se a reforma da sentença no sentido de condenar as rés ao pagamento correto de adicional noturno de 20%, para o labor ocorrido das 22h às 5h, com a aplicação de hora reduzida para o cálculo de as verbas trabalhistas em litígio (fls. 664/665)

Considerando a conclusão do tópico “1”, prejudicada a análise dos pedidos dependentes do enquadramento do reclamante na categoria profissional dos jornalistas, tal qual o de adicional noturno fundando na Convenção Coletiva de Trabalho do Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Paraná (razões recursais, fls. 664/665).

Todavia, para que não se alegue omissão registro que a partir do cotejo dos controles de jornada (fls. 336/389) e demonstrativos de pagamento (fls. 286/333) não é possível constatar a existência de diferenças de adicional noturno. Além disso, o reclamante não logrou demonstra-las, seja aquelas decorrentes da aplicação do adicional noturno ou hora noturna reduzida, ônus que lhe incumbia (artigo 818 da CLT c/c artigo 373, I, do CPC).

Nego provimento.

4. INDENIZAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS PELA REPUBLICAÇÃO DE TEXTOS E VÍDEOS JORNALÍSTICOS E INDENIZAÇÃO POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS

Consta na sentença (fls. 615/616):

“Afirma o autor que a decisão embargada é omissa em relação ao pedido de pagamento de direitos autorais.

Omissa a sentença complemento-a.

Relatou o autor que “produziu diversas matérias (reportagens, textos e vídeos) para a Editora G. D. P. , que o contratou, todavia, o produto final, isto é, a notícia foi publicada em outros veículos de comunicação e portais na internet mantidos pelo Grupo GRPCOM, assim como os vídeos postados no site das reclamadas (www.gazetadopovo.com.br), sem a respectiva remuneração: o pagamento dos direitos autorais”.

Aduziu que “a Editora G. D. P. costuma contratar jornalistas para apurar

informações, escrever textos, conteúdos para blogs, gravar vídeos e produzir colunas, material publicado na versão impressa do jornal G. D. P. e divulgado nas suas plataformas digitais, fruto de labor intelectual”.

Sustentou que “já os Blogs são mantidos na internet com textos e vídeos de seus empregados, com material jornalístico produzido para público segmentado, obtendo audiência e recursos publicitários pelos acessos, todavia, sem remunerar pelo trabalho” e que “este material também é reproduzido na internet, inclusive no site globo.com (G1), no Jornal de Londrina e em outros veículos de comunicação do Grupo GRPCOM, sem o pagamento dos respectivos direitos autorais”.

Requeru “o pagamento por matérias e por vídeos do Reclamante publicados no Jornal de Londrina e nos portais eletrônicos ligados ao Grupo GRPCOM, assim como das filmagens e de textos publicados em BLOGs e vídeos postados na internet pelas reclamadas. O número de matérias divulgadas extrai-se de mera consulta aos sites referenciados, embora a reclamada Editora Jornal de Londrina tenha retirado da internet as publicações, dados públicos e notórios, e acessíveis a qualquer interessado”.

Em defesa a ré, entre outros argumentos, afirma que o autor se comprometeu a trabalhar para todas as empresas do grupo.

Pois bem.

Na cláusula 12ª do contrato de trabalho (fls. 51) as partes pactuaram que o labor poderia se dar em mais de uma das empresas do grupo econômico empregador.

Além disso, na cláusula 25ª do contrato de trabalho (fls. 53) o autor cedeu expressamente à ré os direitos autorais relativos às produções elaboradas em razão do contrato de trabalho.

Rejeito.”

Razões recursais (fls. 665/669):

1) as rés republicaram textos e vídeos com créditos autorais do autor, sem autorização e sem a respectiva indenização, em violação aos art. arts. 5.º, incisos XXVII e XVIII, da CF; normas convencionais do Sindijor/PR citadas na petição inicial; e o art. 1.º e seguintes da lei n.º 9.610/98, que define direito autoral de obra literária, como o texto jornalístico, a interpretação restritiva de negócios jurídicos sobre eles, e que a sua reutilização ou utilização depende de cessão sempre por escrito e se presume onerosa.

Pretensão: requer-se a reforma da sentença de mérito, uma vez que as rés/reclamadas/recorridas republicaram textos e vídeos com créditos autorais do recorrente sem a respectiva indenização, nos termos dos pedidos iniciais

A cláusula vigésima quinta do contrato (fl. 53) firmado entre o reclamante e a empregadora prevê que pertencem exclusivamente à empresa os direitos autorais de qualquer processo criativo que se relacione direta ou indiretamente aos produtos e serviços produzidos e/ou comercializados pela empresa que sejam desenvolvidos ou criados pelo empregado. Portanto, os textos e vídeos produzidos pelo reclamante podem ser publicados e republicados independentemente de autorização do reclamante, sem que se caracterize violação aos artigo 5º, incisos XXVII e XVIII, da CF, artigo 1.º e seguintes da Lei n.º 9.610/98 e às normas convencionais do sindicato.

