

Colaboradores:

- Breno Lucas de Carvalho Ribeiro
- Bruno Freire e Silva
- Flávya Wanessa Abreu Marques
- Geovane de Assis Batista
- Guilherme Guimarães Ludwig
- Inácio André de Oliveira
- Jair Nascimento Santos
- José Arnaldo de Oliveira
- Juliana Nóvoa
- Leandro Fernandez
- Luciano Martinez
- Marcelo Rodrigues Prata
- Renata Queiroz Dutra
- Rodolfo Pamplona Filho
- Ronaldo Nunes Ferreira
- Samildes Silva Magalhães

Vistos etc.

Revista da Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da 5ª Região - BA

Em homenagem aos magistrados
Antônio Maron Agle e Waldomiro Santos Pereira,
in memoriam.

Nº 16 • 2021



Autores:

- Breno Lucas de Carvalho Ribeiro
- Bruno Freire e Silva
- Flávvy Wanessa Abreu Marques
- Geovane de Assis Batista
- Guilherme Guimarães Ludwig
- Inácio André de Oliveira
- Jair Nascimento Santos
- José Arnaldo de Oliveira
- Juliana Nóvoa
- Leandro Fernandez
- Luciano Martinez
- Marcelo Rodrigues Prata
- Renata Queiroz Dutra
- Rodolfo Pamplona Filho
- Ronaldo Nunes Ferreira
- Samildes Silva Magalhães

Vistos etc.

Nº 16 – 2021

Revista da

Amatra

Associação dos Magistrados
da Justiça do Trabalho da 5ª Região

REVISTA VISTOS**Conselho Editorial**

- Angélica de Mello Ferreira
- Agenor Calazans da Silva Filho
- Gerúzia Martins de Amorim e Souza
- Guilherme Guimarães Ludwig
- Marcos Oliveira Gurgel
- Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho
- Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

AMATRA5 – DIRETORIA**Presidente**

- Cecília Pontes Barreto Magalhães

Vice-presidente

- Guilherme Guimarães Ludwig

Diretora-secretária

- Lea Maria Ribeiro Vieira

Diretora Tesoureira

- Soraya Gesteira de Azevedo Lima Marques

Diretor Cultural

- Marcos Oliveira Gurgel

Diretor Social, Esporte e Lazer

- Juarez Dourado Wanderley

Diretora de Prerrogativas

- Carla Fernandes da Cunha

Diretora de Comunicação

- Edlamar Souza Cerqueira

Diretora de Aposentados e Pensionistas

- Marama dos Santos Carneiro

Diretor de Cidadania e Direitos Humanos

- Anderson Rico Moraes Nery

Diretora da Ematra5

- Sílvia Isabelle Ribeiro Teixeira do Vale

CONSELHO FISCAL**Titulares:**

- Norberto Frerichs
- Franklin Christian Gama Rodrigues
- Clarissa Mota Carvalho Oliveira

Suplentes:

- Naiara Lage Pereira Bohnke
- Nadva Nascimento Cruz
- Sulamita de Lacerda Aleodim

CONSELHO DE ÉTICA**Titulares:**

- Luiz Tadeu Leite Vieira
- Andrea Barbosa Mariani de Silveira Ludwig
- Julio César Massa Oliveira

Suplentes:

- Marco Antônio de Carvalho Valverde Filho
- Luciano Berenstein de Azevedo

Revista AMATRA-V: Vistos etc. / Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região.

v. I, nº 16 (2021). – Salvador: AMATRA 5, 2021.

ISSN 977.2238-0353

1. Direito do trabalho – Brasil. 1. Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região.

Sumário

Apresentação	9	Os direitos sociais fundamentais e a inversão do ônus da prova no controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória	33
– <i>Cecília Pontes Barreto Magalhães</i>		– <i>Geovane de Assis Batista</i>	
– <i>Guilherme Guimarães Ludwig</i>		1. Introdução.....	33
– <i>Marcos Oliveira Gurgel</i>		2. Desenvolvimento	34
Adeus, meu Pai...	11	2.1. A inversão do ônus da prova	
– <i>Rafael Menezes Santos Pereira</i>		na processualística civil e trabalhista ...	34
Tributo a Maron Agle	13	2.1.1. A prova	34
– <i>Benilton Brito Guimarães</i>		2.1.2. O ônus da prova.....	34
A (im)prescindibilidade do preposto-empregado nas audiências juslaborais	15	2.1.3. A inversão do ônus da prova	36
– <i>Breno Lucas de Carvalho Ribeiro</i>		2.2. A inversão do ônus da prova no controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória no âmbito dos direitos sociais fundamentais.....	37
1. Introdução.....	15	3. Considerações finais	47
2. Representação das partes em audiência.....	16	4. Referências bibliográficas.....	48
2.1. Princípios que regem a audiência no processo juslaboral.....	16	O fato do príncipe e as normas administrativas de suspensão de funcionamento de estabelecimentos na pandemia do covid-19	49
2.1.1. Protecionismo Processual	17	– <i>Guilherme Guimarães Ludwig</i>	
2.1.2. Oralidade.....	17	1. Introdução.....	49
2.1.3. Identidade física do Juiz	17	2. Contexto fático de edição das normas administrativas suspensivas	49
2.2. Poderes do Magistrados na condução da audiência e relação com o princípio da busca da verdade real.....	18	3. Revisitando a força maior e o fato do príncipe na perspectiva justrabalhista....	50
3. Das características essenciais do preposto...	18	4. Discricionariedade e conceitos indeterminados	53
4. Alterações trazidas pela Lei 13.467/2017.....	19	5. Enquadramento normativo da suspensão de funcionamento empresarial	55
5. Interpretação hermenêutica do Art. 843, §1º da CLT	20	6. Conclusões	57
6. Conclusão	21	7. Referências	57
Bibliografia.....	21	Transcendência do recurso de revista: as decisões do TST e o devido processo legal	59
A reforma processual trabalhista e o acesso à Justiça	23	– <i>Inácio André de Oliveira</i>	
– <i>Bruno Freire e Silva</i>		1. Introdução.....	59
Introdução	23	2. Razoável duração do processo <i>versus</i> devido processo legal	60
1. Dispositivos que violam o acesso à Justiça....	24	3. As decisões do TST sobre a transcendência..	60
2. Dispositivos que dificultam o acesso à Justiça	25	4. Os parâmetros legais para a análise da transcendência pelo TST.....	61
3. Dispositivos que desestimulam o acesso à Justiça	27		
4. Dispositivos que ampliam o acesso à Justiça..	28		
5. Dispositivos que ampliam o acesso à Justiça para uma das partes e dificultam para a outra	30		
Conclusão	31		

5. A análise equivocada da transcendência e a irrecorribilidade das decisões.....	63	8. A possibilidade de eleição sindical por meios virtuais.....	88
6. Considerações finais	65	Considerações finais.....	90
7. Referências bibliográficas.....	65	Referências.....	90
A destituição imotivada de empregado público do exercício de função de confiança.....	67	Revivendo a falsa promessa: a Medida Provisória nº. 905 de 2019 e o contrato verde e amarelo.....	93
– José Arnaldo de Oliveira		– Renata Queiroz Dutra	
1. Introdução.....	67	– Flávvy Wanessa Abreu Marques	
2. Conceito de empregado público e considerações.....	67	Introdução.....	93
3. A destituição imotivada do empregado público do exercício de função de confiança...	67	1. Contrato de Trabalho Verde e Amarelo.....	94
4. Conclusão.....	69	2. Lei nº 9.601/98: “qualquer semelhança é mera coincidência”	96
Referências bibliográficas.....	69	3. Novo ou velho discurso: flexibilizar contratos gera novos empregos?	98
O direito fundamental à proteção à maternidade nos âmbitos trabalhista e previdenciário.....	71	Considerações finais.....	101
– Luciano Martinez		Referências.....	102
– Juliana Nóvoa		Os contornos conceituais do assédio moral organizacional.....	103
1. Introdução.....	71	– Rodolfo Pamplona Filho	
2. A proteção à maternidade como direito fundamental.....	72	1. Introdução	103
3. A maternidade como uma experiência familiar: para além da proteção da gestante e do nascituro.....	74	2. Assédio moral laboral.....	104
4. A maternidade biológica como experiência exclusivamente feminina e a sua proteção normativa	74	3. Modalidades de assédio moral	105
5. A maternidade afetiva e a sua proteção normativa como mudança de paradigma.....	76	3.1. Assédio moral discriminatório.....	105
6. Conclusão.....	79	3.2. Assédio moral individual e assédio moral coletivo	106
A possibilidade de prorrogação de mandato sindical ou de votação eletrônica em virtude da pandemia do novo coronavírus	81	3.3. Assédio moral perverso e assédio moral estratégico	106
– Marcelo Rodrigues Prata		3.4. Assédio moral interpessoal e assédio moral organizacional	106
Introdução	81	4. Assédio moral rganizacional: uma proposta de Conceituação.....	107
1. Da liberdade sindical e a liberdade de organização.....	81	5. Elementos caracterizadores do assédio moral organizacional.....	108
1.1. Do devido processo eleitoral na escolha da administração do sindicato	82	6. A influência da tecnologia na nova organização do trabalho	109
2. Do meio ambiente de trabalho com sadia qualidade de vida.....	82	Referências.....	111
2.1. Do princípio da precaução	83	A prescrição no acidente de trabalho e na doença ocupacional.....	113
3. Das restrições normativas referentes à pandemia de covid-19.....	84	– Rodolfo Pamplona Filho	
4. Do procedimento de jurisdição voluntária e a decisão equitativa	85	– Leandro Fernandez	
5. A teoria do diálogo das fontes.....	86	1. Introdução.....	113
6. A prorrogação do mandato dos síndicos autorizada pelo RJET	87	2. Noções conceituais sobre prescrição	113
7. Da autorização para prorrogar mandato sindical em virtude da pandemia	88	3. Acidente de trabalho e doença ocupacional: compreensão.....	116
		4. O prazo prescricional das pretensões fundadas em hipóteses de acidente de trabalho ou doença ocupacional.....	117
		5. O termo inicial do prazo prescricional.....	119
		6. Conclusões	123
		Bibliografia.....	123

Análise econômica do direito: o uso do argumento econômico na decisão judicial	125	5. A utilidade do argumento econômico para melhor interpretar e aplicar o direito...	131
– <i>Ronaldo Nunes Ferreira</i>		6. O argumento econômico é plenamente utilizado em nossas decisões judiciais – 2 casos práticos.....	131
1. A análise econômica do direito - AeD.....	125	6.1. STF – ADI 1946 – Limite de cobertura pelo RGPS da licença gestante.....	131
2. Premissas da análise econômica do direito – AeD.....	127	6.2. STF – Competência da Justiça Comum para julgar causas de previdência privada.....	131
2.1. O postulado da Escolha Racional e a Estrutura de Incentivos	127	7. Conclusão.....	132
3. A ciência econômica – objeto, método, categorias	127	Referências bibliográficas.....	132
3.1. Finalidade: eficiência alocativa	127	Consequências do estresse em magistrados do trabalho: adoecimento e Síndrome de Burnout	135
3.2. Objeto e método.....	127	– <i>Samildes Silva Magalhães</i>	
3.3. A Economia poder ser útil ao Direito?	128	– <i>Jair Nascimento Santos</i>	
3.4. Categorias econômicas	128	Introdução.....	135
3.4.1. Custos de transação	128	1. Fundamentação teórica.....	136
3.4.2. Escassez.....	129	1.1. Estresse	136
3.4.3. Equilíbrio.....	129	1.2. Adoecimento	136
3.4.4. Eficiência.....	129	1.3. Síndrome de burnout	136
3.5. Economia comportamental: aspectos gerais.....	129	1.4. Terapia EMDR	137
3.5.1. Erros previsíveis e sistemáticos nas decisões e julgamento sob risco e incerteza	129	2. Metodologia.....	138
3.5.2. Decisões e julgamentos sob risco e incerteza	130	3. Resultados.....	139
3.5.3. Heurísticas e vieses.....	130	4. Considerações finais	142
4. As decisões judiciais e os efeitos de segunda ordem	131	5. Referências	142

Apresentação

Eis o número 16 da Revista “Vistos Etc.” da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região, em seu propósito perene de estimular o debate e a reflexão crítica sobre temas jurídicos, especialmente os ligados à seara trabalhista, numa perspectiva inter e transdisciplinar de harmonia entre o Direito do Trabalho e os demais ramos e domínios da ciência.

O ano de 2019 representou grandes desafios na seara trabalhista, tais como: a consolidação da interpretação possível da reforma trabalhista (Lei 13.467/2017); a extinção do Ministério do Trabalho e Emprego (e a incorporação de sua estrutura como secretaria especial do Ministério da Economia); a edição da MP 881/2019, convertida na Lei 13.874/2019, que instituiu a “Declaração de Direitos da Liberdade Econômica”; e a MP 905/2019 (Revogada pela MP 955/2020) que instituiria o denominado “Contrato de Trabalho Verde e Amarelo”, além de alterar diversos dispositivos da CLT. Houve ainda um destaque acentuado para a ampliação da intermediação do trabalho pelas plataformas virtuais, que se intensificou no ano seguinte.

Por seu turno, 2020 foi praticamente consumido pelos reflexos da pandemia Covid-19, pondo em relevo a importância do Direito do Trabalho e do Estado Social. A urgência reclamou regulação temporária de ajuste das normas trabalhistas ao cenário excepcional, garantindo os direitos do trabalhador e a sustentabilidade do empreendimento. Foram editadas, entre outras, as MPs 927 e 936/2020: a primeira com a vigência esgotada em 19/07/2020, que apresentava um cardápio de mecanismos de flexibilização das regras trabalhistas, para equacionar as consequências do isolamento social; a segunda, convertida na Lei 14.020/2020, que criou o programa emergencial de manutenção do emprego e da renda. Também neste ano, entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018), com grandes repercussões na área trabalhista.

Neste cenário complexo de grandes transformações, o presente número da Revista buscou tratar de alguns dos grandes temas jurídicos do Mundo do Trabalho, pela valorosa e qualificada colaboração de associados da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 5ª Região e de estudiosos do Direito e do Processo do Trabalho. Nas páginas seguintes encontram-se reflexões importantes sobre temas como o assédio moral organizacional, a despedida imotivada do empregado público, o fato do príncipe e a suspensão do funcionamento das empresas, a inversão do ônus da prova, a precarização dos direitos trabalhistas, a prorrogação do mandato sindical, proteção à maternidade, e a transcendência do recurso de revista.

Por fim, neste número são homenageados os saudosos desembargadores aposentados Antônio Maron Agle e Waldomiro Santos Pereira. Maron Agle, um jurista admirável, um homem sábio e um ser exemplar na conduta e na compreensão, com inestimáveis serviços prestados ao Poder Judiciário. Waldomiro Pereira, um Magistrado de grande e reconhecido saber jurídico, externado em suas sentenças e em seus votos, verdadeiras e notáveis peças jurídicas. Incansável na dedicação ao seu mister judicante. Um colega de uma solidariedade extraordinária e de um espírito de colaboração incomum. Um homem humilde. Uma pessoa altruísta.

Boa leitura a todos!

Salvador, 13 de janeiro de 2021

CECÍLIA PONTES BARRETO MAGALHÃES

Presidente da Amatra5

GUILHERME GUIMARÃES LUDWIG

Vice-presidente da Amatra5

MARCOS OLIVEIRA GURGEL

Diretor Cultural da Amatra5

Adeus, meu Pai...

Rafael Menezes Santos Pereira

Meu pai foi-se.

Poderia escrever aqui sobre as suas virtudes como magistrado, destacando como o meu pai deixou a sua marca no Tribunal: sempre querido, ele era culto, íntegro, amigável e humilde. Poderia falar aqui que ele foi um excelente magistrado, um exemplo de profissional e uma inspiração para mim – justo eu, que decidi seguir os seus passos.

Poderia narrar em detalhes como foi o ano em que fomos colegas de trabalho e dividir um pouco da minha experiência – do medo que sempre tive, como advogado e, depois, como juiz, do peso de ser o filho de um magistrado tão competente e querido.

Poderia falar aqui de como ele sempre foi um exemplo de ética e retidão; de como ele me ensinou, desde pequeno, muito antes de eu sonhar em ser juiz, que eu jamais poderia receber ou conceder favores administrativos ou jurisdicionais. O meu pai, pelas ações e por suas palavras, sempre deixou claro que o juiz nada mais é do que um emissário da lei, da ética e da justiça.

Mas – mais do que um grande magistrado – ele foi um excelente pai. E é isso o que carrego comigo, quando penso em Waldomiro: o seu amor. Este foi o seu maior legado não apenas a mim, mas a toda a nossa família.

Sempre ouvi que eu era o filho mais parecido com ele em temperamento.

Mas, muito mais do que eu poderia sonhar para mim, o meu pai foi um homem fantástico.

Introvertido, recluso e discreto, ele teve uma trajetória de vida única, peculiar.

Perdeu os pais aos três / quatro anos de idade. Foi criado por tios. Foi policial militar (algo do qual nunca se orgulhou) e federal. Seu irmão, meu tio Maurício, o fez estudar para Juiz do Trabalho. Casou-se. Teve quatro filhos e uma neta. Foi promovido a Desembargador. Aposentou-se. Passou os últimos anos de vida isolado, acometido por Parkinson, sem poder andar. Mas a doença jamais retirou-lhe a lucidez e a vontade de viver.

Meu pai sempre tratou os seus quatro filhos e a sua neta com amor. Fazia questão que soubéssemos que se orgulhava de nós. Pai, não esqueceremos disso.

Hoje, não posso mais ouvir a sua tranquila voz dizendo que me ama. Não posso mais abraçá-lo. Não posso mais sentir o seu toque. Não posso mais conversar com ele. Como em um sopro, eu tive de entregá-lo a Deus – adeus, Pai...

A saudade é eterna. O meu amor por você também...

Tributo a Maron Agle

Benilton Brito Guimarães

Faz algum tempo. Muito tempo para os que a noção do tempo não alcança o tempo dos que já viveram certo tempo. Faz tempo que eu conheci Antônio Maron Agle, um homem concomitantemente doce e intrépido. Um ser exemplar na conduta, na compreensão, na sabedoria e na humildade específica de quem é singular.

Eu tive o privilégio de conhecer esse homem e, mais ainda, de conviver com ele, mesmo que tão só no dia a dia das minhas atividades profissionais. Foram dois anos de intensa relação na Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Ele, admirável jurista e homem sábio, sensível e compreensível. Eu, um singelo Juiz Classista Representante de Empregados. Ele, um dos festejados protagonistas, e eu, mero figurante, integramos o mesmo órgão colegiado, do qual também faziam parte, como personagens destacadas, Roberto Pessoa, Ilma Aguiar e Max Muniz. Ele era, em princípio, o revisor dos votos que eu proferia. E, nessa condição, muito me socorria, tanto nas observações jurídicas, em notáveis lições de direito, quanto nas moderações das minhas idiossincrasias, em preciosos ensinamentos sobre a vida. Ainda que sem pretender, tornou-se meu mestre: Meu querido mestre Maron Agle, que o tempo levou, como leva tudo o mais. Meu mestre, que não era só meu, mas que me transmitia a ideia de que eu, com meu humano sentimento de posse, tinha para mim um sábio protetor especial.

Senti-me demasiadamente honrado quando fui convidado para homenageá-lo. E me senti confortável para participar dessa justa homenagem a ele porquanto sabedor de que, ainda em vida, o Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região, já nos idos de 1995, salvo lapso mnemônico, e o Tribunal Superior do Trabalho, este último com a graça da Ordem do Mérito Judiciário, lograram distingui-lo pelos inestimáveis serviços prestados ao Poder Judiciário. Os que me conhecem sabem que, para mim, reconhecimento após a morte, quando exclusivamente após a morte, soa jacobice.