Assim, plenamente válida e regular a republicação de textos e vídeos produzidos pelo reclamante, é incabível a indenização pretendida.

Nego provimento.

5. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS POR CERCEAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Consta na sentença (fls. 615/616):

“No que concerne ao dano moral, o artigo 5º, X, da Constituição Federal, diz que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. A indenização pelo prejuízo moral também é garantida pelo inciso V do mesmo artigo 5º.

Esta tipagem de indenização, no entender do Juízo, só é autorizada se houver um ilícito, causado por dolo ou culpa. Nesta senda, o artigo 186 do Código Civil estabelece:

Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

E o artigo 927 do mesmo codex arremata:

Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

A conclusão é luzidia: para que haja indenização, exige-se a prova (ROBUSTA) do ilícito, bem como o nexo entre o ilícito e o prejuízo experimentado.

Não é esta a situação que se nos afigura aqui. Não há notícia nos autos de violação da honra objetiva ou subjetiva da reclamante.

As orientações dadas pela ré alegadas na inicial constituem mera medidas de bom senso, para que os empregados não causem dano moral (lesão à imagem) do empregador, e de boa ética profissional entre os colegas de trabalho.

Desse modo, rejeita-se a pretensão de reparação dos danos morais.”

Razões recursais (fls. 669/670):

1) sofreu cerceamento à liberdade de expressão, uma vez que as rés/recorridas censuram a sua livre manifestação em redes sociais com relação a notícias e produtos do grupo econômico patronal;

2) foi caracterizado o abuso de direito do empregador, que se aproveitou do seu poder hierárquico e impôs censura à liberdade de expressão obreira.

Pretensão: reforma da sentença de improcedência com relação ao dano moral/assédio moral em litígio, com a condenação das rés/recorridas à reparação civil nos termos iniciais.

Por se tratar de fato constitutivo do direito, cabe ao reclamante a prova da violação do direito de liberdade de expressão (artigo 818 da CLT c/c artigo 373, II, do CPC).

Não há nos autos prova documental ou oral (ata de audiência fls. 590/592) que comprovem a alegação do reclamante de que a empregadora, sob ameaça de dispensa, censurou sua manifestação em redes sociais ou o proibiu de se manifestar sobre matérias e conteúdos publicados no site www.gazetadopovo.com.br e sobre produtos e artistas da Rede Globo.

Assim, ausente prova da violação ao direito de liberdade de expressão, é indevida a indenização civil.

Nego provimento.

ACÓRDÃO

Em Sessão Ordinária realizada nesta data, sob a Presidência da Excelentíssima Desembargadora Rosalie Michaelle Bacila Batista; presente o Excelentíssimo Procurador Leonardo Abagge Filho, representante do Ministério Público do Trabalho; computados os votos dos Excelentíssimos Desembargadores Marcus Aurelio Lopes, Rosalie Michaelle Bacila Batista e Ubirajara Carlos Mendes; prosseguindo o julgamento; **ACORDAM** os Desembargadores da 7ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, por unanimidade de votos, nos termos da fundamentação, **CONHECER DO RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE**. No mérito, por igual votação, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para condenar a reclamada ao pagamento de **a)** horas extraordinárias excedentes da 8ª hora diária e 44ª semanal e reflexos; **b)** horas extras pela violação intervalar.

Custas inalteradas.

Intimem-se.

Curitiba, 7 de março de 2019.

MARCUS AURELIO LOPES
Juiz Convocado

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA – DIREITO DO EMPREGADO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS EM CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO À HONRA E À IMAGEM DA EMPRESA - JUSTA CAUSA DESCARACTERIZADA – AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE ENTRE A CONDUTA OFENSIVA E A PENA MÁXIMA DE DISPENSA .

No caso dos autos , verifica-se que o fato, por si só, de a empregada emitir opinião pessoal nas redes sociais sobre a qualidade da alimentação fornecida pela empresa, em configuração de privacidade restrita ao seu círculo de amizade , e na condição de consumidora dos serviços hospitalares da demandada, não configura gravidade suficiente a ensejar a dispensa por justa causa, mormente quando não consignadas outras faltas cometidas pela autora em sua grade curricular, nem observada a gradação de penas para legitimar a resolução contratual, que se dera, com efeito, de forma abrupta, em decorrência do único fato referido, que não se demonstra grave o bastante para a dissolução do liame empregatício existente entre as partes – frise-se. Considerando tais premissas fáticas, extrai-se do acórdão regional a ausência de proporcionalidade entre a sanção máxima de dispensa com a falta funcional praticada, tendo em vista que a reclamada agiu com rigor excessivo ao proceder à rescisão contratual por justa causa. O ato praticado pela reclamante não ensejou seu enriquecimento ilícito, nem gravidade suficiente que impossibilitasse a subsistência do vínculo de emprego. Ao contrário, a conduta da reclamante insere-se no exercício do direito de liberdade de expressão de opinião e pensamento , assegurado constitucionalmente no art. 5º, IV, da Carta Política de 1988. Precedentes.