Nenhum homem é uma ilha; cada homem é uma partícula do continente, uma parte da terra. Dizia John Donne. Evidentemente Maron Agle não foi uma ilha. Nem mesmo uma simples partícula do continente. Muito mais que isso, foi um ser iluminado, que a vida sacodiu e saudosamente está a contemplar, tal qual ele contemplava o Rio Cachoeira, nas turvas águas dos temporais.

A (im)prescindibilidade do preposto-empregado nas audiências juslaborais

Breno Lucas de Carvalho Ribeiro*

RESUMO: O art. 843, *caput*, da CLT exige a presença pessoal das partes nas audiências na Justiça do Trabalho, em face dos princípios da oralidade, imediatidade e concentração dos atos processuais. A par disso, a inquirição das partes, pelo juiz, é prerrogativa importante no Direito Processual do Trabalho (art. 820, CLT). A Lei 13.467/2017 estabeleceu de maneira expressa, que o preposto "não precisa ser empregado da parte reclamada" (§ 3º do art. 843, CLT). Com essa nova regra jurídica eliminou-se as restrições feitas pela Súmula 377 do TST, ou seja, em qualquer situação o preposto não precisa mais ser empregado da entidade reclamada. Embora a legislação anterior não exigisse de forma expressa que o preposto fosse empregado, a interpretação teleológica e sistemática dos artigos 843 e 844 da CLT, em cotejo com o princípio da oralidade, sinalizam nesse sentido de modo a contribuir na busca da verdade real facilitando o acesso do juízo aos fatos pertinentes e relevantes do processo. Para o enfrentamento da temática proposta, a pesquisa pautou-se no método teórico-dogmático, por meio da revisão bibliográfica do tema proposto, bem como, pelo recurso a decisões dadas pelos Tribunais juslaborais.

PALAVRAS-CHAVE: Empregado-Preposto. Verdade real. Oralidade.

ABSTRACT: The art. 843, *caput*, of the CLT requires the personal presence of the parties in the hearings in the Labor Court, in face of the principles of orality, immediacy and concentration of procedural acts. In addition, the hearing of the parties by the judge is an important prerogative in the Labor Procedural Law (article 820, CLT). The law 13.467/2017, it was decided to eliminate the requirement enshrined in labor jurisprudence, stating, expressly, that the preposter "does not have to be employed by the party claimed" (§ 3 of article 843, CLT). With this new legal rule, the restrictions made by the TST Precedent 377 were eliminated, that is, in any situation, the agent no longer needs to be employed by the entity claimed. Although the legislation prior to the reform did not expressly require that the preposto be employed, the teleological and systematic interpretation of articles

843 and 844 of the CLT, in conjunction with the principle of orality, signaled in this sense in order to contribute in the search for the real truth facilitating access of the judgment to relevant and relevant facts of the case. In order to confront the proposed theme, the research was based on the theoretical-dogmatic method, through the bibliographical revision of the proposed theme, as well as, through recourse to decisions given by the labor courts.

KEY WORDS: Employee-Preposto. Real truth. Orality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Representação das partes em audiência. 2.1. Princípios que regem a audiência no processo juslaboral 2.1.1. Protecionismo Processual. 2.1.2. Oralidade. 2.1.3. Identidade física do Juiz. 2.2. Poderes do Magistrados na condução da audiência e relação com o princípio da busca da verdade real. 3. Das características essenciais do preposto. 4. Alterações trazidas pela Lei 13.467/2017. 5. Interpretação hermenêutica do Art. 843, §1º da CLT. 6. Conclusão. Bibliografia

1. INTRODUÇÃO

Antes mesmo da promulgação da lei 13.467/2017, o artigo 843 da CLT não fazia qualquer menção acerca da obrigatoriedade de vínculo de emprego entre o preposto e a empresa por ele representada em audiência. Trata-se, neste sentido, de construção jurisprudencial, em grande parte, decorrente da necessidade em se verificar as reais condições de trabalho, observadas por aqueles que participaram efetivamente da cadeira produtiva. É evidente que o depoimento pessoal prestado pelo preposto vincula o empregador, de forma que, a rigor, a escolha ruim feita pela empresa a prejudicaria e, como resultado, teria que arcar com as consequências da confissão – presumida ou expressa – do preposto irreverente.

Ocorre que a profissionalização dos prepostos, treinados para respostas genéricas, dos quais não se conseguem retirar a confissão ou o esclarecimento dos fatos, é fato antigo – embora combatido. Consta que, na década de 1980, havia anúncios classificados em jornais, pelos quais pessoas se ofereciam para

(*) Mestrando em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduado em Direito (PUC-MG). Advogado Trabalhista. E-mail: brenoribeiroadv@gmail.com. Cel: (31) 99885-1413. Minas Gerais/BH.

serem prepostos de "alta eficiência", imunes à sabinagem do magistrado (SILVA, 2017).

Naturalmente, a Justiça do Trabalho não podia ficar impávida diante dessas notícias e passou a exigir a qualidade de empregar dos prepostos. Várias empresas sofreram revelia pelo descuido de terem mandado como preposto pessoas idôneas, com conhecimento dos fatos, mas sem relação de emprego, com contadores, trabalhadores autônomos ou eventuais e parentes do empregador (SILVA, 2017).

Aos poucos, foram abertas algumas exceções para permitir prepostos não empregados nas relações de trabalho doméstico e, por força da Lei Complementar 123/2016, nas reclamações perante pequenas empresas e microempresas.

Objetiva-se, diante do respaldo do contexto da audiência trabalhista e sua relevância para o processo, adentrar na análise das mudanças trazidas pela Lei 13.467/2017 ao art. 843, principalmente, no que diz respeito ao tratamento conferido as empresas em audiência.

Com o advento da lei 13.467/2017, generalizou-se a exceção: o preposto não precisa mais ser empregado da parte reclamada, mantendo-se, tão somente, a diretriz de que suas palavras vinculam o proponente. Quais seriam as consequências jurídicas nas audiências trabalhistas dessa modificação legislativa?

Dito isto, passa-se à análise da representação na justiça do trabalho.

2. REPRESENTAÇÃO DAS PARTES EM AUDIÊNCIA

Ab Initio, verifica-se que a audiência é o ato processual de natureza complexa por meio do qual o magistrado do trabalho toma conhecimento dos termos da pretensão do autor, instrui e decide o feito, o que representa, em última análise, por em prática o princípio da concentração, oralidade e imediatidade física do juiz (CAIRO JR, 2016).

A eficiência juslaboral é pautada, essencialmente, por ser um processo simples e célere, devendo ser respeitado o princípio constitucional do contraditório¹. É neste local que se percebe a concretização do

referido princípio por meio da bilateralidade e isonomia.

A presença das partes é indispensável para que se garanta o efetivo contraditório cuja importância foi reforçada, a rigor, pelo artigo 7º do CPC².

É na audiência que o juiz tem contato direto com as partes, ouve suas postulações e argumentações e forma o seu convencimento, por meio da instrução processual com a oitiva das testemunhas e peritos, além da colheita dos demais meios de provas em direito admitidos.

Com isso, verifica-se que a audiência é um ato processual complexo porque ele abarca uma série de outros atos processuais de natureza simples, como a leitura da petição inicial, o oferecimento da defesa no processo físico, a colheita da prova oral, a apresentação da prova pericial e a prolação da sentença (CAIRO JR, 2016).

Dito isto, serão ressaltados os princípios que norteiam o processo do trabalho, principalmente, os relacionados à audiência. Esta análise inicial servirá como base para a construção do arcabouço argumentativo que se pretende defender.

2.1. Princípios que regem a audiência no processo juslaboral

Segundo a doutrina clássica, os princípios têm quatro funções:

- a) inspiradora do legislador;
- b) interpretativa;
- c) suprimimento de lacunas;
- d) sistematização do ordenamento, dando suporte a todas as normas jurídicas, possibilitando o equilíbrio do sistema.

Na função interpretativa, os princípios ganham especial destaque, pois eles norteiam a atividade do intérprete na busca da real finalidade da lei e também se ela está de acordo com os princípios constitucionais.

De acordo com a doutrina, violar um princípio é muito mais grave do que violar uma norma, pois é desconsiderar todo o sistema de normas (MELLO, 1992, p.300). Os princípios também são destinados ao preenchimento de lacunas na legislação processual. Há lacuna quando a lei não disciplina

1. Art. 5º, LV, CR/88: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ele inerentes (BRASIL, 1988).

2. Art. 7º, CPC: "[...] competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório". (BRASIL, 2015).

determinada matéria. Desse modo, os princípios, ao lado da analogia, do costume, serão um instrumento destinado a suprir as omissões do ordenamento jurídico processual (SCHIAVI, 2017).

Diante disso, entende-se que os princípios são diretrizes fundamentais do sistema, com caráter normativo, podendo estar presentes nas regras ou não, de forma abstrata ou concreta no ordenamento jurídico, com a função de ser o fundamento do sistema jurídico e também mola propulsora de sua aplicação, interpretação, sistematização e atualização do sistema.

Dito isto, será averiguado o princípio do protecionismo processual.

2.1.1. Protecionismo Processual

O Processo do Trabalho tem característica protetiva ao litigante mais fraco, que é o trabalhador, mas sob o aspecto da relação jurídica processual (instrumental) a fim de assegurar-lhe algumas prerrogativas processuais para compensar eventuais entraves que enfrenta ao procurar a Justiça do Trabalho, devido à sua hipossuficiência econômica e, muitas vezes, à dificuldade em provar suas alegações, posto que, em regra, os documentos da relação de emprego ficam na posse do empregador (SCHIAVI, 2017, p.24)

Por outro ângulo, o processo do trabalho deve observar os princípios constitucionais do processo que asseguram equilíbrio aos litigantes. Por isso, denominamos essa intensidade protetiva do processo do trabalho de princípio da proteção temperada ao trabalhador.

Perpassado esse princípio, se conceituará o princípio da oralidade de suma importância às audiências juslaborais.

2.1.2. Oralidade

O ordenamento jurídico processual privilegia a prática de atos orais em detrimento dos atos escritos, característica do processo arcaico. A oralidade é a tônica do processo do trabalho (CAIRO JÚNIOR, 2016, p. 61).

No Processo do Trabalho, ele se acentua, com a primazia da palavra; concentração dos atos processuais em audiência; maior interatividade entre juiz e partes; irrecorribilidade das decisões interlocutórias; e identidade física do juiz. Sob a ótica do processo do trabalho, o princípio da oralidade constitui um conjunto de regras destinadas a simplificar o procedimento.

Portanto, a CLT, expressamente, privilegiou os princípios basilares do procedimento oral:

- a) primazia da palavra;
- b) imediatidade;
- c) identidade física do juiz;
- d) irrecorribilidade das interlocutórias;
- e) maiores poderes instrutórios ao juiz, e
- f) possibilidade de solução conciliada em razão de uma maior interação entre o juiz e as partes (SOUTO MAIOR, 2005, p. 223)³.

Explicitado o princípio da oralidade, se adentrará, por fim, neste momento, o princípio da identidade física do juiz.

2.1.3. Identidade física do Juiz

Segundo este princípio, o juiz que instruiu o processo, que colheu diretamente a prova, deve julgá-lo, pois possui melhores possibilidades de valorar a prova, uma vez que a colheu diretamente, tomou contato direto com as partes e testemunhas.

A identidade física do juiz é de grande importância para a efetividade das decisões de primeiro grau e também para a melhoria da prestação jurisdicional trabalhista, uma vez que o juiz de primeiro grau, ao decidir, pode se apoderar de todo o corpo processual, constatar as expressões e os comportamentos das partes e das testemunhas, bem como sentir o conflito com maior clareza e sensibilidade (SCHIAVI, 2017).

Embora não seja aplicado pela jurisprudência trabalhista, entende-se que o princípio da identidade física do juiz deve ser implementado e impulsionado no processo do trabalho para que a valoração da prova seja realizada com efetividade e a decisão reflita justiça e realidade.

Dito isto, se analisará os poderes conferidos ao magistrados e sua relação com o princípio da busca da verdade real.

3. SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Ampliação da competência: procedimento e princípios do direito do trabalho. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 71, n. 1 - jan./abr. 2005, Porto Alegre: Síntese, 2005. p. 223.

2.2. Poderes do Magistrados na condução da audiência e relação com o princípio da busca da verdade real

Verifica-se que, no processo do trabalho, o princípio da verdade real tem residência no art. 765 da CLT⁴, por meio do qual confere ao magistrado ampla liberdade na direção do processo, podendo determinar as provas necessárias à instrução do feito.

O juiz deve conduzir o processo com o objetivo de apurar a verdade real, podendo determinar as diligências necessárias ao esclarecimento dos fatos e indeferir aquelas que considerar inúteis ou meramente protelatórias. É evidente que o julgador deve compatibilizar esse princípio com o princípio da ampla defesa e do contraditório e com o princípio da isonomia⁵.

Encarados os princípios constitucionais processuais como garantidores de verdadeiros direitos fundamentais processuais, tiram-se as seguintes conseqüências:

- a) o magistrado deve interpretar esses direitos como se interpretam os direitos fundamentais, ou seja, de modo a dar-lhes o máximo de eficácia;
- b) o magistrado poderá afastar, aplicado o princípio da proporcionalidade, qualquer regra que se coloque como obstáculo irrazoável/desproporcional à efetivação de todo direito fundamental;
- c) o magistrado deve levar em consideração, 'na realização de um direito fundamental, eventuais restrições a este impostas pelo respeito a outros direitos fundamentais' (DIDIER JÚNIOR, 2007, p. 26)

Diante dos novos rumos constitucionais do acesso à justiça, efetividade da decisão e solução do processo em tempo razoável, há necessidade de o juiz moderno tomar postura mais ativa na direção do processo.

Deve ele ter postura imparcial, equilibrada, mas ativa, impulsionando o processo, fazendo escolhas

que, ao mesmo tempo, garantam a paridade de armas às partes, e propiciem resultado e economia de atos processuais. Diante do caráter publicista da jurisdição, do forte interesse social na resolução dos conflitos trabalhistas e da própria dinâmica do direito processual do trabalho, o Juiz do Trabalho tem majorados seus poderes na direção do processo, como forma de equilibrar a relação jurídica processual e resolver, com justiça, o conflito trabalhista. (SCHIAVI, 2017, p. 35)

Com isso, o Juiz do Trabalho comanda a prova de modo mais amplo que o juiz de direito, sendo comum ordenar ao empregador a demonstração de fatos que beneficiam o empregado por considerar desiguais as posições das partes e por entender que a empresa sempre está mais bem aparelhada para os esclarecimentos necessários, e, se não atendido, presume verdadeiras as alegações da inicial do reclamante.

Assim, entende-se em consonância com o entendimento já consolidado pela Súmula 377 do TST e, paralelamente, com os princípios assinalados, sendo o preposto empregado da empresa, torna-se a decisão do magistrado mais justa, íntegra, correta e coerente, posto que aquele tem mais conhecimentos dos fatos ocorridos dentro do ambiente empresarial.

Perpassada esse tema, será analisada a alteração sofrida pelo artigo 843, §1º da CLT⁶. Em primeiro momento, se dará o conceito de preposto, especificando a sua função e, posteriormente, se averiguará a pertinência da mudança sofrida pelo presente dispositivo.

3. DAS CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DO PREPOSTO

O preposto, no âmbito da Justiça do Trabalho, é aquela pessoa indicada pelo empregador para ser seu representante em juízo trabalhista e suas declarações, favoráveis ou desfavoráveis ao desfecho do processo, serão tidas como sendo do próprio preponente (MARTINS, 2004).

Os poderes do preposto limitam-se aos atos

4. Art. 765 – Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

5. RECURSO ORDINÁRIO. INSTRUÇÃO PROCESSUAL. AMPLA LIBERDADE DO JUIZ CONDUÇÃO DA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL. TRT, 2ª R., RECORD 01116-2008-372- 02-00-9, Rel. Des. Marcelo Freire Gonçalves, j. 6-5-2010, 12ª T., DO 14-5-2010

6. Art. 843 – Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes salvo, nos casos de Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, quando os empregados poderão fazer-se representar pelo Sindicato de sua categoria. § 1º É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente.

que podem ser praticados em audiência. Veda-se a realização dos demais atos processuais por meio de petições⁷ (CAIRO JR, 2016).

A carta de preposição consiste em documento instituído pela praxe processual para demonstrar a qualidade de representante do empregador perante o juízo. Todavia, não pode ser considerado como de porte obrigatório, pois não há qualquer norma legal nesse sentido (CAIRO JR, 2016).

Quanto à necessidade da presença das partes em audiência foi dado tratamento legal pela CLT, em seu artigo 843, preceituando que na “audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independente do comparecimento de seus representantes (COSTA FILHO, 2017, p. 191).

O art. 843, caput, da CLT⁸ exige a presença pessoal das partes nas audiências na Justiça do Trabalho, em face dos princípios da oralidade, imediatividade e concentração dos atos processuais. A par disso, a inquirição das partes, pelo juiz, é prerrogativa importante no Direito Processual do Trabalho (art. 820, CLT⁹) (DELGADO, 2017, p. 342).

4. ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.467/2017

A CLT disciplina a matéria no § 1º, do art. 843, que tem a seguinte redação: “É facultado ao empregador fazer-se substituir pelo gerente, ou qualquer outro preposto que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente”.

O § 3º, do art. 843¹⁰ encerra a antiga discussão doutrinária e jurisprudencial sobre ostentar, ou não o preposto da condição de empregado do reclamado.

Sendo a parte reclamada usualmente uma

entidade empresarial, um ser coletivo, permite a CLT que ela se faça presente nas audiências trabalhistas por intermédio de um preposto, consistente em urna pessoa natural que tenha conhecimento do fato, e cujas declarações obrigarão o proponente (§ 1º, in fine, do art. 843 da CLT). Naturalmente que também a pessoa natural que seja demandada em ação trabalhista pode se fazer substituir por preposto.

A ideia trazida pelo legislador reformista, no que se refere à audiência, desfaz uma tradição que se assenta na imprescindibilidade da presença das partes em juízo e a importância do contato delas com o juiz (MAYRINK, 2018)

É que, como se sabe, a audiência é essencial ao procedimento trabalhista, fundado na oralidade, tornando-se incompatível com a estrutura a ideia de o empregador fazer-se representar pelo preposto que, tão somente, se tenha conhecimento dos fatos.

Observa-se uma concessão favorável ao empregador, visto que além de poder ser representado em juízo, não necessita que sua representação se faça por empregado.

A Lei 13.467/2017, conhecida como “Reforma Trabalhista” eliminou a exigência consagrada na jurisprudência trabalhista, ao estatuir, de maneira expressa, que o preposto “não precisa ser empregado da parte reclamada” (§ 3º do art. 843, CLT).

Com essa nova regra jurídica desapareceram as restrições feitas pela Súmula 377 do TST¹¹, ou seja, em qualquer situação o preposto não precisa mais ser empregado da entidade reclamada.

A salutar Súmula 377 do TST, dando interpretação extensiva ao art. 843 da CLT, fixou o entendimento de que o preposto precisava ser empregado, salvo o preposto do empregador doméstico, da pequena ou da microempresa.

A intenção da Lei 13.467/2017 foi contrariar expressamente o entendimento do TST e autorizar que qualquer pessoa possa ser preposto. As consequências negativas de tal alteração legislativa será a profissionalização das atividades dos prepostos. O legislador perdeu a oportunidade de corrigir o

7. Mauro Schiavi comunga de idêntico entendimento: “A preposição exaure-se na audiência. Desse modo, o preposto não poderá praticar outros atos processuais no processo, como os recursos (SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr. 2011. p. 499).
8. Art. 843 – Na audiência de julgamento deverão estar presentes o reclamante e o reclamado, independentemente do comparecimento de seus representantes salvo, nos casos de Reclamatórias Plúrimas ou Ações de Cumprimento, quando os empregados poderão fazer-se representar pelo Sindicato de sua categoria.
9. Art. 820 – As partes e testemunhas serão inquiridas pelo juiz ou presidente, podendo ser reinquiridas, por seu intermédio, a requerimento dos vogais, das partes, seus representantes ou advogados.
10. § 3º O preposto a que se refere o § 1º deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

11. Súmula nº 377 do TST PREPOSTO. EXIGÊNCIA DA CONDIÇÃO DE EMPREGADO (nova redação) – Res. 146/2008, DJ 28.04.2008, 02 e 05.05.2008 Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado. Inteligência do art. 843, § 1º, da CLT e do art. 54 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

defeito técnico do § 2º do art. 843 da CLT, que continua afirmando que o empregador poderá se fazer “substituir” pelo gerente ou preposto. Na verdade, não é o caso de substituição processual, e sim de representação (CASSAR; BORGES, 2017).

Desse modo, o preposto, sendo ou não empregado da entidade reclamada, não constitui representante legal processual dessa entidade em ação perante a Justiça do Trabalho, nem ostenta poderes e prerrogativas inerentes ao advogado constituído, mediante mandato, representante da parte. Ao invés, ele apenas supre a presença pessoal do reclamado nas audiências trabalhistas, para fins de conciliação judicial e de prestação de depoimento pessoal perante o juiz do trabalho (DELGADO, 2017).

Findado este tópico, se aprofundará na interpretação hermenêutica do artigo 843, §1º, da CLT.

5. INTERPRETAÇÃO HERMENÊUTICA DO ART. 843, §1º DA CLT

A Hermenêutica Jurídica arrola alguns métodos de interpretação a serem considerados pelo profissional do Direito em seu esforço intelectual de compreensão do sentido e extensão da norma jurídica.

Trata-se do método lógico-racional (método de interpretação que busca o significado, coerência e harmonia do texto legal, socorrendo-se de técnicas da lógica formal), do método sistemático (método interpretativo que se caracteriza pela busca de harmonização da norma ao conjunto do sistema jurídico e volta-se a produzir uma interpretação vinculada e harmônica ao conjunto do sistema do Direito) e do método teleológico (ou finalístico é o método que busca subordinar o processo interpretativo ao império dos fins objetivados pela norma jurídica).

Os três métodos científicos de exegese do Direito devem, naturalmente, ser utilizados de maneira conjugada, harmônica a fim de que se alcance o resultado interpretativo mais coerente, lógico, sistematizado e finalístico com o conjunto do ordenamento jurídico. Com esse zelo científico e operacional, afastam-se as interpretações regressivas, antissociais, anti-humanísticas e anticivilizatórias do fenômeno jurídico (DELGADO, 2017)

Em consonância com os mencionados métodos hermenêuticos, há no processo do trabalho a regra da obrigatoriedade das partes em audiência, vinculado ao contraditório e ampla defesa, o legislador deu a possibilidade ao empregador de forma errônea, posto que favorece sobremaneira este, desequilibrando as regras do jogo processual.

O sentido próprio da regra jurídica está determinado, igualmente, pelo sentido da norma de Direito (regras e princípio jurídicos), sendo que esse sentido se encontra por intermédio do manejo científico dos métodos de exegese jurídica denominados métodos lógico-racional, sistemático e teleológico. Os referidos métodos, conforme enfatizado – devem ser brandidos, pelo intérprete do fenômeno jurídico, equilibradamente e de maneira conjugada, como um todo unitário, coerente e sistêmico.

Não obstante esse leito comum em que se insere o processo interpretativo trabalhista, cabe se aduzir uma especificidade relevante que se agrega – harmonicamente – na dinâmica de interpretação do Direito do Trabalho. É que esse ramo jurídico deve ser sempre interpretado sob um enfoque de certo modo valorativo (a chamada jurisprudência axiológica), inspirado pela prevalência dos valores e princípios essenciais ao Direito do Trabalho no processo de interpretação (DELGADO, 2017).

De igual forma, Dworking (1999, p. 229) esclarece que o direito deve ser compreendido como conjunto. Esse universo de normas devem ser expandidas de modo que o aplicador do direito – diante de uma situação concreta para a qual não há uma resposta jurídica evidente – deve buscar em seu arcabouço jurídico a solução principiológica que melhor se aplica ao caso concreto. O direito, portanto, deve ser compreendido como um todo.

Paulo Bonavides (2011) complementa que se deve afastar da ótica positivista clássica e reforça a efetividade e a prevalência do pós-positivismo, oportunidade em que a teoria da força normativa dos princípios e da sua sobreposição concreta no ordenamento jurídico e no momento de tomada da decisão jurisdicional. Isto importa a perda do caráter meramente programático tradicionalmente atribuído aos princípios e o conseqüente reconhecimento de sua concretude, ao deixarem de ser uma mera especulação metafísica em proveito do campo concreto do Direito. Os princípios passam a ser vistos como integrantes do gênero norma, situados no mesmo patamar das regras legais positivas, e, quiçá, até mesmo, acima delas de um ponto de vista lógico sistemático.

Sabe-se que o Juiz do Trabalho comanda a prova de modo mais amplo que o juiz de direito, sendo comum ordenar ao empregador a demonstração de fatos que beneficiam o empregado por considerar desiguais as posições das partes e por entender que a empresa sempre está mais bem aparelhada para os esclarecimentos necessários, e, se não atendido,

presume verdadeiras as alegações da inicial do reclamante (NASCIMENTO, 2009, p. 104)

Desse modo, compreende-se que o preposto empregado é a exigência ética e, se não fosse, está inclusive ausente de legitimidade para substituição do empregador, visto que é o preposto que o representa em juízo, devendo ter o mínimo de vínculo e de responsabilidade com o que está se debatendo (MAYRINK, 2018).

Dito isto, entende-se que o juiz pode-se valer do entendimento hermenêutico exposto ao atrelar os princípios ao entendimento sedimentado pela súmula 377 do TST ao exigir que o preposto seja somente empregado da empresa a fim de se evitar a indicação aleatória de determinados prepostos e, igualmente, inibir a indicação de prepostos profissionais treinados a serem evasivos.

Igualmente, com o intuito de conter o prejuízo à conciliação que é o objetivo do processo do trabalho e impedir o obstáculo ao acesso à ordem jurídica justa

Assim, os valores sociais preponderam sobre os valores particulares, os valores coletivos sobre os valores individuais. A essa valoração específica devem se agregar, ainda – e harmonicamente –, os princípios justralhistas, especialmente um dos nucleares do ramo jurídico, o princípio da norma mais favorável¹².

6. CONCLUSÃO

Em consideração ao que foi exposto, conclui-se que a alteração da legislação por meio da Lei 13.467/2017, no que tange o art. 843, §3º, contribui para a profissionalização da profissão de preposto na Justiça do Trabalho, ao contrariar a interpretação jurisprudencial, consubstanciada pela Súmula 377 do TST, uma vez que não há mais a necessidade da condição de empregado para aqueles que atuavam como prepostos nas audiências.

Ainda que a legislação não conferisse obrigatoriedade de que o preposto fosse empregado da empresa em que ele representasse, a interpretação teleológica e sistemática dos artigos 843 e 844 da CLT em consonância com os princípios justralhista, principalmente, o da oralidade sinalizam que, efetivamente, o preposto deva ser empregado para que conheça os fatos da causa e facilite o acesso do

juízo aos fatos pertinentes e relevantes do processo. Afinal o conhecimento dos fatos narrados pelo trabalhador prescinde da vivência da parte no ambiente de trabalho.

O juiz precisará ser perspicaz no que se refere a valoração da prova oral e, igualmente, majorar seu poder inquisitivo em busca de uma aproximação da verdade de modo a prestigiar o princípio da busca da verdade real. Diante disso, caberá aos magistrados mitigar os efeitos da nefasta legislação, conferindo e garantindo aplicabilidade ao princípio da proteção a parte mais vulnerável na relação empregatícia.

BIBLIOGRAFIA

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 26. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. *Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.
- ALMEIDA, Cléber Lúcio de. Almeida, Wânia Guimarães Rabello. *Direito Material e Processual do Trabalho na Perspectiva da Reforma Trabalhista* – Belo Horizonte: RTM, 2018.
- CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de direito processual do trabalho*. 9 ed. Salvador: Jus Podium, 2016
- DELGADO, Mauricio Godinho. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017 I* Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. – São Paulo : LTr, 2017.
- CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. *Comentários à reforma trabalhista*. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2017.
- COSTA FILHO, Armando Casimiro et al. *Consolidação das Leis do Trabalho*. 48. Ed. São Paulo: LTr, 2017
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2007.
- DWORKING, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes: 1999.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. – 12 ed. – São Paulo: LTr, 2016.
- MAYRINK, Lorena Luiza Oliveira. *Direito Processual do Trabalho: Constituição e reforma trabalhista*. – São Paulo, LTr, 2018.
- MARTINS, Melchíades Rodrigues. *O preposto e a representação do empregador em juízo trabalhista e órgãos administrativos*. São Paulo: LTr, 2002. p. 14.

12. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 251 -252

- NASCIMENTO, Amauri Macaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 104
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 12 ed. de acordo com Novo CPC. – São Paulo: LTr, 2017.
- SCHIAVI, Mauro. *A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17*. 1. ed– São Paulo: Ltr Editora, 2017.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Ampliação da competência: procedimento e princípios do direito do trabalho. In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 71, n. 1 – jan./abr. 2005, Porto Alegre: Síntese, 2005.

A reforma processual trabalhista e o acesso à Justiça

The labor procedure reform and the access to Justice

Bruno Freire e Silva*

RESUMO: O presente artigo analisa as principais mudanças do sistema processual trabalhista inseridos pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista): limitação à atividade jurisprudencial e jurisdicional dos tribunais, fixação de parâmetros indenizatórios baseados em salários, prescrição intercorrente, termo de quitação anual de débitos, requisitos da petição inicial, execução de ofício, técnicas de execução indireta, penalidade do reclamante que não comparece à audiência, honorários advocatícios, honorários periciais, arbitragem, homologação de acordos extrajudiciais, representação da reclamada em audiência, regramento da revelia, seguro garantia judicial, exceção de incompetência, carga dinâmica do ônus da prova, redução, isenção ou substituição do depósito recursal. A análise das mudanças é realizada sob a ótica do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, classificando os dispositivos numa gradação dos que restringem, dificultam ou desestimulam o acesso à justiça, bem como ampliam o acesso ou ampliam para uma parte e restringem para a parte contrária.

SUMMARY: The present article reviews the principal changes of the Brazilian procedural of labor system imposed by Law no. 13.467 of July 13th, 2017 (labor reform plan): limitation of case law and jurisdictional activity of courts, establishing of compensation parameters based on salaries, intercurrent prescription, annual term of settlement of debts, initial application requirements, execution of occupation, indirect techniques of execution, penalty to the plaintiff who doesn't appear at the hearing, legal fees, forensic fees, arbitration, extrajudicial approval of agreement, representation of the claimed at the hearing, regulation of default of appearance, judicial guarantee insurance, exception of incompetence, dynamic load of burden of proof, decrease, impartiality or replacement of the appeal

bond. The analysis of the changes undertaken the perspective of jurisdiction control, classifying the legal mechanisms on a gradation of those who restrict, complicate or discourage the access to justice, as well as they increase the access or increase for one part and restrict for the opposite one.

PALAVRAS CHAVES: Reforma Trabalhista – Processo do Trabalho – Restrição – Dificuldade – Desestímulo – Ampliação – Acesso à Justiça

KEY WORDS: Labor Reform Plan – Procedural of Labor System – Restriction – Difficulty – Discouragement – Increase – Access to Justice

SUMÁRIO: Introdução. 1 Dispositivos que violam o acesso à Justiça. 2. Dispositivos que dificultam o acesso à Justiça. 3. Dispositivos que desestimulam o acesso à Justiça; 4. Dispositivos que ampliam o acesso à Justiça; 5. Dispositivos que ampliam o acesso à Justiça para uma das partes e dificultam para a parte contrária. Conclusão

INTRODUÇÃO

A aprovação pelo Senado Federal da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), cuja *vacatio legis* se encerrará no dia 11 de novembro do corrente ano tem acirrado calorosos debates na comunidade jurídica. Diuturnamente é possível acompanhar uma infinidade de críticas e as mais diversas opiniões a respeito do tema. O debate tem se restringido, entretanto, aos aspectos materiais da reforma. Poucos pararam para analisar a reforma trabalhista nos seus aspectos processuais e se as mudanças ensejarão um aperfeiçoamento do processo do trabalho.

Entre as mudanças vemos mais aspectos positivos que negativos. O que não se pode ignorar, mas, parece passar despercebido nas discussões da comunidade jurídica, é que há uma grande alteração na estrutura do processo do trabalho, que atinge, inclusive, seus princípios fundamentais.

Destacamos quatro pontos nas alterações da reforma: i) são incorporadas ao texto da CLT muitas

(*) Advogado. Graduado e Especialista em Direito Processual do Trabalho na UFBA. Mestre e Doutor em Direito Processual na PUC-SP. Professor Adjunto de Teoria Geral do Processo na UERJ (Graduação, Mestrado e Doutorado) e de Direito Processual do Trabalho na GV Law (Especialização). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto dos Advogados de São Paulo e do Centro de Estudos Avançados de Processo. Membro Titular da cadeira n. 68 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

novidades do Novo Código de Processo Civil; ii) a reforma busca frear posições jurisprudenciais mais avançadas do TST, que não se restrinjam à interpretação das leis; iii) o processo passa a ter um perfil mais isonômico no tratamento das partes litigantes, com penalização inclusive do empregado que litigar de má-fé, além de outros ônus e penalidades processuais; iv) há um tratamento mais moderado da lei no que tange à responsabilização dos sócios pelos débitos das empresas.

Conforme estabelece o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito”. No presente estudo, analisaremos as mudanças sob o prisma do acesso à justiça e, para tanto, elaboramos uma gradação dos artigos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho na seguinte ordem e classificação:

- I) dispositivos que violam o acesso à justiça;
- II) que dificultam o acesso à justiça;
- III) que desestimulam o acesso à justiça;
- IV) que ampliam o acesso à justiça e
- V) que ampliam o acesso para uma parte, mas ao mesmo tempo dificultam para a parte contrária.

1. DISPOSITIVOS QUE VIOLAM O ACESSO À JUSTIÇA

Na Reforma Processual Trabalhista vislumbramos três dispositivos que violam o acesso à justiça ou princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional. São eles os parágrafos 2º e 3º inseridos no art. 8º e o novo artigo 223-G, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

O novo parágrafo 2º do art. 8º da CLT estabelece que “Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.”

Com todo respeito ao legislador, o presente dispositivo consiste num retrocesso à Escola da Exegese do Século XIX, que durante a vigência do Código Civil de Napoleão, impunha ao juiz se limitava a ser a “Boca da Lei” (Montesquieu), época que era vedada a criação judicial. Não se pode olvidar que há uma diferença entre lei e norma. Os juízes e tribunais não editam leis, mas quando aplicam ou interpretam a lei criam normas, por meio de súmulas e outros enunciados jurisprudenciais. O legislador não pode limitar essa atividade jurisprudencial e aqui há grave inconstitucionalidade por violação

ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

No mesmo sentido, é possível constatar limitação à atividade jurisdicional no novo parágrafo 3º do art. 8º da CLT que dispõe que “No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima da vontade coletiva.”

Não há qualquer dúvida sobre a opção legislativa de valorização dos acordos e convenções coletivas de trabalho sobre a lei, com uma valorização do princípio da intervenção mínima na vontade coletiva, na atual bandeira do “negociado sobre legislado”, o que consiste na “espinha dorsal” da Reforma Trabalhista. Mas daí a limitar a atividade jurisdicional sobre os acordos coletivos também enseja flagrante violação do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

É inconstitucional dispositivo de lei que limita o Poder Judiciário a somente examinar aspectos formais dos acordos e convenções coletivas, cujos requisitos estão previstos no art. 104 do Código Civil citado no parágrafo 3º:

A validade do negócio jurídico requer:

- I) agente capaz;
- II) objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III) forma prescrita ou não defesa em lei.

Ora, é patente que existem inúmeras outras matérias que podem ensejar a revisão de uma convenção ou acordo coletivo pelo Poder Judiciário, como vício de consentimento, representatividade do Sindicato, quórum das assembleias, legitimidade do agente subscritor do instrumento, entre outros e que não podem ficar à margem do controle jurisdicional.

Outro dispositivo eivado de inconstitucionalidade é o parágrafo 1º do art. 223-G inserido na Consolidação das Leis do Trabalho: “Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I) ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;
- II) ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;
- III) ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido.

A tarifação de indenização por dano moral postulada em juízo, em nosso entendimento, fere a independência do juiz, mas, ainda pior, é fixar como parâmetro o salário do empregado, como fez o parágrafo 1º do art. 223-G. É desumano valorar a pessoa pelo salário, como se os mais ricos merecessem uma indenização superior aos mais pobres. Imaginemos a seguinte situação: num mesmo acidente do trabalho que envolve um gerente e um assistente, ambos têm o braço mutilado. O primeiro tem o salário de R\$ 10.000,00 e o segundo um salário de R\$ 2.000,00. Aplicando o dispositivo, temos o gerente sendo indenizado em R\$ 200.000,00 e o assistente, que sofreu o mesmo acidente e teve o mesmo braço mutilado, receberá R\$ 20.000,00 de indenização.

Pergunta-se: é possível se admitir a situação acima? É patente que não. O dispositivo é inconstitucional por ferir o princípio da isonomia, afinal, o art. 5º da Constituição Federal estabelece que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza...”. O segundo empregado citado no exemplo acima não terá exercido plenamente o seu direito constitucional de ação, no sentido de receber uma correta e efetiva tutela jurisdicional.

Em situação semelhante, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, que também tentou implementar a tarifação de dano moral.

Em suma, esses são os dispositivos da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista) que reputamos inconstitucionais. É possível diagnosticar outros dispositivos inseridos no sistema processual trabalhista pela referida lei que não chegam a ser inconstitucionais sob o prisma do princípio da inafastabilidade de controle jurisdicional, porém dificultam o acesso à justiça. Senão vejamos.

2. DISPOSITIVOS QUE DIFICULTAM O ACESSO À JUSTIÇA

Na Reforma Processual Trabalhista vislumbramos sete dispositivos que dificultam o acesso à justiça e que, na verdade, alteram a própria estrutura e princípios do processo do trabalho. São eles os arts. 11-A, 507-B, 840, parágrafos 1º e 3º, art. 844, parágrafo 2º e 3º, 878 e 883-A.

O artigo 11-A estabelece a prescrição intercorrente na seara processual trabalhista: “Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos”. O dispositivo gerou muitas reações da magistratura trabalhista, uma vez que a posição do Tribunal Superior do Trabalho era

diametralmente oposta, tanto já exposta na sua súmula n. 114 (“É inaplicável no processo do trabalho a prescrição intercorrente”), como no art. 2º da Instrução Normativa n. 39 desse Egrégio Tribunal (“Sem prejuízo de outros, não se aplicam ao Processo do Trabalho, em razão de inexistência de omissão ou por incompatibilidade, os seguintes preceitos do Código de Processo Civil: VIII – arts. 921, §§ 4º e 5º, e 924, V (prescrição intercorrente”).