Agravo de instrumento desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-2361-81.2015.5.02.0034** , em que é Agravante **R. D. S. L. S.A.** e Agravada **M. V. L. .**

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela reclamada contra decisão do 2º Tribunal Regional do Trabalho, que denegou seguimento ao seu recurso de revista.

Foram apresentadas **contraminuta** e **contrarrazões** .

Processo não submetido a parecer do Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 95 do RITST.

O recurso foi interposto sob a égide da Lei nº 13.015/2014, do CPC/2015 e da Instrução Normativa nº 40 do TST.

É o relatório.

V O T O

1 - CONHECIMENTO

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade (fls. 240 e 245; 131 e 129; 176, 179, 232 e 234), **conheço** .

2 - MÉRITO

2.1 - DIREITO DO EMPREGADO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NAS REDES SOCIAIS EM CONTRAPOSIÇÃO AO DIREITO À HONRA E À IMAGEM DA EMPRESA - JUSTA CAUSA DESCARACTERIZADA - AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE ENTRE A CONDUTA OFENSIVA E A PENA MÁXIMA DE DISPENSA - NÃO OBSERVÂNCIA DA GRADAÇÃO DAS PENALIDADES

Eis os termos da decisão recorrida que manteve a sentença que descaracterizou a justa causa que embasou a rescisão contratual praticada pela reclamada:

Insurge-se a reclamada contra a decisão do Magistrado *a quo* , que reverteu a justa causa aplicada à reclamante, insistindo na tese de que restaram configurados atos de indisciplina e de mau procedimento praticados pela obreira.

A irresignação não merece acolhida, senão vejamos.

É cediço que o emprego é a fonte de subsistência do trabalhador e de sua família, e constitui o bem jurídico maior dentre todos quantos se contêm nas normas trabalhistas. A continuidade dos contratos se erige à categoria de princípio no âmbito do Direito do Trabalho, e é alvo da máxima preocupação do legislador, de sorte que a

denúncia desonerada do vínculo, por iniciativa patronal, somente se justifica quando solidamente comprovada a culpa grave do empregado.

A configuração da justa causa exige, assim, a plena comprovação de prática de ato ilícito pelo empregado, que viole inequivocamente obrigação legal ou contratual, e que seja de tal gravidade que impossibilite a subsistência do liame. Para tal caracterização, deverá existir, outrossim, relação de causa e efeito entre o fato e a punição, além da reação imediata da empresa.

Portanto, as alegações de justa causa autorizadas do rompimento do contrato de trabalho devem estar arrimadas em prova cabal, robusta, inequívoca e irrefutável. Outrossim, tais imputações devem estar revestidas de tal gravidade que tornem impossível a continuidade do contrato laboral.

In casu, a reclamada dispensou a demandante por justa causa, sob o argumento de que restaram configurados atos de indisciplina e de mau procedimento, nos moldes do artigo 482, alíneas *b* e *h*, da CLT, com a alegação de que a autora ofendeu a honra e a imagem da empresa ao postar, em rede social, a mensagem a seguir transcrita: **“R. D. é R. D., em qualquer lugar uma porcária!!! Vc espera desde o meio dia para te trazerem o almoço, aí as 15hs te trazem um mini pão e um leite!!!”** (doc. de fl. 56).

Nesse contexto, destacando-se que os fatos alegados em defesa restaram incontroversos, consoante o documento de fl. 56, anexado com a exordial, tem-se que o debate acerca da falta grave se prende à análise da referida postagem realizada pela demandante, cujo conteúdo a ré entendeu ser inadequado, bem como pela circunstância de ter sido realizada no momento em que a reclamante era usuária dos serviços da ré, como consumidora. Vejamos, pois, se a imputação subsiste.

Ora, é bem verdade que nosso país preza a liberdade de expressão e a Constituição que veio reconstruir nossa ainda incipiente democracia é enfática em diversos dispositivos ao consagrar a liberdade como fundamento para uma convivência humana plural, harmônica, inclusiva e tolerante. Já no art. 1º a CF insere entre os pilares da República a democracia (caput), a cidadania (inciso II), a dignidade da pessoa humana (III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (IV). Já o art. 5º, ao tratar dos Direitos e Garantias Individuais Fundamentais, proclama a igualdade,

e inviolabilidade do direito à vida e à liberdade. Ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a não ser em virtude de lei (5º, II). Já a livre manifestação do pensamento (IV) é direito de todos, o que inclui a manifestação de opinião como um direito inalienável da pessoa humana.