A opção legislativa pela aplicação da prescrição intercorrente no processo do trabalho está em sintonia com a súmula 327 do Supremo Tribunal Federal (“o direito trabalhista admite a prescrição intercorrente”) e a mudança é positiva, pois o instituto da prescrição é necessário para a harmonia das relações sociais, uma vez que o litígio não pode ser eterno. O instituto não tinha aplicação no processo do trabalho levando-se em consideração a presença de um hipossuficiente econômico no processo, o trabalhador, o qual pode ingressar em juízo inclusive desacompanhado de advogado (*Jus Postulandi*). Dessa forma, não deixa de ser um dispositivo que dificulta o acesso à justiça para essa parte do processo.

Outro dispositivo que dificulta o acesso à justiça está no novo art. 507-B da CLT, que instituiu o chamado “termo de quitação anual de débitos trabalhistas”, com a seguinte redação: “É facultado a empregados e empregadores, na vigência ou não do contrato de emprego, firmar o termo de quitação anual de obrigações trabalhistas, perante o sindicato dos empregados da categoria. Parágrafo único: O termo discriminará as obrigações de dar e fazer cumpridas mensalmente e dele constará a quitação anual dada pelo empregado, com eficácia liberatória das parcelas nele especificadas.”

O dispositivo traz uma faculdade para os empregados e empregadores em substituição à antiga obrigatoriedade de homologação da rescisão do contrato de trabalho com mais de um ano de vigência no Sindicato da Categoria. Apesar de ser uma faculdade, não há dúvida que diante de exigência do empregador, o empregado subordinado e hipossuficiente dará a quitação anual do pagamento das verbas recebidas perante o Sindicato. Ocorre que o parágrafo único é claro em conceder “eficácia liberatória das parcelas nele especificadas”.

Logicamente essa quitação das verbas pagas não tem o condão de obstar o acesso à justiça, uma vez que o empregado lesado, por um eventual vício de consentimento por exemplo, poderá propor ação trabalhista para discutir a insuficiência das verbas

que lhe foram pagas e que para poder receber algum valor necessário ao seu sustento (vício de consentimento de natureza econômica), deu a quitação solicitada pelo empregador. Também poderá questionar, por exemplo, a legitimidade do Sindicato que homologou o termo de quitação das verbas pagas. De toda sorte, ele terá o ônus de fazer essa prova, o que, sem dúvida, lhe traz uma dificuldade de acesso à justiça. Há ainda outras questões que ensejam dúvidas em relação ao referido termo, como por exemplo a possibilidade ou não de quitação de pagamentos que tenham sido feitos por fora do recibo ou horas extras pagas que não tenham sido registradas em cartões de ponto.

Outro dispositivo que diagnosticamos entre aqueles que dificultam o acesso à justiça consiste no art. 840, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual estabelece que “Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante”.

A novidade altera as raízes históricas do direito processual do trabalho que, levando em consideração a hipossuficiência do empregado, bem como a possibilidade de “jus postulandi”, exigia apenas uma “breve exposição dos fatos” em juízo. Tais peculiaridades do processo do trabalho, aliada a aplicação equivocada do princípio proteção ao hipossuficiente econômico (falamos “equivocado” pois o princípio da proteção é de direito material e não processual), ensejavam até mesmo a aceitação de decisões *extra* e *ultra petitas* na Justiça do Trabalho, o que reputamos inaceitável. As raízes históricas da Justiça do Trabalho, pois, também auxiliam no entendimento de tais peculiaridades, uma vez que está na sua gênese a realidade de que tal Justiça não pertencia ao Poder Judiciário, mas consistia em órgão administrativo, ligado ao Poder Executivo.

A realidade fática de hoje, outrossim, é que quase nenhum empregado se vale do “jus postulandi” quando ajuíza uma ação trabalhista, sempre buscando a solução do conflito social por meio de advogados contratados. Talvez em razão dessa realidade o legislador tenha alterados os requisitos do pedido aduzido na reclamação trabalhista que, conforme a nova legislação, “deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor”.

A novidade enseja uma aperfeiçoamento do processo do trabalho, numa mitigação dos princípios da simplicidade e informalidade que regem

esse processo. Nesse diapasão, o novo dispositivo enseja uma dificuldade de acesso à justiça, especialmente se interpretado com o também novo parágrafo 3º da CLT, que lhe faz referência: “Os pedidos que não atendam ao disposto no § 1º deste artigo serão julgados extintos sem resolução do mérito.”

Não há dúvida que os novos parágrafos 1º e 3º do art. 840 da CLT dificultam o acesso à justiça. Aliás, o parágrafo 3º desrespeita o princípio inserido no sistema processual com o Novo Código de Processo Civil consistente na primazia do julgamento de mérito, ou seja, o magistrado trabalhista, antes de aplicar o parágrafo 3º e extinguir o processo em razão de o reclamante não atender o requisitos da petição inicial inseridos no parágrafo 1º, deve intimar este a emendar a sua petição, no sentido de aduzir o seu pedido com certeza e determinação, além de indicação de seu valor. A necessidade de liquidação do pedido, outrossim, tendo em vista que no processo do trabalho geralmente são muitos, também tem o condão de dificultar o acesso à justiça.

Outra mudança estrutural do processo do trabalho, trazido com a reforma trabalhista, que enseja uma dificuldade de acesso à justiça, consiste na mitigação da execução de ofício. O novo art. 878 dispõe que “A execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo Juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado”.

No processo do trabalho, por suas peculiaridades, prevalece o princípio inquisitório sobre o dispositivo. A Justiça do Trabalho foi criada como uma justiça especializada para proteção de um hipossuficiente econômico, daí as peculiaridades que o distinguem do processo comum. Aqui também as raízes históricas possibilitam o entendimento das opções legislativas do passado, que são superadas com a recente reforma trabalhista. A execução de ofício na nova ordem processual trabalhista, pois, fica restrita aos empregados que acessarem a justiça sem advogado o que, conforme já frisamos, raramente acontece. Daí diagnosticarmos a mitigação da execução de ofício do art. 878 da CLT como mais um dispositivo que dificulta o acesso à justiça e que certamente ensejará uma maior responsabilidade dos advogados dos reclamantes na condução e acompanhamento das execuções.

Dispositivo que também dificulta o acesso à justiça é o novo art. 883-A da CLT, o qual estabelece que “A decisão judicial transitada em julgado somente poderá ser levada a protesto, gerar inscrição do nome do executado em órgãos de proteção ao crédito ou no Banco Nacional de Devedores Trabalhistas (BNDT), nos termos da lei, depois de transcorrido o

prazo de quarenta e cinco dias a contar da citação do executado, se não houver garantia do juízo.”

Essas técnicas de execução indireta que incidem no psicológico do devedor para cumprimento da obrigação (protesto da decisão judicial transitada em julgado e inscrição do nome do executado em órgãos de proteção ao crédito ou no Banco Nacional de Devedores Trabalhista (BNDT), realmente ensejam a efetividade da execução. Não entendemos, porém, porque o legislador trabalhista inseriu um prazo de 45 dias para concretização dessas técnicas para tutela executiva de um crédito que tem natureza alimentar. É válido lembrar que no processo civil esse prazo é de 15 dias, ou seja, três vezes mais curto.

Por fim, dispositivos que tem causado muita polêmica e que classificamos entre aqueles que dificultam o acesso à justiça estão nos parágrafos 2º e 3º do art. 844 da CLT: “Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável. O pagamento das custas a que se refere o § 2º é condição para a propositura de nova demanda”.

O não comparecimento injustificado do reclamante à audiência designada pelo Juiz do Trabalho consiste num desrespeito ao Poder Judiciário. Nesse sentido o legislador insere como punição ao litigante o pagamento das custas processuais, que são calculadas em 2% do valor da ação, pagamento este que passa a ser condição de admissibilidade da segunda ação proposta (as custas processuais são pagas ao final do processo do trabalho, mas nesse caso será exigida no seu início). O dispositivo não chega a ser uma restrição de acesso à justiça, afinal o reclamante pode justificar a ausência ou pagar as custas processuais para a admissão da segunda ação. De toda sorte, não deixa de ser um dificultador para o acesso à justiça.

Além das novidades que ensejam restrição ou dificuldade, há normas que trazem um desestímulo de acesso à justiça para as partes litigantes. Senão vejamos.

3. DISPOSITIVOS QUE DESESTIMULAM O ACESSO À JUSTIÇA

Na análise dos aspectos processuais da Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista), diagnosticamos dois dispositivos que desestimulam o acesso à justiça. São eles os arts. 790-B e 791 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Uma das principais novidades da Reforma Trabalhista, que corrobora nossa afirmação de mudança nas estruturas do processo do trabalho, consiste no Art. 791 da CLT: “Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa”.

Trata-se de mudança que reputamos positiva, uma vez que diante da inexistência do ônus da sucumbência é comum muitos trabalhadores abusarem do direito de ação, com a postulação de pedidos que vão da letra “a” a “z” do alfabeto, muitos deles temerários e abusivos. A implementação do ônus da sucumbência no processo do trabalho, com a imputação do pagamento de honorários para a parte que é sucumbente no pedido terá o condão de desestimular aventuras judiciais, trazendo uma maior responsabilidade para quem provoca o Poder Judiciário para solução de eventuais conflitos sociais.

Não entendemos, entretanto, porque o legislador fixou o valor dos honorários entre 5 e 15%, tendo em vista que no processo civil estes são fixados, conforme o Código de Processo Civil, entre 10 e 20%, o que denota uma discriminação do legislador com os advogados que militam no foro trabalhista, o que fere a isonomia estabelecida pela Constituição Federal.

Ainda no que tange a ônus de sucumbência, também é mister registrar o regramento do art. 790-B da CLT no que tange ao pagamento dos honorários periciais: “A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita”.

A imposição do pagamento dos honorários periciais para aquele que é sucumbente na perícia, inclusive o beneficiário da justiça gratuita, tem o efeito de desestimular o acesso à justiça, ou seja, aquele que tenha dúvida sobre a perspectiva de sair vencedor num pedido de insalubridade ou periculosidade, por exemplo, certamente pensará duas vezes antes de aduzir tal pedido, tendo em vista que, sucumbente, ainda que seja beneficiário da justiça gratuita, terá que pagar os honorários periciais¹.

1. Há recente propositura de ação direta de inconstitucionalidade contra a contra o referido parágrafo 4º do art. 790-B, além do parágrafo 4º do art. 791-A e parágrafo 2º do art. 844 inseridos na CLT pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, no sentido de que a imposição de pagamento

Num contraponto aos dispositivos que restringem, dificultam ou desestimulam o acesso à justiça, não se pode olvidar a existência de outros trazidos pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista) que, em sentido diametralmente oposto, ensejam a ampliação do acesso à justiça.

4. DISPOSITIVOS QUE AMPLIAM O ACESSO À JUSTIÇA

Entre os dispositivos que ampliam o acesso à justiça, na classificação que elaboramos, podemos incluir os artigos 507-A, 652, “f”, 790-B, 843, parágrafo 3º, 844, parágrafos 4º e 5º e 882 da CLT.

Uma grande novidade da Reforma Trabalhista consiste no Art. 507-A da CLT: “Nos contratos individuais de trabalho cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

Ao lado da solução de conflitos pela via estatal, a reforma trabalhista amplia o âmbito de acesso à justiça, consagrando expressamente no texto legal meio alternativo, ou, como preferem alguns, meio adequado de solução de conflito, no caso a arbitragem.

Apesar da resistência da jurisprudência trabalhista², bem como da doutrina especializada³ na

de custas e honorários periciais ao beneficiário da justiça gratuita viola o acesso à justiça assegurado pela Constituição Federal. A ação foi proposta pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros e está registrada no Supremo Tribunal Federal sob o n. ADI 5766. Até a finalização do artigo, não tivemos notícia se houve concessão da tutela de urgência postulada.

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ARBITRAGEM. DIREITO INDIVIDUAL. IMPOSSIBILIDADE. Tendo em vista o caráter de indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, é vedada a arbitragem nas relações individuais de trabalho. Inteligência do art. 1º da Lei n. 9.307/96. Precedentes do C. TST. Recurso ordinário a que se nega provimento (TRT 2ª Região, Proc. RO 00712001120095020442, rel. Juiz Edilson Soares de Lima, 23.9.2011).
3. Luciano Athayde Chaves ressalva que “é de se considerar que a legislação trabalhista tem viés protetor em relação ao trabalhador, em razão de suas vulnerabilidades (técnica, econômica e social), o que implica a necessária intervenção do Estado ou de entidade delegada para a realização de atos relacionados com o contrato de trabalho.” E, assim, conclui: “Parece-me, contudo, que a vedação à arbitragem – salvo situações excepcionais, em que ausentes as vulnerabilidades que, de ordinário, tocam ao sujeito ativo do contrato de trabalho, com ou sem subordinação

aplicação do instituto no processo do trabalho, sempre nos manifestamos favoravelmente à sua utilização⁴, de tal modo que, a despeito da limitação aos empregados cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, vemos como positiva a novidade, que classificamos como uma ampliação de acesso à justiça.

Outra novidade da Reforma Trabalhista consiste na possibilidade de homologação de acordos extrajudiciais perante o juiz do trabalho. É o que podemos aferir do Art. 652, letra “f”, da CLT: “Compete às Varas do Trabalho: f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho”.

O tema da homologação de acordo extrajudicial, já admitido há bastante tempo no processo comum, ocorria de forma ilícita no processo do trabalho, pois muitas partes simulavam uma demanda judicial para obter a chancela do acordo feito extrajudicialmente, com o fim de obter a segurança de uma sentença homologatória do Poder Judiciário. A novidade, pois, é muito bem vinda e se trata de mais uma forma que viabiliza a solução dos conflitos sociais e que, assim, classificamos como ampliativa do acesso à justiça.

O acesso à justiça, outrossim, está intrinsecamente ligado à produção de prova e qualquer norma que facilite esse ônus também poderá ser classificada como ampliativa de acesso à justiça. Nesse sentido que diagnosticamos quanto à prova pericial o art. 790-B da CLT com esse perfil, uma vez que os seus parágrafos 1º, 2º e 3º respectivamente limita ao valor dos honorários periciais, possibilita o parcelamento e veda a exigência de adiantamento, o que tem o condão de facilitar para as partes o acesso a tal prova: “§ 1º Ao fixar o valor dos honorários periciais, o juízo deverá respeitar o limite máximo estabelecido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho; § 2º O juízo poderá deferir parcelamento dos honorários periciais. § 3º O juízo não poderá exigir adiantamento de valores para realização de perícias.”

No que tange à representação da reclamada em audiência, o § 3º do art. 843 da CLT traz interessante norma que permite que o preposto não seja

– é medida que melhor se ajusta ao nosso sistema social e jurídico”, in CHAVES, Luciano Athayde. *Curso de Processo do Trabalho*. São Paulo, LTr, 2012, p. 147/149.

4. SILVA, Bruno Freire e. O art. 3º do Novo Código de Processo Civil e o processo do trabalho. *Revista do Advogado*, v. 126, p. 16, 2015.

necessariamente empregado da empresa: “O preposto a que se refere o § 1º deste artigo não precisa ser empregado da parte reclamada.”

O novo dispositivo é diametralmente oposto à súmula 377 do Tribunal Superior do Trabalho, que dispõe que “*Exceto quanto à reclamação de empregado doméstico, ou contra micro ou pequeno empresário, o preposto deve ser necessariamente empregado do reclamado*”. A partir, pois, da entrada em vigor da Reforma Trabalhista no mês de novembro do corrente ano, não somente as micro ou pequenas empresas poderão se fazer representar nas audiências com preposto que não seja seu empregado, mas qualquer empresa que esteja sendo demandada, o que enseja efetivamente uma ampliação de acesso à justiça. Afinal, quantas empresas já foram penalizadas com a revelia, por não conseguirem deslocar empregado ou mesmo por não tê-los em número suficiente para representá-las em audiências, principalmente em Estados distantes de onde estão localizadas?

Por falar em revelia, a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista) copiou e trouxe para o processo do trabalho o regramento do art. 345 do Novo CPC, o que reputamos positivo. É o que se observa do art. § 4º do art. 844 da CLT: “A revelia não produz o efeito mencionado no *caput* deste artigo se: I – havendo pluralidade de reclamados, algum deles contestar a ação; II – o litígio versar sobre direitos indisponíveis; III – a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato; IV – as alegações de fato formuladas pelo reclamante forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.”

Quanto à ampliação de acesso à justiça, é digno de registro o § 5º do art. 844 da CLT, o qual estabelece que “Ainda que ausente o reclamado, presente o advogado na audiência, serão aceitos a contestação e os documentos eventualmente apresentados.” O dispositivo amplia o acesso à justiça, pois, mesmo que a parte não consiga estar presente no ato da audiência, o seu advogado poderá juntar defesa e documentos, o que valoriza a busca da verdade real, afinal a presunção de veracidade dos fatos na revelia é relativa. Diante do novo regramento, também destacamos o inciso IV do parágrafo 4º quanto à não produção de efeitos da revelia quando há alegações inverídicas (por exemplo, o reclamante alegar que trabalha 20 horas por dia) ou os fatos alegados estiverem em contradição com a prova dos autos (que poderá ser juntado com a defesa do advogado da parte revel. No caso de horas extras, os cartões de

ponto assinados pelo reclamante deverão ser observados pelo juiz ao proferir decisão condenatória de hora extraordinária contra empresa revel).

Por fim, na seara da execução, outra novidade da reforma trabalhista que tem o condão de ampliar o acesso à justiça, consiste no art. 882 da CLT, que institui o seguro garantia judicial: “O executado que não pagar a importância reclamada poderá garantir a execução mediante depósito da quantia correspondente, atualizada e acrescida das despesas processuais, apresentação de seguro-garantia judicial ou nomeação de bens à penhora, observada a ordem preferencial estabelecida no art. 835 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Código de Processo Civil.”

Quanto ao instituto, já tivemos oportunidade de nos manifestar favoravelmente à sua utilização no processo do trabalho nos seguintes termos: “A possibilidade de substituição da penhora em dinheiro por um seguro garantia judicial ou carta fiança bancária, num valor 30% superior ao débito, demonstra mais uma vez que o regramento da matéria estabelecida no Novo Código atende tanto a necessidade de efetividade da execução como à menor onerosidade desta, atingindo o desejado equilíbrio entre tais valores. Apesar de a possibilidade de substituição de penhora por carta bancária já ter previsão na Lei de Execuções Fiscais bem como na jurisprudência do STJ, nada havia sobre seguro garantia judicial⁵.”

A utilização do seguro garantia judicial na execução, conforme novo regramento da reforma trabalhista amplia o acesso à justiça e está em consonância com a anterior posição do Tribunal Superior do Trabalho na Instrução Normativa n. 39, cujo art. 3º estabeleceu que “sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas: ...art. 835, incisos e §§ 1º e 2º”.

Enfim, nessa classificação que buscamos fazer dos novos dispositivos processuais trazidos pela Reforma Trabalhista sob o prisma do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, há dispositivos que, apesar de ampliarem o acesso à justiça para uma das partes, ensejam dificuldade para outra.

5. SILVA, Bruno Freire e. *O Regramento da Penhora Eletrônica de Dinheiro no Novo CPC: O Equilíbrio entre os Princípios da Efetividade e Menor Onerosidade da Execução*. In Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 82, n. 2, abr/jun 2016. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 2016, p. 78.

5. DISPOSITIVOS QUE AMPLIAM O ACESSO À JUSTIÇA PARA UMA DAS PARTES E DIFICULTAM PARA A OUTRA

Alguns dispositivos inseridos no sistema processual trabalhista pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 (Reforma Trabalhista) ensejam acesso à justiça para uma das partes, porém dificultam o acesso para parte contrária. Entre tais dispositivos apontamos o art. 800 e seus parágrafos, art. 818, parágrafo 1º e o art. 899, parágrafos 9º e 10º e 11º.

O art. 800 da CLT, copiando o Novo Código de Processo Civil, elabora um novo procedimento para a exceção de incompetência, por meio do qual o excipiente poderá arguir a exceção sem se deslocar para o foro onde a ação foi proposta. O referido dispositivo rege que “Apresentada exceção de incompetência territorial no prazo de cinco dias a contar da notificação, antes da audiência e em peça que sinalize a existência desta exceção, seguir-se-á o procedimento estabelecido neste artigo.”

Não há dúvida, pois, que o novo regramento da exceção de incompetência enseja acesso à justiça para a empresa reclamada, que não terá que se deslocar para se defender no foro onde a ação foi proposta. Apesar de o foro competente ser aquele em que o trabalhador prestou serviços, é muito comum que empresas do eixo Rio – São Paulo precisem se deslocar para outras localidades quando seus ex-empregados, vindos de outros Estados, regressam à cidade natal e lá ajuízam a ação. Empresas de pequeno porte muitas vezes têm um enorme custo com passagens e hospedagens de prepostos e advogados para conseguir se defender. A novidade, pois, certamente enseja acesso à justiça.

Ocorre, porém, que, ao ampliar o acesso à justiça para essas empresas, por outro lado a novidade dificulta o acesso da parte contrária (no caso o trabalhador) e isso porque o processo será suspenso, em desrespeito à celeridade processual, tão cara num processo em que o bem a ser tutelado tem natureza alimentar. Nesse sentido é o parágrafo 1º do art. 800 da CLT: “Protocolada a petição, será suspenso o processo e não se realizará a audiência a que se refere o art. 843 desta Consolidação até que se decida a exceção”.

Outro dispositivo que dificulta a celeridade processual e conseqüentemente o acesso à justiça é o parágrafo 3º do art. 800, que prevê que a oitiva de testemunhas e do excipiente seja feita por meio de carta precatória, o que sabemos, tem o condão

de atrasar o andamento processual. Ou seja, o dispositivo facilita o acesso à justiça da empresa, mas dificulta o acesso e tutela do empregado. Esses são os termos do parágrafo: “Se entender necessária a produção de prova oral, o juízo designará audiência, garantindo o direito de o excipiente e de suas testemunhas serem ouvidos, por carta precatória, no juízo que este houver indicado como competente.”

Quanto ao sistema probatório, houve adoção expressa pelo legislador da teoria da carga dinâmica do ônus da prova no parágrafo 1º do Art. 818 da CLT, *in verbis*: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído”.

Não há dúvida que a parte beneficiada com a inversão do ônus da prova tem uma ampliação de seu acesso à justiça (afinal a produção de prova está intrinsecamente ligada ao acesso à justiça), enquanto que a parte que recebe esse novo ônus terá dificultado o seu acesso, daí incluímos o instituto da carga dinâmica do ônus da prova nessa última classificação.

No tocante ao depósito recursal, condição de admissibilidade dos recursos na seara trabalhista, há interessantes novidades que amplia o acesso à justiça nessa seara processual, como os que reduzem pela metade, isentam ou possibilitam a substituição do depósito em pecúnia, respectivamente nos parágrafos 8º, 9º e 10º do art. 899 da CLT:

§ 9º O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 10 São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial.

§ 11 O depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial.

Apesar da ampliação do acesso à justiça para as empresas recorrentes, que muitas vezes encontram dificuldades para cumprir o requisito do depósito e conseqüentemente interpor o recurso, especialmente as de pequeno porte, empregadores domésticos, em recuperação judicial, entre outras previstas

pelo legislador que se beneficiarão da redução, isenção ou substituição do depósito por fiança bancária ou garantia judicial, não há dúvida que, em contrapartida, há uma dificuldade para o acesso à justiça do reclamante autor.

Incluimos tais novidades nessa última classificação, pois, a exigência do depósito existe por dois motivos: (i) desestimular a interposição de recursos protelatórios e (ii) garantir a futura execução na hipótese de desprovimento do recurso. É patente, pois, que a redução, isenção ou substituição do depósito tem o condão de eliminar os objetivos deste, o que tem o condão de dificultar o acesso à justiça do reclamante autor, por restar desprovido da garantia para futura execução, além do desestímulo a recursos procrastinatórios.

CONCLUSÃO

A reforma trabalhista alterara a estrutura e princípios do processo do trabalho. Há pontos positivos e negativos, como qualquer nova legislação. Apesar da resistência de boa parte da comunidade jurídica, é preciso que os operadores do direito do trabalho estejam preparados para os novos procedimentos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho.

No presente trabalho buscamos examinar os novos artigos inseridos na CLT sob o prisma do acesso à justiça, segundo classificação que elaboramos na seguinte ordem:

- I) dispositivos que violam o acesso à justiça;
- II) que dificultam o acesso à justiça;
- III) que desestimulam o acesso à justiça;
- IV) que ampliam o acesso à justiça e
- V) que ampliam o acesso para uma parte, mas ao mesmo tempo dificultam para a parte contrária.

Entre os dispositivos que violam o acesso à justiça estão a limitação à atividade de criação do direito dos tribunais, a limitação da atividade jurisdicional no exame de convenções e acordos coletivos e a fixação de parâmetros indenizatórios baseados em salários, respectivamente nos parágrafos 2º e 3º inseridos do art. 8º e parágrafo 1º do artigo 223-G.

Quanto aqueles que dificultam o acesso à justiça incluimos a adoção da prescrição intercorrente, termo de quitação anual de débitos trabalhistas,

requisitos de certeza, determinação e valor do pedido, extinção do processo por inépcia da petição inicial, mitigação da execução de ofício, prazo de 45 dias para implementação de técnicas de execução indireta e a exigência de pagamento adiantado na segunda ação para o reclamante que não comparece à audiência e deixa o processo ser arquivado, institutos previstos respectivamente nos arts. 11-A, 507-B, 840, parágrafos 1º e 3º, art. 844, parágrafo 2º e 3º, 878 e 883-A da CLT.

Em relação a dispositivos que desestimulam o acesso à justiça, consideramos a novidade do ônus da sucumbência, tanto em relação ao pagamento de honorários advocatícios para a parte que tem o seu pedido rejeitado, como honorários periciais para a parte sucumbente na perícia, respectivamente previstos nos arts. 791 e 790-B da Consolidação das Leis do Trabalho.

Num contraponto dos artigos que restringem, dificultam ou desestimulam o acesso à justiça, há aqueles que diametralmente opostos ampliam esse acesso. São eles a adoção da arbitragem, homologação de acordos extrajudiciais, limitação, parcelamento e vedação ao adiantamento de honorários periciais, possibilidade de representação da reclamada em audiência por quem não seja seu empregado, novo regramento dos efeitos da revelia e instituição do uso do seguro garantia judicial na execução, tratados respectivamente nos artigos 507-A, 652, "f", 790-B, 843, parágrafo 3º, 844, parágrafos 4º e 5º e 882 da CLT.

Por fim, há ainda os artigos que ensejam o acesso à justiça para uma parte, mas ao mesmo tempo restringem o acesso para a parte contrária e, em nossa classificação, estão o novo procedimento da exceção de incompetência, a adoção da teoria da carga dinâmica do ônus da prova, a redução, isenção ou substituição do depósito recursal, previstos respectivamente no art. 800 e seus parágrafos, art. 818, parágrafo 1º e art. 899, parágrafos 9º e 10º e 11º.

Em suma, buscamos dentro dessas poucas linhas, dar nossa contribuição científica para o tão atual e relevante tema da reforma processual trabalhista, por meio de uma classificação dos novos institutos sob o prisma do acesso à justiça. O tema é novo e ainda sujeito a muitas discussões doutrinárias, de forma que aguardamos as críticas para podermos aperfeiçoar o trabalho, por meio de novas classificações que sejam necessárias.

Os direitos sociais fundamentais e a inversão do ônus da prova no controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória

Geovane de Assis Batista*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. A inversão do ônus da prova na processualística civil-trabalhista. 2.1.1 A prova. 2.1.2. O ônus da prova. 2.1.3. A inversão do ônus da prova. 2.2. A inversão do ônus da prova no controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória no âmbito dos direitos sociais fundamentais. 3. Considerações finais. 4. Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo tem como objeto os direitos sociais fundamentais sob a perspectiva do fenômeno processual da inversão do ônus da prova no âmbito do controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória. O objetivo básico é noticiar, a partir dos estudos de Victor Abramovich e Christian Courtis, que, com esteio no princípio do não retrocesso social, a categoria da “inversão do ônus da prova” pode ser tomada de empréstimo da processualística civil-trabalhista com vistas à solução exegética judicial no percurso das ações declaratórias de inconstitucionalidade onde se questiona a aplicabilidade e eficácia de normas jurídicas discriminatórias de direitos sociais laborais fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais fundamentais. Princípio do não-retrocesso social. Norma jurídica discriminatória. Inversão do ônus da prova. Abramovich e Courtis.

1. INTRODUÇÃO

A dogmática jurídica processual (legislativa, doutrinária e jurisprudencial) elegeu a *prova* (testemunhal, documental e material), o *ônus da prova* e a *inversão do ônus da prova* como meios hábeis potencialmente capazes de convencer o juiz da existência ou não de fatos em que se baseia o direito postulado. Na órbita dessas categorias, flutua o objeto comum a ser provado, a saber: o fato – donde emerge a primeira inquietude: *a quem incumbe o ônus da prova do fato?*

Malgrado intuitiva, a resposta se impõe, não, é certo, como algo novo, mas enquanto suporte

elementar para alcance e compreensão de outra inquietude que move o presente artigo: – *seria razoável a crença na possibilidade da “inversão do ônus da prova” nos casos em que a coisa litigiosa não envolve um fato e sim uma norma jurídica?* Se afirmativa a resposta, *sobre quem recairia o ônus da prova, nos casos em que a eficácia da norma jurídica é questionada sob o fundamento de incorrer em manifesta regressão e discriminação na tessitura dos direitos sociais fundamentais?*

Pois bem. O objetivo básico do presente artigo é responder a problemática, noticiando que, com esteio no princípio do não retrocesso social, a categoria da “inversão do ônus da prova” aplicada na processualística civil e trabalhista serve de aporte exegético judicial para solução da coisa litigiosa substanciada nas ações declaratórias de inconstitucionalidade de normas jurídicas discriminatórias no âmbito dos direitos sociais fundamentais – mais precisamente, dos direitos prestacionais laborais.

Para consecução desse fim, o autor se valerá de um texto descritivo e explicativo, subdividido em três partes redutíveis entre si, onde, inicialmente, o leitor repousará a visão sobre as prévias considerações acerca dos institutos da *prova*, *ônus da prova* e *inversão do ônus da prova* na processualística civil-trabalhista, com as devidas anotações doutrinárias e jurisprudenciais. Em seguida, navegará, panoramicamente, sobre o conceito, a classificação e o princípio do não retrocesso dos direitos sociais fundamentais. Na terceira parte, conhecerá a questão meritória consubstanciada nos direitos fundamentais sociais-laborais sob a perspectiva do fenômeno processual da inversão do ônus da prova no âmbito do controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória.

Nas linhas finais, serão apresentadas breves considerações acerca da temática investigada, revelando sua importância para o arcabouço jurídico constitucional relacionado aos direitos fundamentais sociais laborais. As referências bibliográficas serão de utilidades para costumeira consulta dos textos seminais e interpretativos.

(*) Juiz do Trabalho do TRT da 5ª. Região. Mestre (UFBA) e Doutor (UCSF) em Filosofia. Pós-doutorando em Direitos Sociais: as gerações dos Direitos. (Universidad D. Salamanca – Espanha).

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A inversão do ônus da prova na processualística civil e trabalhista

2.1.1. A prova¹

Diz-se “prova” aquilo que demonstra que uma afirmação ou um fato é verdadeiro, constituindo assim uma evidência, uma comprovação². Provar é, pois, convencer o espírito de verdade respeitante a alguma coisa³.

Desde uma perspectiva filosófica, a prova constitui um procedimento apto a estabelecer um saber, um conhecimento válido; todo procedimento desse gênero, qualquer que seja sua natureza: mostrar uma coisa ou um fato, exibir um documento, dar testemunho ou efetuar uma indução são prova tanto quanto as demonstrações da matemática e da lógica⁴; ou ainda: uma demonstração logicamente válida realizada a partir de axiomas ou de outras premissas aceitas⁵.

Juridicamente, é a demonstração de que algo se verificou⁶; tudo que pode convencer da certeza de algum fato, circunstância ou proposição controvertida⁷. No viés processual, o meio hábil de convencer o juiz da existência de fato⁸ em que se baseia o

direito do postulante, pois que ninguém vai a juízo alegar fato sem finalidade jurídica⁹.

Moacyr Amaral Santos lembra que a prova guarda dois sentidos: um *amplo* e outro, *restrito*. Naquele, provar é convencer o espírito da verdade respeitante a alguma coisa. Neste, *a prova judiciária*, tem *por objeto* os “fatos da causa” – “os fatos deduzidos pelas partes como fundamento da ação ou exceção”; *por finalidade*, a formação da convicção quanto à existência dos fatos da causa; e *por destinatário*, o juiz¹⁰.

A *prova judiciária* consiste na convicção de que os meios probatórios produzidos pelas partes no processo geram no espírito do juiz a impressão da existência ou inexistência dos fatos¹¹. Enfim, a prova é destinada a levar o juiz ao conhecimento da verdade dos fatos da causa, através dos meios de prova. Daí a prova no *sentido objetivo*: meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo; e no *sentido subjetivo*: formar no espírito do juiz quanto à verdade dos fatos¹². Mas provar, impõe um ônus.

2.1.2. O ônus da prova

Do latim *onus*, ônus quer dizer carga, fardo, peso¹³; sobrecarga ou incumbência, dever, encargo, obrigação de alguém¹⁴. Assim, se, numa dada situação, existe a pressuposição razoável de que algo é verdadeiro, quem procura provar o oposto, cabe-lhe o *ônus da prova*¹⁵. Desde uma perspectiva jurídica, “ônus da prova” constitui o encargo a carga de provar, de produzir prova da afirmação ou do fato. Traduz-se, apropriadamente, por *dever de provar*, no sentido de *necessidade de provar*, isto é, do dever no sentido de interesse ou necessidade de fornecer a prova destinada à formação da convicção do juiz quanto aos fatos alegados pelas partes¹⁶.

Cumprе relembrar que o *ônus processual probatório* não significa que a parte está obrigada a praticar determinados atos no curso do processo, mas que a inexecução (culposa ou dolosa) pode acarretar

1. Gr. *tekunptov*; lat. *probatio*; in. *proof*; fr. *preuve*; al. *beteis*; it. *Prova*.
2. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, p. 2320, 2001.
3. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*, vol. IV. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 2. 1988.
4. ABBAGANNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 805.
5. BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1977, p. 324.
6. MAGALHÃES, Humberto Piragibe & MALTA, Cristóvão Tostes. *Dicionário Jurídico*. vol. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, p. 724, 1990.
7. NÁUFEL, Jose. *Novo dicionário jurídico brasileiro*, 7ª. ed., vol. III. São Paulo: Parma, p. 766, 1984.
8. O termo “fato” (in. *Fact*; fr. *Fait*; al. *Talsache*; it. *Fatto*), em geral significa “[...] uma possibilidade objetiva de verificação, constatação ou averiguação, portanto, também de descrição ou previsão – objetiva no sentido de que todos podem fazê-la nas condições adequadas [...]. Os fatos têm duas características fundamentais: a) referência a um método apropriado de confirmação ou verificação; b) independência em relação a crenças subjetivas ou pessoais de quem emprega o método. Precisamente em vista dessas duas características, a capacidade de “olhar os fatos”, de “considerar os fatos” ou de “aceitar os fatos hoje é considerado um dos requisitos fundamentais não só do cientista e do pesquisador em geral, mas de qualquer cidadão. (ABBAGANNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p.429).

9. *Ibidem*.
10. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973*, vol. IV: arts. 332-475. Rio de Janeiro: Forense, p. 2, 1988.
11. *Ibidem*, p. 4.
12. *Ibidem*.
13. *Ibidem*, p. 21.
14. ABBAGANNO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 2067.
15. BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*, p. 274.
16. *Ibidem*.

prejuízos jurídicos¹⁷. A propósito, Isis de Almeida destaca que o “dever” distingue-se do “ônus”, antes de tudo, porque, neste, não há a obrigação no sentido jurídico que caracteriza aquele; ao contrário, o *dever jurídico* vincula uma sanção externa, positiva, já que existe uma cominação ou ameaça legal de uma pena; já no *ônus da prova*, existe uma incumbência, um encargo¹⁸. Seu conceito não contém uma ideia de pena e, por consequência, nada é cominado juridicamente a quem não prova. Em verdade, o que se pretende com o *ônus probandi* é definir responsabilidades processuais de demonstração legal de fatos que precisam vir à luz e cuja veracidade precisa ser evidenciada ou revelada ao juiz¹⁹.

[...] provar [...] consiste em um ônus. [...] de uma atividade a ser desenvolvida pela parte, com vistas a seu próprio benefício. A omissão em [...] provar gera um gravame para a parte que não se desincumbiu do ônus que lhe tocava. Diferente da obrigação, que é exigível, o ônus não o é. A obrigação pode ser convertida em pecúnia, ao passo que o ônus não. A ausência da prova produz, geralmente, uma desvantagem pelo não exercício do ônus. Isto porque, embora a parte estivesse onerada com a prova, nem por isso poderá vir a sucumbir pela ausência da sua demonstração, caso o adversário, desavisadamente, venha a preencher o espaço probatório que não lhe competia, fazendo prova contra o seu próprio interesse²⁰.

Logo:

Ao autor cabe dar a prova dos fatos constitutivos da relação jurídica litigiosa. O réu, por seu lado, deve prover a prova de suas afirmações, o que pode acontecer de dois modos: a) se alega fatos que atestam, direta ou indiretamente, a inexistência dos fatos alegados pelo autor (prova contrária, *contraprova*); b) se alega fatos impeditivos, extintivos ou modificativos, ou que obstem efeitos ao fato constitutivo (prova de exceção, no sentido amplo)²¹.

Nesse contexto, pergunta-se: a quem incumbe o ônus da prova? O Código de Processo Civil vigente

responde: ao “autor”, quanto ao fato constitutivo do seu direito; ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (Incs. I e II, do art. 373, do CPC/2015). Filiando-se à lição de CHIOVENDA, Moacyr Amaral esclarece que ao autor cabe dar a prova dos fatos constitutivos (*eficácia jurídica seminal*) da relação jurídica litigiosa.

Por seu lado, o réu deve prover a prova de suas afirmações (i) se alega fatos que atestam (direta ou indiretamente) a inexistência dos fatos alegados pelo autor (*prova contrária, contraprova*); (ii) se alega fatos impeditivos (circunstância que impedem decorra de um fato o efeito que lhe é normal, ou próprio, e que constitui sua razão de ser), *extintivos* (eficácia jurídica extintiva da relação jurídica) ou *modificativos* (eficácia de modificar a relação jurídica), ou que obstem efeitos ao fato constitutivo (prova de exceção)²².