Por outro lado, não se nega o direito da empresa e titulares de protegerem sua honra e imagem. Postas estas premissas e a despeito de todo o aduzido na petição recursal, **na hipótese dos autos, entretanto, entendo que não restou violada a imagem e a honra da empresa e tampouco configurada a conduta de mau procedimento ou de indisciplina por parte da reclamante, devendo ser mantida *in totum* a decisão primária.**

É irrecusável em nossos dias o valor das redes sociais e da *internet* como um território livre onde as opiniões trafegam com intensidade nunca vista. E justamente por se tratar de um espaço livre, acaba por ensejar abusos, muitos deles praticados sob o véu do anonimato. No que interessa às relações de trabalho, não se desconhece que este espaço, que deveria estar reservado ao trânsito qualificado de idéias e opiniões enriquecendo o exercício da cidadania, por vezes tem sido apropriado para destilar mágoas e ofensas, suscetíveis de ocasionar danos à imagem de empregadores ou empregados. Tampouco se desconhece que certas manifestações de empregados em redes sociais podem atingir as empresas, inclusive tornando públicas questões sigilosas, privadas e dependendo da gravidade e dimensão, configurar falta grave, como bem destacado pelo D. Juízo de origem.

Entretanto, no atual estágio da evolução tecnológica e do mundo globalizado e cada vez mais conectado, é corriqueiro as pessoas manterem contato por meio de redes sociais (*facebook*, entre outros), sendo certo que, muitos utilizam referido meio de comunicação por mero lazer, ou como forma de diário, para o qual vertem alegrias e por vezes desabafos, que buscam compartilhar com amigos, como aconteceu com a autora. E tal situação se afigura bastante compreensível neste caso, notadamente por se tratar, na ocasião, de manifestação advinda na condição de usuária dos serviços da ré.

Com efeito, da leitura atenta das considerações feitas pela demandante em sua página da rede social, constata-se que embora tenham sido desprovidas de maior

cautela, tais postagens, em tom de desabafo da autora como consumidora dos serviços hospitalares da ré, foram compartilhadas com pessoas do seu ciclo de amizade. Assim, embora o ocorrido possa ter causado alguma sorte de dissabor à demandada, até porque outros empregados do ciclo de amizade da recorrida poderiam ter acesso ao texto por ela produzido, no contexto dos autos, o ocorrido não tem gravidade suficiente a justificar a incidência da pena capital trabalhista. E sendo a reclamante usuária dos serviços, melhor não seria que sua crítica merecesse alguma atenção com vistas a corrigir eventuais problemas? Ou sua condição de empregada vedava *a priori* o exercício da crítica em ambiente restrito? Sob qualquer ângulo o que constata é que a reclamada agiu com rigor excessivo, apropriando-se de um fato isolado para promover a dispensa desonerada da trabalhadora.

A aplicação das penalidades, sempre que possível, deve obedecer um critério de razoabilidade e justiça, recomendando-se a sua aplicação de forma gradativa e pedagógica, levando em conta fatos concretos e o histórico profissional do trabalhador. **Na hipótese dos autos, a aplicação de uma advertência, censura ou suspensão já seria um excesso, beirando a punição por “delito” de opinião. Que dizer então de uma justa causa? Assim, entendendo que a punição aplicada, no contexto da vida profissional da autora na empresa, revelou-se descabida e excessivamente rigorosa, frente a uma trabalhadora sem qualquer nódoa curricular** . Se, diante do ocorrido, a reclamada decidiu pela impossibilidade de prosseguimento do pacto laboral havido entre as partes, deveria, ao menos, ter promovido a dispensa da autora sem justa causa, com o oferecimento das verbas rescisórias. É de rigor, pois, o reconhecimento de que não houve o propalado mau procedimento por parte da autora, e que o despedimento foi imotivado, o que torna devidas as verbas rescisórias deferidas pela origem.

Ante o exposto, mantenho.

Na minuta do agravo de instrumento, a empresa agravante renovou a única afirmação de que a autora “denegriu publicamente a imagem da empresa, causando danos diante da repercussão de comentário dentro do próprio hospital e perante seus pacientes, conduta esta que, sem dúvida, está em desacordo com o Código de Ética e as regras internas do Hospital”, o que justificou a rescisão contratual por justa causa.

Apontou violação do art. 482, “b” e “h” , da CLT e divergência jurisprudencial.

Inicialmente, cumpre esclarecer que somente as questões e os fundamentos jurídicos trazidos no recurso de revista e adequadamente reiterados nas razões do agravo de instrumento serão apreciados nesta oportunidade, em observância ao instituto processual da preclusão.

Reputo satisfeito o pressuposto formal do art. 896, §1º-A, I, da CLT (trecho – fls. 224-226).