Segundo Betti, Moacyr Amaral aclara: quem tem o ônus da ação, tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento à relação jurídica litigiosa; quem tem o ônus da exceção [defesa ou resposta do réu], tem o de afirmar e provar os fatos que servem de fundamento a ela. Logo, ao autor cumprirá sempre provar os fatos constitutivos; ao réu, os impeditivos, extintivos ou modificativos²³.

E para promover a prova dos fatos alegados, autor e réu podem se valer em Juízo de todos os meios admitidos na processualística, a saber: ou testemunhal (afirmação pessoal oral), ou documental (afirmação escrita ou gravada) ou material (qualquer materialidade que sirva de prova do fato probando; atestação emanada da coisa: exames periciais).

Respondendo à pergunta “a quem incumbe o ônus da prova?”, o legislador do texto consolidado (CLT), cambiando apenas os nomes dos litigantes, assera que o *ônus da prova incumbe ao reclamante*, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e ao *reclamado*, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante²⁴.

17. HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2067.
 18. ALMEIDA, Isis de. *Manual de direito processual do trabalho*. -4ª ed. São Paulo: LTr, p. 123-124, 1991.
 19. *Ibidem*.
 20. Dalzimar Tupinambá *Apud* SOUZA, Otavio Augusto Reis de. *Direito e processo do trabalho*. R. J: Forense, p. 316-317, 1974.
 21. Chioyenda *apud* SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil*, p. 26.

22. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 26.
 23. *Ibidem*, p. 25
 24. *Incs. I e II, do art. 818, da CLT/2017: “Art. 818. O ônus da prova incumbe: I – ao reclamante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao reclamado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do reclamante. Cf.: BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 15.12.2019.*

O ônus de provar o fato constitutivo do direito cabe ao autor, consoante estabelecem os art. 818 da CLT e 373, I, do CPC, **enquanto ao réu incumbe fazer prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos** do direito perseguido, conforme art. 373, II, do CPC²⁵.

Quando a Reclamada nega qualquer prestação de serviço em seu benefício, **recai sobre o Reclamante o ônus da prova do vínculo empregatício**, que correspondente ao fato constitutivo do direito postulado (inteligência extraída dos preceitos contidos nos artigos 373, I, do CPC e 818 da CLT)²⁶.

Ao alegar a quitação do direito pretendido pelo Reclamante, **a Reclamada atrai para si o ônus de comprovar o fato extintivo**, nos termos do art. 818 da CLT e art. 373, II, CPC/15 (art. 333, II, do CPC/73). Neste sentido, inclusive, a Teoria da Aptidão para a prova e Súmula 461/TST²⁷.

2.1.3. A inversão do ônus da prova

A concepção doutrinária clássica evidencia que a distribuição do ônus da prova se funda em dois sistemas teóricos, sendo um *estático* e outro, *dinâmico*. Pelo primeiro, o legislador estabelece regras fixas, objetivas e imutáveis, situação em que o juiz se encontra amalgamado às regras estabelecidas, quedando, portanto, impossibilitado de alterar o ônus da prova. Eis o sistema adotado por Chiovenda²⁸. Pelo segundo, além das medidas fixadas *a priori* pelo legislador, o juiz, na busca da convicção racional frente às alegações fáticas articuladas, goza de poderes durante a investigação probatória para tornar menos rígidas *a posteriori* as regras de distribuição e inversão do ônus probandi, afastando do litigante o peso da prova, sobretudo quando surgirem peculiaridades da causa relacionadas à

impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprimento do encargo.

No balanceamento do jogo probatório, o direito potestativo encarnado no julgador não o transforma num déspota: não pode o juiz, tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito probatório. No lugar da força, o juiz deverá observar a racionalidade e a equidade; e no da arbitrariedade, a razoabilidade, isto é, o bom senso jurídico. Para além desses marcos, o juiz certamente atuará em flagrante desvio de poder e finalidade – portanto, em manifesto prejuízo à balança da Justiça.

Sem abrir mão do sistema estático encartado no código de ritos vigente, o Texto de 2015 recepcionou a teoria dinâmica, arrastando o juiz da inércia dogmática em que se encontrava na administração da distribuição do ônus da prova. Com efeito, ao prescrever que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (sistema estático – Art. 333, incisos I e II do CPC/1973), o legislador da novo CPC dispõe que, nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, *poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso*, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído (sistema dinâmico), sem gerar, contudo, situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil (*Caput* e §§ 1º e 2º., do art. 373, do NCPC/2015).

No que tange à distribuição do ônus da prova sob a perspectiva da Consolidação das Leis do Trabalho, o sistema adotado é, por assim dizer, misto, isto é, estático, mas com abertura positiva para o sistema dinâmico. Com efeito, sendo menos analítico e mais simples, o legislador de 1943 prescrevia que a prova das alegações incumbia à parte que as fizesse (Art. 818, da CLT): a cada parte competia fornecer os elementos de prova das alegações. Mas com o advento da “Reforma Trabalhista”, fez-se inserir no art. 818, da CLT, o sistema dinâmico:

Art. 818. § 1º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos deste artigo ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juízo atribuir o ônus da prova de

25. In: Processo 000004973.2015.5.05.0641. RecOrd. Relator Desembargador EDILTON MEIRELES, 1ª. TURMA, DJ 10/12/2019 (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019)

26. In: Processo 0000730-49.2014.5.05.0521 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, DJ 16/05/2017. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

27. In: Processo 0000866-07.2013.5.05.0028 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador MARCOS GURGEL, 1ª. TURMA, DJ 23/11/2017. (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

28. Apud Moacir Amaral Santos. *Comentários ao código de processo civil de 1973*, p. 26.

modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. § 3º. A decisão referida no § 1º. deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil²⁹.

O ilustre José Augusto Rodrigues Pinto justifica que o princípio da proteção do hipossuficiente econômico tem impellido a jurisprudência trabalhista a abrandar o traçado rígido dessa divisão de ônus, invertendo-o, de referência a fato constitutivo, cuja comprovação seria problemática para o empregado, em razão de sua própria subordinação jurídica. O abrandamento, continua, se faz por meio de artifício de *presumir-se verdadeiro, juris tantum*, o fato constitutivo alegado, o que reverte ao empregador o dever da prova ilidente da presunção³⁰.

Negado o vínculo empregatício, mas admitida a prestação de serviços por parte do reclamante, **inverte-se o ônus da prova**, nesse sentido, **a cargo do reclamado**, porque ventilado o fato impeditivo do direito do autor, na forma dos artigos 818 da CLT e 333, II do CPC, ainda que tenha sido imposta a pena de confissão ao reclamante, posto que seus efeitos podem ser elididos pela prova pré-constituída nos autos, na forma da súmula 74, II do TST³¹.

A não apresentação dos controles de jornada do período laborado ou, ainda, a juntada de controles sem a assinatura do obreiro, que foram tempestivamente impugnados, autoriza a **inversão do ônus da prova, que fica a cargo da empregadora**, consoante entendimento pacificado na Súmula 338, I, do Tribunal Superior do Trabalho³².

São inválidos como meio de prova os cartões de ponto que registram horários sistematicamente invariáveis de entrada e saída, por atraírem a presunção de total

desapego ao horário real de labor, haja vista ser humanamente impossível tamanha regularidade na vida cotidiana. Assim, há **inversão do ônus da prova** no que tange à jornada, que passa a ser do empregador (Súmula n. 338, III, do TST)³³.

O leitor que chegou até aqui já deve ter lembrado de que, para solução dos conflitos de interesses resistidos entre os litigantes nas esferas civil e trabalhista, a dogmática jurídica processual elegeu a *prova* (testemunhal, documental e material), o *ônus probandi* e a *inversão do ônus da prova* como categorias hábeis ao convencimento do juiz da existência de fatos em que se baseia o direito postulado; igualmente de que essa tríade possui como objeto comum o “*fato por provar-se*”³⁴.

Assim lembrado, é tempo, pois, de atentar para a seguinte questão: *seria razoável a crença na possibilidade da “inversão do ônus da prova”, nos casos em que a coisa litigiosa não envolve um fato e sim uma norma jurídica? Se afirmativa a resposta, a quem então incumbiria o ônus da prova, nos casos de questionamento da eficácia de norma jurídica editada com a nódia da discriminação relacionada a direitos sociais fundamentais?*

2.2. A inversão do ônus da prova no controle de constitucionalidade de norma jurídica discriminatória no âmbito dos direitos sociais fundamentais

Para resposta, anote-se de Paulo Gustavo Gonet Branco que os *direitos fundamentais* são firmados como “*núcleo da proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivar as normas asseguradoras dessas pretensões*”, porquanto consagrados em preceitos de ordem jurídica, característica essa que serve de traço divisor entre as expressões *direitos fundamentais* e *direitos humanos*³⁵.

A propósito, a expressão *direitos humanos*, ou *direitos do homem*, é reservada para aquelas

29. BRASIL *Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 20.12.2019.

30. Pinto, J. A. Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento, direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática*. São Paulo: LTr, p. 352, 2001.

31. In: *Processo 0044600-72.2008.5.05.0031 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador RENATO MÁRIO BORGES SIMÕES, 2ª. TURMA, DJ 17/06/2009*. (BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região*. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

32. In: *Processo 0000489-08.2014.5.05.0511 RecOrd, Origem LEGADO, Relator Desembargador JEFERSON MURICY, 5ª. TURMA, DJ 24/09/2018*. (BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região*. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

33. In: *Processo 0036100-40.2009.5.05.0012 RecOrd, Origem LEGADO, Relatora Desembargadora LÚZIA LOMBA, 2ª. TURMA, DJ 16/09/2011*. (BRASIL. *Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região*. Disponível em: <http://www.trt5.jus.br/>. Acesso em 16.12.2019).

34. SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao código de processo civil de 1973*, p. 5.

35. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – 6 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, p. 157, 2011.

reivindicações de perene respeito a certas posições essenciais ao homem; são direitos postulados em base jusnaturalista, contam índole filosófica e não possuem como característica básica a posituação numa ordem jurídica particular. O Autor esclarece que, por sua vocação universalista e supranacional, a expressão *derechos humanos* é empregada para designar pretensões de respeito à pessoa humana, inseridas em documentos de direito internacional. Já a locução *derechos fundamentales*, aduz, é reservada aos direitos relacionados com posições básicas das pessoas, inscritos em diplomas normativos de cada Estado. Enfim, são direitos que vigem numa ordem jurídica concreta, sendo, por isso, garantidos e limitados no espaço e no tempo³⁶.

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado da maturação histórica, o que permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas³⁷. Na lição de José Carlos Viera de Andrade, os direitos fundamentais podem ser considerados de diversas dimensões ou perspectivas, a saber: filosófica ou jusnaturalista, estadual ou constitucional e universalista ou internacionalista³⁸.

Malgrado os direitos fundamentais tenham começado a existir com a perspectiva filosófica ou jusnaturalista, o mais vasto reside no círculo de direitos que serão aqui analisados sob a rubrica dos direitos sociais laborais fundamentais. Para bem compreendê-los, ainda que de forma sucinta, mister trazer à luz algumas das classificações emergentes da dogmática dos direitos sociais fundamentais. A primeira delas leva em consideração à evolução histórica sob a *matriz liberal* (direitos de liberdade), a *matriz democrática* (direitos políticos) e a *matriz social* (direitos sociais).

Nessa mesma linha evolutiva, Paulo Branco alude à classificação sob a rubrica das “*gerações dos derechos fundamentales*” (evolução desses direitos no tempo), a saber:

- a) *os derechos de primera generación*: seriam os primeiros direitos a serem positivados com objetivo de fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder, enquanto postulados de abstenções dos governantes, criando obrigações de não fazer,

de não intervir sobre aspectos da vida escolar de cada indivíduo, referindo às liberdades individuais, como a de consciência, de culto, à inviolabilidade do domicílio, à liberdade de reunião;

- b) *os derechos de segunda generación* ou *derechos sociales*, assim chamados por se ligarem a reivindicações de justiça social;
- c) e, finalmente, *os derechos de tercera generación*, caracterizados pela titularidade difusa ou coletiva³⁹, porquanto concebidos para proteção não do homem isoladamente, mas das coletividades, de grupos – como o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural⁴⁰.

Outra importante classificação reside na *Teoría do Status* de Georg Jellinek, fundada em quatro *status* em que o indivíduo pode se encontrar em face do Estado – a saber: *status subjectionis* (estado passivo), *status libertatis* (estado negativo), *status civitatis* (estado positivo) e *status activus* (estado de cidadania ativa). Robert Alexi explica que o termo “*status*” revela “*una relación con el Estado que califica el individuo*”, ou seja: “*una relación formada entre el individuo y el estado*”. Assim é que, no estado passivo ou de sujeição (*status subjectionis*), o indivíduo se encontra submisso ao Estado⁴¹, detendo este a competência para vincular o indivíduo⁴² por meio de mandamentos e/ou proibições jurídicas⁴³.

No estado negativo (*status libertatis*), a circunstância de o homem ter personalidade exige que desfrute de um espaço de liberdade com relação a ingerências dos poderes públicos: “Impõe-se que os homens gozem de algum âmbito de ação desvinculado do império do Estado; afinal, como o próprio Jellinek assinala, a autoridade do estado “é exercida sobre homens livres”⁴⁴. Logo, um *status* negativo consiste em uma esfera de liberdade individual⁴⁵.

36. *Ibidem*, p. 166.

37. *Ibidem*.

38. ANDRADE, José Carlos Viera. *Os derechos fundamentales na constituição portuguesa de 1976*. – 5ª. ed. Coimbra: Almedina, p. 15-36, 2016.

39. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 155-156.

40. *Ibidem*, p. 157.

41. ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Ed. Madrid: Centro de Estudios Fundamentales, p. 220, 2017.

42. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de direito constitucional*, p. 177.

43. ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 221.

44. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 177.

45. ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 223.

Nessa esfera, uma *“acción es libre cuando no está ni ordenada ni prohibida, es decir, cuando tanto su ejecución como su omisión están permitidas.”*⁴⁶.

Relativamente ao estado positivo (*status civitatis*), há situações em que o indivíduo tem o direito de exigir do Estado que atue positivamente, ou seja, que realize uma prestação em seu favor⁴⁷. Nesse *status*, o Estado confere ao indivíduo o “status de la civilidade”, garantindo-lhe “*pretensiones a su actividad*”, facilitando-lhe meios jurídicos para sua realização. Em outras palavras, o indivíduo não só tem “derecho a algo”, como também “competência” para hacer exigibles⁴⁸.

Já no estado de cidadania ativa (*status activus*), o indivíduo desfruta de competência para influir sobre a formação da vontade do Estado. O direito ao voto é exemplo desse *status*, onde o indivíduo exerce os poderes políticos⁴⁹. Para Jellineck, aduz Robert Alexi, “*al status activo tienen que pertenecer sólo las competencias que tienen como objeto una “participación en el Estado”, que sirven para “formación de la voluntad estatal”*”⁵⁰.

Como que sintetizando os quatro *status* de Jellineck, fala-se ainda da classificação dos direitos sociais fundamentais sob o viés do “conteúdo” ou “proteção”. São eles: os direitos “de defesa”, os direitos “de participação” e os direitos “a prestação” ou direitos “prestacionais”.

Os direitos de defesa caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, de não interferência, de não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo; objetivam a limitação da ação do Estado: a evitar ingerência do Estado sobre os bens protegidos do indivíduo (liberdade, propriedade...) e fundamentam pretensão de reparo pelas agressões eventualmente consumadas. Na ordem jurídica brasileira, os direitos de defesa estão contidos no art. 5º, da CF/1988⁵¹.

Já os direitos prestacionais partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. Surgem da vontade efetiva de estabelecer “uma igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade”. São direitos que se realizam por intermédio do Estado. Se, por um lado, os direitos de defesa asseguram as liberdades, por outro, os direitos prestacionais buscam favorecer a condições materiais indispensáveis do desfrute efetivo dessa liberdades; referem-se a uma exigência de prestação positiva, e não de uma omissão.

Os direitos prestacionais podem corresponder a prestação material e a prestação jurídica. Paulo Gustavo Mendes doutrina haver direitos fundamentais cujo objeto se esgota na satisfação pelo Estado de uma prestação de natureza jurídica. Nesse caso, o objeto de prestação será a normação pelo Estado do bem jurídico protegido como direito fundamental, podendo consistir na emissão de normas jurídicas penais ou de normas de organização de procedimentos⁵². O direito à organização e ao procedimento⁵³ envolve não só a exigência de dição de normas que devem vida aos direitos fundamentais, como também a previsão de que elas sejam interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que as justificam.

Assim, o direito de acesso à Justiça não dispensa legislação que fixe a estrutura dos órgãos prestadores desse serviço e estabeleça normas processuais que viabilizem o pedidos de solução de conflitos pelo Estado. Entrementes, não se poderá interpretar o direito processual de modo excessivamente rigoroso, a ponto de inviabilizar, por motivos menores, a intervenção efetiva do Judiciário na solução de um litígio: é que, as regras processuais devem ser entendidas como orientadas para proporcionar uma solução segura e justa dos conflitos, não podendo ser compreendidas de modo caprichosos, com o fito de dificultar, desnecessariamente, a prestação jurisdicional⁵⁴.

46. *Ibidem.* p. 228.

47. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 178.

48. ALEXI, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 228.

49. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 178.

50. ROBERT, Alexi. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 231.

51. “[...] não ser obrigado a agir ou deixar de agir pelos Poderes Públicos senão em virtude de lei (inc. II); não se submeter a tortura, nem a tratamento desumano ou degradante (inc. III); a liberdade de manifestação de pensamento (inc. IV); a liberdade de crença e de exercício de culto (inc. VI); a liberdade de expressão artística, científica e intelectual (inc. IX); a inviolabilidade da vida privada e da intimidade (inc. X); o

sigilo de comunicações (inc. XIII); a liberdade de locomoção (inc. XV); a liberdade de associação para fins lícitos (inc. XVII); a proibição de penas de caráter perpétuo (inc. XLVII, entre outros.” – cf.: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 178-179.

52. *Ibidem.*, p. 181.

53. Sobre a subsunção dos direitos fundamentais sob o aspecto jurídico-material ao “*status activus processualis*” cf.: HÄBELE, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 53-56, 2019.

54. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 181-182.

Já os *direitos a prestações*⁵⁵ *materiais* ou *direitos a prestação sem sentido estrito* ou *direitos prestacionais materiais*) são assim rotulados porque resultam da concepção social do Estado. São tidos como *os direitos sociais por excelência*. O seu objeto consiste numa utilidade concreta (bem ou serviço), tais como os constantes do catálogo do art. 6º, da Constituição Federal, a saber, o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência⁵⁶.

Tem-se, portanto, que os *direitos a prestação material* são conectados propósito de atenuar desigualdades fáticas de oportunidades; envolvendo-se, assim, com a distribuição da riqueza na sociedade; e se notabilizando por uma decisiva dimensão econômica, já que satisfeitos segundo as conjunturas econômicas, de acordo com as disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Daí a argumentação dogmática defender, sem certa razoabilidade, que os direitos prestacionais materiais estão submetidos à *reserva do possível*⁵⁷.

Robert Alexy diz que, quando se fala de direitos sociais fundamentais, por exemplo, do direito à segurança social, ao trabalho, à vivência e à educação, faz-se primariamente referência a *direitos prestacionais em sentido estrito*, ou seja, *àqueles direitos que o indivíduo tem de obter algo do Estado* – a exemplo do trabalho⁵⁸.

Os direitos sociais nascem a partir da ideia de que a garantia da liberdade do desenvolvimento pessoal depende do asseguramento simultâneo das bases materiais para uma vida digna⁵⁹. O conjunto desses direitos estão sensivelmente disciplinados no *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* (PIDESC), do qual o Brasil é membro signatário do desde 24 de abril de 1992, quando assumira o compromisso de adotar medidas — tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos

disponíveis – que visassem à assegurar, *progressivamente*, e por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos econômicos, culturais e sociais, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas⁶⁰.

Com a assinatura e ratificação do PIDESC, o Brasil avocara, livremente, a responsabilidade obrigacional de observar, executar e dar cumprimento a todo conteúdo programático e efetivo nele contido (Art. 1º, do Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992 c/c o art. 7º, do seu Anexo) – sobremaneira o relacionado aos direitos sociais laborais, passando a reconhecer aos trabalhadores brasileiros:

- a) o direito de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, capaz de assegurar, em especial, uma remuneração que proporcione, no mínimo, um salário equitativo e uma remuneração igual para um trabalho de igual valor, sem nenhuma distinção, devendo, em particular às mulheres, ser garantidas condições de trabalho não inferiores àsquelas de que beneficiam os homens, com remuneração igual para trabalho igual;
- b) uma existência decente para os próprios trabalhadores e suas famílias;
- c) condições de trabalho seguras e higiênicas, além de iguais oportunidades para todos a serem promovidos no seu trabalho à categoria superior apropriada, sujeito a nenhuma outra consideração além da antiguidade de serviço e da aptidão individual;
- d) o direito ao repouso-descanso e lazer, além de limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, bem como remuneração nos dias de feriados públicos. (Art. 7º, do PIDESC).

Sob a perspectiva sócio-político-econômico-filosófica e normativa do PIDESC, sublimado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, Carta Internacional dos Direitos Humanos, Carta das Nações Unidas e a Organização Internacional do Trabalho, o Brasil promulgou a Constituição Federal de 1988 com a declaração de que constitui um Estado Democrático de Direito e com a obrigação de dar ênfase à prevalência dos direitos humanos e aos valores sociais do trabalho inscritos nos artigos 1º e 4º, da Constituição Federal. Assim é que, na esteira dos textos consolidado, constitucional e dos pactos internacionais, o *trabalho* passara a compreender o

55. Cf.: HÄBELE, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

56. Vieira de Andrade *apud* MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 182

57. Maiores explicações, cf.: MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 183-188.

58. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 443.

59. KRELL, Andreas J. Direitos Sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo (RS): Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, p. 248-249. 2006.

60. ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª. ed. Madrid: Trotta, p. 19, 2004.

sagrado direito de todo brasileiro de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito.

Ao eleger o “trabalho” como um dos primados dos direitos sociais inalienáveis, a par de outros que visem à melhoria da condição social dos trabalhadores brasileiros, a constituição republicana de 1988 adotou medidas apropriadas para protegê-lo, consubstanciando-o no art. 6º do PIDESEC e art. 6º, do Capítulo II (Dos Direitos Sociais), do Título I (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), como *direitos sociais fundamentais*. De maneira que, no esforço de contínua regulação⁶¹ fundada no Estado social dos direitos, o compromisso brasileiro acerca da efetividade dos direitos sociais laborais, na forma do art. 2º, do PIDESEC, há de se alinhar ao compromisso de perseguir o máximo de recursos disponíveis que visem à assegurar, *progressivamente*, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos nele reconhecidos, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Gilmar Mendes registra que a Constituição de 1988 consagra e expressa amplo catálogo de direitos sociais, seguindo, em parte, a tradição inaugurada pela constituição de 1934, que, pela primeira vez, incluiu os direitos sociais no seu texto⁶². Nos termos da Carta Constitucional vigente, são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados⁶³. Dentre esses direitos sociais, o legislador constituinte deu relevante destaque aos direitos sociais do trabalhador, conformemente se vê no catálogo do art. 7º, do Capítulo II dos Direitos Sociais e Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais, do Texto Constitucional⁶⁴.

A partir do percurso concernente à dogmática dos direitos sociais fundamentais, já se encontram maduras as condições de possibilidade para responder às questões: a) *seria razoável a crença na possibilidade das categorias do “ônus da prova” e da “inversão do ônus da prova”, nos casos em que a coisa*

irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei; salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; licença-paternidade, nos termos fixados em lei; proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; aposentadoria; assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; proteção em face da automação, na forma da lei; seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa; ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. **Parágrafo único**, são assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

61. Sobre “regulação” e “regulamentação”, cf.: Dutra, Renata Queiroz. *Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.

62. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 681, 2011.

63. *Ibidem*.

64. “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; fundo de garantia do tempo de serviço; salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

litigiosa não constitui um fato e sim uma norma jurídica?”; b) se sim, na arguição de inconstitucionalidade de preceito normativo jurídico regressivo e discriminatório no âmbito dos direitos sociais fundamentais, a quem caberia o ônus da prova?

Em *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Victor Abramovich e Christian Courtis defendem a tese de que a construção do modelo jurídico fundado no direito social constitui um veículo através do qual se realizam as funções do *Estado social*, *Estado de bem-estar* ou *Estado de providência*⁶⁵. Entre tantos postulados que informam o modelo do direito social, destacam os seguintes: a “consideração de desigualdades materiais”, de “poder político e econômico” e de “informação entre distintas classes de sujeitos de direito”, com relevante “trato desigual de sujeitos encontrados em distintas posições” – situações que autorizam a geração de “princípios de interpretação e regras processuais (como a inversão da carga probatória acreditado o dano na relação laboral, ou o estabelecimento de presunções processuais a favor da parte considerada mais fraca) acordes com esse tratamento desigual”⁶⁶.

Deveras, os atos dos poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário) devem conformidade aos direitos sociais fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem⁶⁷. De modo que, no âmbito do Poder Legislativo, não somente a atividade legiferante deve guardar coerência com os sistemas de direitos fundamentais, como a vinculação aos direitos fundamentais pode assumir conteúdo positivo, tornando imperiosa a edição de normas que deem regulamentação aos direitos fundamentais dependentes de concretização normativa.

Conquanto não tenha aceitação universal na dogmática dos direitos fundamentais sociais, o Legislador está diretamente vinculado à proibição do retrocesso social. Quem admite tal vedação, sustenta que, no que tange a direitos fundamentais, dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar; e uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas⁶⁸.

[...] o núcleo dos direitos já realizados e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente

garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas [...] que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam [...] numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação pura e simples desse núcleo essencial’⁶⁹.

Por conseguinte, observar e efetivar a exigibilidade de *progressividade* ou de *não-regressividade* dos direitos sociais fundamentais (e aí, os trabalhistas) constitui cláusula contratual multilateral da qual o Estado Brasileiro não pode se alijar, sendo-lhe mesmo vedado formular qualquer interpretação no sentido de se dedicar a quaisquer atividades ou práticas de atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no PIDESC; não podendo, inclusive, impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas, ou qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau (Arts. 2º e 5º do PIDESC).

A obrigação de *progressividade dos direitos econômicos, culturais e sociais* é cláusula escrita na alínea c, do artigo 2º, do PIDESC, que prescreve que cada um dos Estados Partes se comprometa a adotar medidas (por si ou mediante assistência e/ou cooperação internacional – especialmente, econômicas e técnicas – até o máximo dos recursos de que se dispõe) para conseguir *progressivamente* (por todos os meios apropriados, inclusive a adoção de medidas legislativas) a plena efetividade dos direitos econômicos, culturais e sociais reconhecidos no Pacto.

É verdade que, na exegese do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o conceito de realização progressiva guarda o sentido de que referidos direitos não podem ser alcançados pelos pactuantes em um período curto. A temporalidade deve ser significada como um “mecanismo necessariamente flexível”, que leva em conta as realidades do mundo real e a dificuldades que representa para todo país o asseguramento da plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem que implique retardo no mover-se tão rápida e efetivamente quanto seja possível para cumprimento da meta firmada⁷⁰.

Em *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Víctor Abramovich e Christian Courtis asseveram que a noção de *progressividade* implica

65. ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 53.

66. *Ibidem*, p. 55.

67. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 167.

68. *Ibidem*, p. 168.

69. *Ibidem* (Canotilho apud Paulo Branco).

70. ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 93-95.

progreso, significando que o Estado Parte deve “*mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales*”, de maneira que as medidas adotadas para implementação dos direitos reconhecidos devem ser deliberadas, concretas e orientadas para efetivo cumprimento das obrigações ajustadas no Pacto. Advogam que a obrigação mínima, assumida por cada membro do Pacto, é de “*no regresividad*” – quer dizer, “*la prohibición*” de sancionar normas jurídicas ou desenvolver medidas e práticas políticas que precarizem a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais existentes e gozados pela população à época da filiação ao tratado internacional⁷¹.

Dado que o signatário se obriga a melhorar a situação destes direitos, acrescem que, “*simultáneamente, assume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o [...] de derogar los derechos ya existentes*”, razão pela qual a obrigação assumida pelo Estado deve ser sempre “*ampliadora*”, haja vista “*la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido*”⁷². Lembram que, sob o véu do devir progressivo, o Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas adverte que “*cualquier medida deliberadamente regresiva al respecto*” requererá uma cuidadosa consideração, que deverá ser plenamente justificada referentemente à totalidade dos direitos no Pacto. Nesse sentido, anotam que:

[...] los Principios de Maastricht consideram violatorias de los derechos económicos, sociales e culturales “*la derogación o suspensión de la legislación necesaria para el goce continuo de un derecho económico, social y cultural del que ya se goza*” (princípio 14a) [...] y “*la adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho*” (princípio 14e)⁷³.

“*La obligación de no regresividad*” constitui uma limitação que os tratados de direitos humanos pertinentes e, eventualmente, a Constituição, “*imponem sobre los Poderes Legislativo y Ejecutivo a las posibilidades de reglamentación de los derechos económicos, sociales y culturales*”. É dizer, “*la obligación veda al legislador y al titular del poder reglamentario la adopción de reglamentación que derogue ou reduzca el nivel de los derechos económicos, sociales y*

culturales de los que goza la población”⁷⁴.

Apesar da vedação, não são poucos os casos em que os poderes do Estado-Parte do PIDESC agem com culpa ou dolo no descumprimento da diretiva obrigacional pactuada, situação em que caberá ao Poder Judiciário (quando provocado pela vigilância e censura da opinião pública) rever a prática de atos contrários ao primado da não-regressividade social desses direitos.

A vigilância panóptica do Poder Judiciário sobre os demais poderes se impõe na medida em que a rapacidade de príncipes e reformadores legislativos está sempre a espreitar e expropriar rapidamente a desregulamentação normativa infra e constitucional com intuito de mitigar ou excluir dos trabalhadores direitos sociais laborais historicamente assegurados, impondo-lhes, quando alcançados, manifesta regressão – como parece ocorrer com a chamada “Reforma Trabalhista”.

Portanto, a vinculação do Judiciário aos direitos fundamentais implica estreita observância ao princípio do não retrocesso social, já que cabe a ele a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados sob o cariz discriminatório (de raça, cor, religião, etnia...); de maneira que a defesa dos direitos sociais fundamentais é da essência de sua função⁷⁵.

Robert Alexy lembra que “*siempre que alguien tem un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que lhe atribui este derecho*”⁷⁶. Destaca que a expressão “*norma*” – igualmente como outras similares, como, por exemplo, “*regla*”, “*mandato*” ou “*prescrição*” – tem um lugar próprio na linguagem ordinária e em outras ciências tais como a sociologia, a etnologia a filosofia moral e a linguística. De modo que a utilização da expressão “*norma*” em todos estes âmbitos, caracteriza-se pelo fato de que é usada com diferentes significados⁷⁷, podendo a “*norma*” ser entendida como um ato mediante o qual se ordena, proíbe, permite, e, especialmente, se autoriza uma conduta.

A norma distingue de um “*enunciado normativo*”⁷⁸. Exemplo de “*enunciado normativo*” é o disposto no inc. XXX, do art. 7º, da CF/88: “*proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de*

71. *Ibidem*, p. 93.

72. *Ibidem*.

73. *Ibidem*, p. 94.

74. *Ibidem*, p. 94-95.

75. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 172.

76. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 31.

77. *Ibidem*, p. 32.

78. *Ibidem*, p. 33.

critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil". Este enunciado normativo expressa uma norma com o significado de que "está proibida a diferença salarial, funcional, admissional em razão do sexo, idade, cor ou estado civil". Uma "norma" é, pois, o significado ou sentido de um "enunciado normativo"⁷⁹.

Conforme Alexy, "toda norma pode ser revelada por meio de um enunciado normativo". No exemplo de que se cuida, a norma do enunciado normativo constitucional "proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil" pode ser significada com as seguintes expressões: "não pode haver diferença de", "não deve haver diferença de", "é proibida a diferença de". Logo, norma é a significação deôntica do enunciado normativo de uma lei.

É certo que, de acordo com a lição de Paulo Gustavo Gonet, no âmbito da interpretação das leis, há de ser considerado o princípio da interpretação conforme a Constituição, não devendo, assim, pressupor que o legislador haja querido dispor em sentido contrário à Constituição, pois que, ao contrário, as normas infraconstitucionais surgem com a presunção de constitucionalidade⁸⁰.

Malgrado as leis editadas pelo Legislativo gozem *prima facie*⁸¹ da presunção de constitucionalidade, cumpre registrar, no âmbito da dogmática dos direitos sociais fundamentais as seguintes indagações de Abramovich e Courtis: "[...] quais são as consequências que acarreta a sanção de uma lei ou de um regramento regressivo? A regressividade —in-sistem— constitui por si uma razão de invalidez ou inconstitucionalidade?" Ao que, ato contínuo, respondem: "a regressividade constitui um fator agravado da análise de razoabilidade"; e que "[...] a prova de que uma norma é regressiva determina uma presunção de invalidez ou de inconstitucionalidade, transferindo ao Estado a carga de argumentar a favor da racionalidade da legislação proposta."⁸²

Argumentam que, no marco do direito antidiscriminatório, desde o ponto de vista processual, corresponde ao demandante demonstrar a existência de uma discriminação normativa a partir do emprego

de uma das denominadas "categorías sospechadas"; e que a justificativa reside na tentativa de erradicar ações do Executivo e Legislativo peneiras de "prejuízos contra minorias discretas e insulares"⁸³. Assim, quando, em uma demanda, o autor acredita haver o emprego em uma norma jurídica de uma *categoría sospechada* como critério para efetuar uma distinção legal, a carga da prova para justificar a medida se inverte em detrimento do Estado.

[...] cuando se crea una distinción en función de algun de los factores enumerados en normas que establecen una prohibición expresa de discriminación, se trate de previsiones constitucionales o de tratados internacionales de derechos humanos, existe una presunción de ilegitimidad de la norma o medida diferenciadora⁸⁴. [...] Así, se dice que en el artículo 14 de la Constitución española existe una "interdicción de tener en cuenta como criterios de diferenciación aquellos elementos (nacimiento, raza, sexo, condición social) que el precepto expresamente menciona". [...] Así, la alegación de que el factor diferenciador ha sido uno de los mencionados en el artículo 14 alivia al recurrente la carga de demostrar la "relevancia" constitucional de la desigualdad. Otra consecuencia de que el factor diferencial este expresamente prohibido afecta en el derecho español a la carga de la prueba, cuya inversión opera en los casos de desigualdad de trato⁸⁵.

Segue-se, então, que, no âmbito da analítica da não regressividade social, o autor corre com o ônus de demonstrar, inicialmente, o caráter regressivo da norma, acreditando que o grau de proteção oferecido pela nova norma constitui um retrocesso com respeito ao existente com a norma anterior. Uma vez demonstrado o caráter regressivo, Abramovich e Courtis preconizam que a norma se presume inválida, situação que enseja a inversão do ônus argumentativo da prova (justificativa) em desfavor do Estado, quando terá a carga de acreditar que, em que pese ser regressiva, a nova norma é justificável.

En cuanto al estándar de juicio, manteniendo congruencia con la presunción de invalidez que pende sobre toda norma regressiva, la jurisprudencia estadounidense ha desarrollado el criterio denominado escrutinio estricto (strict scrutiny): la carga de demostración de la Administración es alta, y en caso de duda, el juez deberá inclinarse por la inconstitucionalidad. El

79. *Ibidem*, p. 36-37.

80. MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo *Curso de Direito Constitucional*, p. 110.

81. Sobre o caráter *prima facie* das regras e princípios, conferir: "ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 79 usque 95.

82. ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 148.

83. *Ibidem*, p. 103.

84. *Ibidem*.

85. *Ibidem*, p. 104.

estándar es aplicable ante las ya comentadas categorías sospechadas en caso de discriminación, y en general ante la revisión judicial de restricciones a un derecho fundamental: corresponde al Estado la demostración estricta de la necesidad y racionalidad de la distinción, la existencia de un "interés imperioso" [...] que justifique la medida adoptada. En estos casos, no basta con que el Estado demuestre sólo la legitimidad del fin y la mera racionalidad de la medida: debe justificar su imperiosa necesidad. De acuerdo con Tribe, una de las aplicaciones de este criterio consiste en la anulación de normas jurídicas, sea por la insuficiente relación medio-fin, sea por la debilidad del interés que pretenden satisfacer. Bajo esta luz, alegaciones tales como el interés estatal en la eficiencia, conveniencia o el ahorro, por su generalidad, serían insuficientes para justificar la medida impugnada⁸⁶.

Entre nós, o Plenário do Supremo Tribunal Federal vem se filiando à diretiva hermenêutica correspondente ao *princípio do não retrocesso social* e ao da *não discriminação normativa*. Com efeito, no julgamento da ADI 5.938/DF promovida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos, que pleiteava a declaração de inconstitucionalidade da expressão "*quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento*", contida nos incisos II e III, do art. 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), inseridos pelo art. 1º, da Lei 13.467/2017 – onde sustentava que:

- a) a norma consolidada em questão vulneraria dispositivos constitucionais sobre a proteção à maternidade, à gestante, ao nascituro e ao recém-nascido;
- b) vulneraria a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho, o objetivo fundamental da República de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais;
- c) e afrontaria o primado do trabalho, bem-estar e justiça sociais, além de concorrer para manifesta violação do princípio da proibição do retrocesso social – em memorável voto, a Ministra Rosa Weber asseverou que o princípio da vedação do retrocesso social não implica engessamento de todas as regras que assegurem direitos sociais.

Para a Ministra, o legislador, ao alterar a redação do art. 394-A, da CLT, para autorizar o trabalho

de gestantes e lactantes em condições insalubres, antes proibido, reduziu inadequadamente o nível de proteção à vida, à saúde, à maternidade, à infância e ao trabalho em condições dignas e seguras; de modo que a alteração legislativa revelou sensível retrocesso social, na medida em que tentara reduzir negativamente a efetividade dos direitos fundamentais envolvidos. As balizas erigidas pela Constituição, continua, direcionam o legislador ao "aperfeiçoamento dos institutos protetivos já existentes, no sentido de otimização dos direitos fundamentais no trabalho", de maneira que o princípio do não retrocesso social obsta o desmantelamento das conquistas normativas já alcançadas em determinado contexto social.