Por outro lado, indispensável destacar que, conforme disposição do § 8º do art. 896 da CLT, incumbe ao recorrente, para a validade do dissenso de teses suscitado, a demonstração das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados. Nessa senda, é inadmissível a simples reprodução de arestos supostamente divergentes da decisão regional, desacompanhada de argumentação analítica que correlacione as violações e a divergência, de forma explícita, com o acórdão impugnado, como realizado pelo reclamado a fls. 227-229.

No caso, o Tribunal Regional, após ter ponderado os direitos constitucionais de liberdade de expressão do empregado e o direito à honra e à imagem da empresa, concluiu que o ato faltoso não foi grave suficiente à configuração da justa causa para a rescisão contratual, ante as seguintes premissas fáticas extraídas do conjunto probatório: a) as postagens nas redes sociais, em tom de desabafo, exteriorizadas como opinião pessoal da autora e como consumidora dos serviços hospitalares da ré, foram compartilhadas com pessoas do seu ciclo de amizade, b) histórico funcional hígido, inexistindo registro de condutas faltosas anteriores.

Assim dispõe o referido artigo:

Art. 482 – Constituem justa causa para a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

.....

h) ato de indisciplina ou de insubordinação;

A demissão por justa causa, punição máxima, somente se justifica quando a gravidade da conduta do trabalhador ou a inequívoca quebra de confiança **sejam de tal ordem que inviabilizem a gradação de sanções**. Não foi o que ocorreu no caso dos autos. O ato praticado pela reclamante não ensejou seu enriquecimento ilícito, nem gravidade suficiente que impossibilitasse a subsistência do vínculo de emprego. Ao contrário, a conduta da reclamante insere-se no exercício do direito de liberdade de expressão de opinião e pensamento, assegurado constitucionalmente no art. 5º, IV, da Carta Política de 1988.

Saliente-se que a despedida por justa causa afeta a vida laboral e social do trabalhador, de modo que, na forma como fixada pelo acórdão regional, considerando que o ato foi praticado apenas em uma oportunidade, revela-se mais adequada a gradação de sanções.

Sobre a matéria, trago a lição de Maurício Godinho Delgado:

Trata-se de conduta faltosa obreira que provoque dano ao patrimônio empresarial ou de terceiro, em função de comportamento vinculado ao contrato de trabalho, com o objetivo de alcançar vantagem para si ou para outrem. O ato de improbidade, embora seja também mau procedimento, afrontando a moral genérica imperante na vida social, tem a particularidade, segundo a ótica justralhista, de afetar o patrimônio de alguém, em especial do empregador, visando, irregularmente, a obtenção de vantagens para o obreiro ou a quem este favorecer. (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 1112.)

No caso dos autos, verifica-se que o fato, por si só, de a empregada emitir opinião pessoal nas redes sociais sobre a qualidade da alimentação fornecida pela empresa, em configuração de privacidade restrita ao seu círculo de amizade e na condição de consumidora dos serviços hospitalares da demandada, não configura gravidade suficiente a ensejar a dispensa por justa causa, mormente quando não consignadas outras faltas cometidas pela autora em sua grade curricular, nem observada a gradação de penas para legitimar a resolução contratual, que se deu, com efeito, de forma abrupta, em decorrência do único fato referido, que não se demonstra grave o bastante para a dissolução do liame empregatício existente entre

as partes – frise-se.

Considerando tais premissas fáticas, extrai-se do acórdão regional a ausência de proporcionalidade entre a sanção máxima de dispensa com a falta funcional praticada, tendo em vista que a reclamada agiu com rigor excessivo ao proceder à rescisão contratual por justa causa.

A seguir, transcrevem-se julgados similares, nos quais a justa causa restou descaracterizada, pois não verificada a proporcionalidade da pena máxima de rescisão contratual com a conduta ofensiva praticada pelo empregado, *in verbis* :

RECURSO DE REVISTA - RESCISÃO CONTRATUAL POR JUSTA CAUSA - IMPROBIDADE - MARCAÇÃO DE PONTO DE DUAS COLEGAS QUE JÁ HAVIAM SAÍDO DO LOCAL DE TRABALHO ESQUECENDO-SE DE REALIZAR O RESPECTIVO REGISTRO - EM ÚNICA OPORTUNIDADE - REVERSÃO EM DISPENSA IMOTIVADA. A demissão por justa causa, punição máxima, somente se justifica quando a gravidade da conduta do trabalhador ou a inequívoca quebra de confiança sejam de tal ordem que inviabilizem agraduação de sanções. Não foi o que ocorreu no caso dos autos. A conduta da reclamada, - ao demitir por justa causa (art. 482, "a", da CLT - improbidade) a empregada que atendeu ao pedido feito por duas colegas que já haviam cumprido a sua jornada de trabalho, de "bater o ponto" delas, pois já haviam saído da empresa e tinham se esquecido de fazê-lo, em uma única oportunidade e tratando-se de reclamante sem qualquer registro de conduta desabonadora em seu ambiente laboral -, a despeito de ser grave o ato praticado pela obreira, revela-se desproporcional, sendo necessário, in casu, haver a gradação de sanções, já que não houve dano ao patrimônio empresarial, pois as empregadas já haviam cumprido as suas jornadas integralmente, olvidando-se, contudo, de efetuar o respectivo registro. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1236-26.2013.5.20.0009, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT de 28/8/2015)

RECURSO DE REVISTA - DISPENSA POR JUSTA CAUSA - REVERSÃO. Após acurada análise do conjunto fático-probatório constante dos autos, notadamente da prova testemunhal, o Tribunal Regional entendeu que a conduta praticada pelo reclamante, consistente em ofensas de baixo calão contra o supervisor perante os colegas e a recusa em dirigir o

ônibus, não é grave o suficiente a justificar a rescisão do contrato de trabalho por justa causa. Considerou que o presente caso exigia uma maior gradação das penalidades, observando a proporcionalidade entre o ato faltoso e a pena aplicada, tendo em vista que o contrato de trabalho perdurou por mais de 15 (quinze) anos e que o autor recebeu apenas uma suspensão ao longo desse período, mais de três anos antes de sua dispensa. Ao contrário do alegado pela reclamada, a decisão recorrida não negou vigência à alínea “h” do art. 482 da CLT, mas apenas considerou que a hipótese dos autos não se amolda ao referido dispositivo legal, pois deveria ter sido aplicada uma penalidade mais branda ao empregado. Dessa forma, inexistente ofensa literal ao artigo de lei federal reputado violado. Recurso de revista não conhecido. (RR - 1037-79.2012.5.04.0204, Rel. Min. Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, DEJT de 18/9/2015)

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. JUSTA CAUSA. INSUBORDINAÇÃO. **DISPENSA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INOBSERVÂNCIA.** Impõe-se confirmar a decisão agravada, na qual constatada a ausência dos pressupostos de admissibilidade do recurso de revista, uma vez que as razões expendidas pelo agravante **não se mostram suficientes a demonstrar o apontado equívoco em relação a tal conclusão.** Agravo conhecido e não provido. (Ag-AIRR - 332-84.2014.5.08.0015, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, 1ª Turma, DEJT de 20/4/2018)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. (....) REVERSÃO DA JUSTA CAUSA. ATO DE INSUBORDINAÇÃO. CRITÉRIO DA GRADAÇÃO QUE JUSTIFICASSE A RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. I - Não é demais assentar que a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o simples fato de a parte reproduzir no recurso ordinário a mesma argumentação exposta na contestação não enseja ofensa ao princípio da dialeticidade recursal. II- Sobretudo se tais argumentos mostram-se suficientes para contrastar a decisão recorrida, pelo que não se visualiza a aludida afronta aos artigos 5º, LIV, da Constituição e 514, II, do CPC/73. **III- Da decisão impugnada, a seu turno, observa-se ter o Regional consignado que efetivamente a recorrida se mostrara indisciplinada e insubordinada, tendo, no entanto, rejeitado a resolução do contrato, por não ter sido demonstrada a proporcionalidade entre a falta praticada e a penalidade que lhe fora imposta. IV - Acrescentou, na sequência, a assertiva de que**

durante todo o contrato de trabalho de trabalho ela não recebera nenhuma punição por ter faltado ao serviço ou, particularmente, por ter praticado qualquer ato de insubordinação ou indisciplina. V - **É sabido que a dispensa por justa causa decorre da prática de faltas funcionais cometidas pelo empregado, elencadas no artigo 482 da CLT, em que algumas delas, de menor potencial ofensivo, só leva à resolução do contrato no caso de reincidência, ao passo que outras dispensam a sua reiteração, dada à sua gravidade que rompe de forma definitiva a fidúcia inerente ao contrato de trabalho.** VI - **Além disso, tais faltas veniais ou mesmo faltas mais graves sujeitam-se por igual aos requisitos da atualidade, do nexó de causalidade, eventualmente à proporcionalidade da medida disciplinar e sobretudo à proibição da dupla punição ou do *non bis in idem*.** VII - **Malgrado os elementos de provas constantes do acórdão atacado demonstrem o ato de insubordinação praticado pela recorrida, ao deixar o trabalho como forma de protesto pela não observância da folga referente ao feriado de Corpus Christi, sobressai a certeza de terem se utilizado do direito de resistência, em função do qual o despedimento por **justa causa revelara-se desproporcional**.** VIII - Acresça-se, de outro lado, não ter havido prova de que a recorrente tivesse observado o princípio da gradação das penas, consistente na advertência e posterior suspensão, para legitimar a resolução contratual, em que pese o ato de insubordinação, em regra, dispensar esse itinerário pedagógico, considerando a sua extrema gravidade. IX - Ocorre ser imperativa a observância daquele princípio por ter a recorrida praticado o ato de insubordinação somente uma única vez ao longo do seu período contratual, em que não se lóbrigara o cometimento de nenhuma outra falta funcional, mesmo que venial. X - Some-se a tais digressões jurídico-factuais do acórdão local, intangíveis em sede de cognição extraordinária, a teor da Súmula 126/TST, a incontroversa convicção de que a recorrente não lhe oportunizara a readequação da conduta, tendo agido, ao contrário, com irrefutável rigor excessivo no exercício do seu poder disciplinar, o bastante para conspirar pela conversão da justa causa em dispensa imotivada. XI - A partir desse extenso histórico jurídico-factual, dedutível do contexto probatório, não se depara com a pretensa violação dos artigos 818 da CLT e 333, inciso I, do CPC/73. XII - Isso porque a Corte local, a despeito da equivocada alusão às regras do ônus subjetivo da prova, valera-se efetiva e assinaladamente do princípio da persuasão racional do artigo 131, do

CPC/73, em que se encontra subentendido o multicitado fenômeno da despersonalização da prova. XIII - Recurso de revista não conhecido. (...) (TST-RR-1495-90.2014.5.08.0115, 5ª Turma, Rel. Min. Antonio José de Barros Levenhagen, DEJT de 12/5/2017; destaquei)

RECURSO DE REVISTA. 1. REFLEXOS DAS HORAS EXTRAS PELO AUMENTO DA MÉDIA REMUNERATÓRIA NO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. Nos termos da OJ nº 394 da SBDI-1/TST, “a majoração do valor do repouso semanal remunerado, em razão da integração das horas extras habitualmente prestadas, não repercute no cálculo das férias, da gratificação natalina, do aviso prévio e do FGTS, sob pena de caracterização de “bis in idem”. Recurso de revista conhecido e provido. 2. FORMA DE DISSOLUÇÃO CONTRATUAL. JUSTA CAUSA. A imposição da maior penalidade aplicável ao empregado, consistente na rescisão do contrato por justa causa, norteia-se pelos princípios da atualidade, **proporcionalidade**, gravidade e caráter determinante, necessitando, ainda, da produção de prova robusta sobre o cometimento da infração. Por força, também, **do princípio da continuidade da relação de emprego que vigora no Direito do Trabalho, é ônus do empregador demonstrar, de forma inequívoca, a presença dos motivos e dos requisitos ensejadores da referida modalidade de dispensa**. Assim, inexistindo elementos a corroborar a dispensa motivada aplicada, correta a decisão que concluiu pela extinção do contrato de trabalho de forma imotivada. Recurso de revista não conhecido. (RR-10903-32.2013.5.03.0131, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, DEJT de 17/6/2016)

Em face dos fundamentos acima esposados e, notadamente, considerando a desproporcionalidade da pena inferida dos termos do acórdão regional, não se há de falar em violação do art. 482, “b” e “h”, da CLT.

Ao contrário do alegado pela reclamada, a decisão recorrida não negou vigência às alíneas “b” e “h” do art. 482 da CLT, mas apenas considerou que a hipótese dos autos não se amolda ao referido dispositivo legal, ante a ausência de gravidade suficiente à configuração da justa causa ou da relação de causa e efeito entre o fato e punição.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 26 de junho de 2018.

Ministro Vieira de Mello Filho

Relator

Processo AIRR - 10683-66.2015.5.01.0051

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. DISPENSA POR JUSTA CAUSA. MAU PROCEDIMENTO. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL NÃO CONFIGURADA . A despeito das razões expostas pela parte agravante, merece ser mantida a decisão que negou seguimento ao Recurso de Revista, porquanto não comprovada a alegada violação da literalidade do princípio constitucional que dispõe a respeito da liberdade de expressão. **Agravo de Instrumento conhecido e não provido** .

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista n.º **TST-AIRR-10683-66.2015.5.01.0051** , em que é Agravante **A. S. P.** e Agravada **C. E. D. A. E. E. - CEDAE** .

R E L A T Ó R I O

Contra a decisão que negou seguimento ao Recurso de Revista em razão de estarem desatendidos os pressupostos do artigo 896 da CLT, interpõe a parte agravante Agravo de Instrumento.

A parte agravada ofertou contraminuta ao Agravo de Instrumento e contrarrazões ao Recurso de Revista.

Não houve remessa dos autos à Procuradoria-Geral do Trabalho (art. 83 do RITST).

É o relatório.

V O T O

ADMISSIBILIDADE

Satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade, conheço do Apelo.

MÉRITO

DISPENSA POR JUSTA CAUSA – MAU PROCEDIMENTO – LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Ponto que foram supridos os requisitos da Lei n.º 13.015/2014, pois houve

transcrição do trecho da decisão recorrida contra o qual se insurgiu o Recorrente, e foram indicadas adequadamente as violações legais e o dissenso de teses que se pretendeu comprovar.

O Regional denegou seguimento ao Recurso de Revista, pelos seguintes fundamentos:

“RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO / JUSTA CAUSA/FALTA GRAVE.

Alegação(ões):

- violação do(s) artigo 5.º, inciso IV, da Constituição Federal.
- divergência jurisprudencial:

Em relação ao tema acima, a análise do v. acórdão recorrido não permite verificar afronta ao dispositivo apontado, haja vista o registro, in verbis:

‘Todo funcionário tem o direito de ter opiniões sobre os procedimentos adotados pela empresa, inclusive, denunciá-los aos órgãos competentes se assim achar legítimo, entretanto, a exposição com fito negativo e ofensivo nas redes sociais extrapola o direito à liberdade de expressão.

Ainda que a ré adotasse maus procedimentos, não poderia um funcionário expor a empresa de maneira tão ultrajante como ficou evidenciado nos autos.’

O aresto trazido para um possível confronto de teses revela-se inservível, porquanto não indica a fonte oficial de publicação, ou mesmo o repositório de jurisprudência autorizado e reconhecido pelo TST (Súmula 337).

CONCLUSÃO

NEGO seguimento ao Recurso de Revista.”

A parte agravante sustenta que, ao contrário do consignado na decisão denegatória, ficaram configuradas as hipóteses previstas no artigo 896 da CLT, que autorizam o processamento do seu Recurso de Revista. Alega que foi comprovada a violação do dispositivo constitucional que garante a liberdade de expressão.

Razão não assiste ao Agravante, devendo ser mantida a decisão denegatória.

O Regional manteve a sentença que julgou improcedente a demanda por considerar que a declaração postada “denigre a imagem da empresa” (a fls. 332-e), tratando-se de mau procedimento, que autoriza a dispensa por justa causa, nos termos do artigo 482, alínea “b”, da CLT.

Nesse sentido, o acórdão registra que não houve ofensa ao princípio constitucional apontado, pois “a exposição com fito negativo e ofensivo nas redes sociais extrapola o direito à liberdade de expressão”, tendo registrado que a conduta se enquadra também na alínea “k” do referido dispositivo legal (ato lesivo à honra ou à boa fama do empregador) .

Com efeito, a situação diz respeito à aplicação da legislação trabalhista, de natureza infraconstitucional, tendo a decisão considerado que a conduta adotada pelo empregado justifica a sua dispensa por justa causa. Nesse sentido, não se vislumbra a alegada violação constitucional, pois a liberdade de expressão garantida pela Constituição não é ilimitada, tratando-se de princípio genérico que se particulariza nos moldes dos parâmetros descritos pela legislação ordinária.

De todo o exposto, nego provimento ao Agravo de Instrumento.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do Agravo de Instrumento e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 21 de fevereiro de 2018.

Maria de Assis Calsing

Ministra Relatora

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

Prezados autores,

A Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, de periodicidade mensal e temática, é divulgada exclusivamente por meio eletrônico a partir do site www.trt9.jus.br

1. Os artigos devem ser encaminhados através do e-mail revistaeletronica@trt9.jus.br
2. Os artigos serão técnico-científicos focados na área temática de cada edição específica. Para consultar a lista de temas, clique aqui.
3. Os artigos encaminhados à Revista Eletrônica devem obedecer as normas ABNT e estar digitados na versão do aplicativo Word, fonte Calibri, corpo 12, espaçamento entrelinhas 1,5, modelo justificado, com títulos e subtítulos em maiúsculas alinhados à esquerda, em negrito. A primeira lauda conterá o título do artigo, nome, titulação completa do autor e referência acerca da publicação original.
4. Um dos autores deve ter a titulação mínima de Mestre.
5. Os artigos encaminhados à publicação deverão ter de preferência entre 10 e 15 laudas, incluídas as referências bibliográficas. Os artigos conterão citações bibliográficas numeradas, notas de rodapé ordenadas e referências bibliográficas observarão normas vigentes da ABNT, reservando-se aos editores o direito de adaptar eventuais inconsistências, além de estar autorizado a proceder revisões ortográficas, caso necessário;
6. A publicação dos artigos não implicará remuneração a seus autores, que ao submeterem o texto à análise autorizam sua eventual publicação.
7. O envio de artigos ou decisões não pressupõe automática publicação. O artigo passará por análise quanto ao respeito das normas de formatação, aderência ao tema, qualidade e originalidade. Artigos que não estejam vinculados aos temas futuros serão avaliados, conforme o caso, para publicação como artigo especial na edição subsequente.
8. Dúvidas a respeito das normas para publicação podem ser encaminhadas para o e-mail revistaeletronica@trt9.jus.br

Respeitosamente.

CONSELHO EDITORIAL



TRT-9ª REGIÃO