Seguindo a mesma linha argumentativa da Ministra Rosa Weber, mas com ênfase na questão de gênero substanciada no teor discriminatório da norma inquinada de inconstitucional, o Ministro Edson Fachin assim se posicionou:

A luta pela igualdade de gênero, marca indelével da Constituição da República atualmente em vigor no Brasil, é fruto de um longo processo histórico de reconhecimento de direitos às mulheres em igualdade de condições em que tais direitos foram reconhecidos aos homens. Merece ser reproduzido, pela sua importância real e simbólica, já o primeiro inciso do extenso rol de direitos e deveres constante do artigo 5º, da Constituição de 1988⁸⁷. [...] A mulher trabalhadora, com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, passou a ter proteção legal expressa e específica em capítulo especial daquele diploma legal⁸⁸. [...] Registre-se que importantes alterações foram feitas a tal regulação normativa, pelas Leis 7.855/1989 e pela Lei 9.799/1999, as quais revogaram normas já obsoletas e incluíram outras necessárias à efetividade da proteção da mulher no mercado de trabalho. *Dentre as normas incluídas, destacam-se as vedações impostas a partir de um olhar de discriminação de*

87. "Art. 5º, da CF/88. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.*"

88. "Trata-se do Título III, capítulo III, da Consolidação das Leis do Trabalho, que estabelece normas cujo principal objetivo fora inserir as mulheres no mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens, proteger as mulheres do preconceito e da discriminação no ambiente do trabalho remunerado, garantir às mulheres condições específicas, considerando principalmente as características próprias da mulher quanto à gestação e maternidade."

86. *Ibidem*, p. 106.

gênero: Art. 373 – A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) I – publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) II – recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) III – considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) V – impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez; (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) VI – proceder o empregador ou preposto a revistas íntimas nas empregadas ou funcionárias. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999) Parágrafo único. O disposto neste artigo não obsta a adoção de medidas temporárias que visem ao estabelecimento das políticas de igualdade entre homens e mulheres, em particular as que se destinam a corrigir as distorções que afetam a formação profissional, o acesso ao emprego e as condições gerais de trabalho da mulher. (Incluído pela Lei nº 9.799, de 26.5.1999). Tais normas exemplificam a atenção que o legislador inconstitucional tem dispensado à mulher, quanto se trata de sua proteção diante de possíveis discriminações, em razão do sexo, principalmente no que diz respeito ao acesso e permanência no mercado de trabalho.

Na perspectiva argumentativa do Estado, o afastamento da gestante ou da lactante do exercício de atividades insalubres não implicaria supressão do adicional de insalubridade, sendo o texto atual mais benéfico à trabalhadora; e que a tese preambular de violação ao princípio da vedação do retrocesso social não poderia prosperar por não ter o condão de assumir uma feição absoluta – de verdadeira imutabilidade dos direitos – e, por conseguinte, imobilizar

todo o sistema de proteção dos direitos, devendo, antes, assegurar o núcleo essencial das garantias.

O Plenário do Plenário do STF, apoiando-se no *princípio do não retrocesso social* e no *princípio constitucional contrário a qualquer discriminação atentatória a direitos e liberdades fundamentais*, não hesitou em refutar a pretensa justificativa estatal, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo consolidado questionado. Ao fazê-lo sinalizou, oblíqua e positivamente, para inteligência dos incisos XXX, XXXI e XXXII do Art. 7º, do Texto Constitucional:

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; **XXXI** – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; **XXXII** – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos; proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de quatorze anos, salvo na condição de aprendiz.

A decisão do Plenário do STF não foi outra senão a de, reforçando a tese de Abramovic e Curtis, declarar que as possibilidades argumentativas do Estado Brasileiro não são livres, porquanto as *OG nº 3, 13 y 14 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* “fijan los términos del posible marco argumentativo del Estrado”, porque, por um lado, “la medida regressiva sólo se justifica si el Estado demuestra que há considerado cuidadosamente medidas alternativas y que existen razones de peso para preferir aquélla”. Logo:

[...] el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implementada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas”, OG 13, punto 45; “corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles”, OG nº 14, punto 32). [...] Esto significa que el Estado sólo puede justificar la regresividad de una medida demostrando: a) que la legislación que propone, pese a implicar retrocesos en algún derecho, implica un avance teniendo en cuenta la *totalidade de los derechos previstos en el Pacto*, y b) que há empleado todos los recursos de que dispone, y que, aun así, necesita acudir a ella para proteger los demás derechos del Pacto. Resultan sumamente importantes, ya que el Estado no puede utilizar argumentos generales de política pública, disciplina fiscal o referirse a otros logros financieros o económicos, sino que debe señalar concretamente qué

otros derechos previstos en el Pacto (es decir, derechos económicos, sociales y culturales, y no cualquier outro derecho) se vieron favorecidos por la medida⁸⁹.

Para esses ilustres professores, a verificação do caráter regresivo de uma norma tem efeitos similares à existência de um fator de discriminação dos expressamente vedados, dando azo a uma “*presunción de ilegitimidad*” da medida, o que conduz a necessidade de realizar um “*escrutínio estricto*” ou um severo controle da razoabilidade y legitimidade da medida e do propósito da norma, quedando “*a cargo del Estado la prueba de su justificabilidad*”; e que, havendo dúvida, haverá de se estar contra a validez da norma regressiva⁹⁰.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. Na *processualística civil e trabalhista*, o “ônus da prova” e a “inversão do ônus da prova” podem recair, indistintamente, sobre autor (reclamante) e réu (reclamado). Já na *processualística do controle de constitucionalidade de norma jurídica questionada de regressiva e discriminatória aplicada no âmbito dos direitos sociais fundamentais*, o ônus de provar a existência de uma discriminação normativa a partir do emprego de uma das denominadas “categorias sospechadas” é do demandante.
 - 1.1. Mas nos casos de norma discriminatória a “categorias sospechadas”, a *inversão da carga probatória* recai direta e exclusivamente sobre o Estado, quedando com a incumbência de argumentar – de modo razoável, proporcional e ponderadamente – que a discriminação aplicada não é malfazeja. O não se desincumbir de tal encargo probatório implica inevitável declaração de inconstitucionalidade, o que poderá ocorrer por meio do controle de constitucionalidade difuso ou concentrado.
2. Diferentemente do que se sucede no direito material/substancial, onde a proteção teleológica a uma das partes é ontologicamente aceitável (como soi ocorrer com o cidadão no direito consumerista e do trabalho – aqui e ali, em virtude do grau de inferioridade que anima um dos polos da relação jurídica), revela-se comezinho o entendimento de que, na *dogmática civil-trabalhista*, o

direito processual deve observar tratamento isonômico aos litigantes.

- 2.1. Mas na *dogmática dos direitos sociais fundamentais*, o direito processual constitucional admite o tratamento desigual em desfavor do Estado, não devendo causar estranheza o fato de o processo constitucional incumbir ao Estado o ônus de justificar o tratamento normativo discriminatório relativo às chamadas “categorias sospechadas”; de modo que, seja no âmbito do *direito material constitucional* (consubstanciado nos direitos sociais fundamentais) ou no do *direito processual constitucional*, o juízo (monocrático, ou colegiado) contará com os *princípios da proteção e da orientação* na interpretação e aplicação de normas infraconstitucionais discriminatórias.

3. Na *processualística civil-trabalhista*, a tríade “prova”, “ônus da prova” e “inversão do ônus da prova” têm como objeto analítico exegético judicial comum “o fato”. Mas, na órbita da *processualística correspondente ao controle de constitucionalidade (difuso ou concentrado) de norma jurídica questionada de regressiva e discriminatória no âmbito dos direitos sociais fundamentais*, o objeto analítico exegético judicial passa a ser o “argumento”.
4. É temerária a crença de que a *inversão argumentativa do ônus da prova* em detrimento do Estado implique um *mal*. Em verdade, a fundamentalidade da inversão implica um *bem*, já que, ao impô-la, a hermenêutica judicial não pode perder de vista a necessária perfectibilidade do Estado, cujo telos ficcional é o bem público encetado pela vontade geral qualificada pela benfazeja sociabilidade política, econômica e cultural. Nessa omnisciência coletiva, *L'état c'est moi!* – por assim dizer.
5. A expectativa teleológica deste trabalho é daquelas que se filiam à dogmática juris-filosófica contrária a qualquer tentativa de retrocesso social normativo imputado a direitos sociais fundamentais, sobretudo laborais, que —infelizmente— hodierna e costumeiramente, vêm sendo descaradamente vilipendiados sob o espectro da rapacidade legislativa entranhada nos atos normativos discriminatórios à dignidade humana – na contramão, portanto, da estatalidade social, como sói ocorrer com a malfada “reforma” trabalhista.

89. ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 109.

90. *Ibidem*, p. 110

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- ABRAMOVIC, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2ª. ed. Madrid: Trotta, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. Ed. Madrid: Centro de Estudios Fundamentales, 2017.
- ALMEIDA, Isis de. *Manual de direito processual do trabalho*. São Paulo: LTr, 1991.
- ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. – 5ª. ed. Coimbra: Almedina, p. 15-36, 2016.
- BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- BRASIL. *Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 15.12.2019.
- _____. Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 19.12.2019.
- _____. Consolidação das Leis do Trabalho. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso: 19.12.2019.
- _____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://>. Acesso em 19.12.2019.
- DUTRA, Renata Queiroz. *Trabalho, regulação e cidadania: a dialética da regulação social do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.
- HÄBELE, Peter. *Direitos fundamentais no estado prestacional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- JUNIOR, Antonio Umberto de Souza. *Reforma trabalhista: análise comparativa e crítica da Lei 13.467/2017*. São Paulo: Rideel, 2017.
- KRELL, Andreas J. Direitos Sociais. In: BARRETO, Vicente de Paulo. *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo (RS): Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MAGALHÃES, Humberto Piragibe & MALTA, Cristóvão Tostes. *Dicionário jurídico* – vol. II, 7ª ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas S/A, 1990.
- MARTINEZ, Vinício. *Estado do bem-estar social ou Estado social?* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6623>. Acesso em: 18.12.2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* – 6ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, p. 157, 2011.
- PINTO, José Augusto Rodrigues. *Processo trabalhista de conhecimento, direito processual do trabalho, organização judiciária trabalhista brasileira, processo e procedimento, prática*. São Paulo: LTr, 2001.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, vol. IV: arts. 332-475*. Rio de Janeiro: Forense, p. 2, 1988.
- SOUZA, Otavio Augusto Reis de. *Direito e processo do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://www.stf.jus.br>. Acesso em: 01.12.2019.

Salvador, 31 de dezembro de 2019

O fato do príncipe e as normas administrativas de suspensão de funcionamento de estabelecimentos na pandemia do covid-19

Guilherme Guimarães Ludwig*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contexto fático de edição das normas administrativas suspensivas. 3. Revisitando a força maior e o fato do príncipe na perspectiva justralhista. 4. Discricionariedade e conceitos indeterminados. 5. Enquadramento normativo da suspensão de funcionamento empresarial. 6. Conclusões. 7. Referências

1. INTRODUÇÃO

Com o reconhecimento do surto do novo coronavírus (COVID-19), inicialmente como emergência de saúde pública de importância internacional e posteriormente como uma pandemia pela Organização Mundial da Saúde, várias iniciativas executivas e legislativas foram adotadas pelas autoridades brasileiras. Nas distintas esferas da federação, tais medidas visaram especialmente a garantir o direito fundamental à saúde diante da necessidade de isolamento social no país.

O presente estudo destina-se à caracterização no Direito do Trabalho dos efeitos trabalhistas das normas estaduais e municipais que regulam a suspensão temporária de funcionamento de estabelecimentos, quanto ao possível reconhecimento do fato do príncipe, em consonância com sua previsão na legislação trabalhista e seu tratamento na jurisprudência especializada.

Para tanto, inicialmente faz-se necessário traçar, ainda que em visão panorâmica, o contexto fático que conduziu à edição das normas administrativas suspensivas. Em seguida, será revisitada a distinção entre força maior e fato do príncipe, com aportes doutrinários e de julgados do Tribunal Superior do Trabalho. Por fim, apresentar-se-á uma proposta de enquadramento normativo no âmbito justralhista das normas administrativas objeto do estudo.

(*) Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA, Extensão universitária em Economia do Trabalho pelo CESIT/UNICAMP, Professor de Direito e Processo do Trabalho na Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Juiz do Trabalho na 5ª Região, Titular da Cadeira 62 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho.

2. CONTEXTO FÁTICO DE EDIÇÃO DAS NORMAS ADMINISTRATIVAS SUSPENSIVAS

Em 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial de Saúde declarou que o surto do novo coronavírus (COVID-19) surgido na China constituía uma emergência de saúde pública de importância internacional, o mais alto nível de alerta, conforme o Regulamento Sanitário Internacional. Expressava ali, como maior preocupação, a potencialidade do vírus em se espalhar para países com sistemas de saúde mais fracos e mal preparados¹.

Mais adiante, em 11 de março de 2020, a mesma entidade caracterizou esta doença infecciosa como uma pandemia, diante de sua ocorrência simultânea em vários países e regiões do mundo. Na ocasião, o número de casos fora da China tinha aumentado 13 vezes, enquanto foi triplicado o número de países afetados: 118.000 casos em 114 países, com o óbito, até então, de 4.291 pessoas². A partir dali, o surto apenas aumentou em proporção. Em 24 de abril de 2020, eram 2.724.809 casos em 213 países, com 187.847 mortes³. No Brasil, conforme informação do Ministério da Saúde, 52.995 casos confirmados com 3.670 mortes, em 24 de abril de 2020⁴.

1. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV)*. Genebra, 30.jan.2020. Disponível em: <[https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ih-er-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ih-er-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. Acesso em: 24 abr. 2020.
2. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 30 March 2020*. Genebra, 13.mar.2020. Disponível em: <[https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ih-er-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ih-er-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. Acesso em: 24 abr. 2020.
3. WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Coronavirus disease (COVID-19) outbreak situation*. Genebra, 01 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases-novel-coronavirus-2019>>. Acesso em: 24 abr. 2020.
4. BRASIL. Ministério da Saúde. *Coronavírus: Brasil registra 52.995 casos e 3.670 mortes*. Brasília, 24.abr.2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46784-coronavirus-brasil-registra-52-995-casos-e-3-670-mortes>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

A propagação do vírus causador da COVID-19 pode acontecer de pessoa para pessoa, pela respiração de gotículas do nariz ou da boca que se espalham em caso de tosse ou espirro de alguém contaminado. Tais gotículas podem também cair em superfícies e objetos próximos, o que permite igualmente a disseminação quando há contato pelas mãos de outras pessoas, que, por sua vez, se contagiam ao tocar os próprios olhos, nariz ou boca⁵. No Brasil, devido ao fato deste alto risco de contágio e dos insuficientes recursos médicos e hospitalares, as autoridades médicas passaram a entender o isolamento social como estratégia fundamental para não sobrecarregar os sistemas de saúde, reduzindo a demanda e tornando assim administrável a pandemia.

Foi editada a Lei 13.979, de 06 de março de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus. Neste diploma foi previsto que, para tanto, as autoridades poderiam adotar, no âmbito de suas competências, entre outras restrições, o isolamento e a quarentena (art. 3º).

A produção em diversos setores foi interrompida ou reduzida, o que, combinado com a diminuição do consumo na sociedade, terminou por gerar um profundo impacto nas empresas e nas relações de trabalho. A situação de urgência passou a reclamar uma regulação temporária que ajustasse as normas trabalhistas ao cenário excepcional, de forma a garantir simultaneamente os direitos trabalhistas e a sustentabilidade do empreendimento. Neste contexto foram editadas, até a data de publicação deste trabalho, as Medidas Provisórias 927, 936, 944, 945 e 946/2020.

No mesmo cenário de urgência, autoridades estaduais e municipais ditaram normas de controle e contenção de danos à saúde pública, por meio de medidas temporárias para evitar a disseminação da doença.

Por meio do Decreto nº 32280, de 23 de março de 2020, no âmbito do Município de Salvador/BA, a mero título de ilustração, foi estabelecida, a suspensão por quinze dias do funcionamento de:

- a) casas de show e espetáculos de qualquer natureza;

- b) boates, danceterias, salões de dança;
- c) casas de festa e eventos;
- d) clínicas de estética e salões de beleza;
- e) bares, restaurantes e lanchonetes;
- f) lojas de conveniência situadas em postos de combustível, assegurada nos dois últimos grupos a entrega em domicílio, desde que com estrutura e logística adequadas (art. 1º, *caput* e §1º)⁶.

Tais normas refletem a necessidade de isolamento social diante da facilidade de propagação do novo coronavírus (COVID-19), mas vem causando inequívoco impacto na viabilidade econômica dos empreendimentos empresariais e nas relações de emprego daqueles que ali laboram, o que demanda neste ponto revisitar, dentro do corte proposto deste estudo, os conceitos jurídico-trabalhistas de força maior e de fato do príncipe.

3. REVISITANDO A FORÇA MAIOR E O FATO DO PRÍNCIPE NA PERSPECTIVA JUSTRABALHISTA

De acordo com a Consolidação das Leis do Trabalho, a força maior ocorre diante de qualquer acontecimento inevitável em relação à vontade do empregador, para o qual não tenha este concorrido, ainda que de maneira indireta, mas que seja suscetível de necessariamente afetar a situação econômica e financeira da empresa (CLT, art. 501, *caput* e §§1º e 2º). Segundo José Augusto Rodrigues Pinto e Rodolfo Pamplona Filho, “força maior é o fato jurídico, *stricto sensu*, extraordinário ou irresistível, por ser originário da natureza, que produz prejuízo”⁷.

O extraordinário é o que escapa ao estado de incerteza próprio de um negócio sujeito à lógica e às intempéries do mercado. Segundo o Tribunal Superior do Trabalho, não pode ser configurado como força maior algo que está inserido nos riscos do empreendimento do empregador, tal como eventual ruptura do contrato de prestação de serviços terceirizados⁸.

5. ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE/BRASIL. *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. Atual. Em 30 de março de 2020. Brasília, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101-covid19&Itemid=875>. Acesso em: 24 abr. 2020.

6. SALVADOR. Decreto nº 32280, de 23 de 03 de 2020. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391448>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

7. PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. v.I. Direitos individuais. São Paulo: LTr, 2000, p. 290.

8. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DO CPC/1973 E ANTES DA LEI N.º 13.015/2014. MULTAS DOS ARTS. 467 E 477 DA CLT.

Em outra mão, o evento extraordinário deve impossibilitar, por si só, o cumprimento da obrigação trabalhista, sem que haja meios ao empregador de evitar ou impedir seus efeitos. Neste sentido, a título de exemplo, também tem entendido a referida Corte superior que, uma vez apontado o estado falimentar da empresa, para que seja reconhecida a existência de força maior é necessário que fique evidenciado que o empregador não tenha dado causa direta ou indiretamente à crise⁹.

Quanto aos efeitos jurídicos da força maior, no Direito Civil é certo que o devedor fica legalmente desobrigado de responder pelos correspondentes prejuízos, se expressamente não se houver por eles responsabilizado (CC, art. 393). No âmbito do

Diante dos termos do art. 2.º, caput, da CLT, o empregador assume os riscos da atividade econômica. No caso, a alegada ruptura do contrato de prestação de serviços firmado com o Município de Abreu de Lima se insere nos riscos do empreendimento, não configurando força maior, na forma do art. 501 da CLT. Assim, sendo incontroverso que não houve o pagamento de quaisquer verbas rescisórias ao trabalhador, afigura-se acertada a imposição das multas dos arts. 467 e 477 da CLT. [...] Agravo de Instrumento conhecido e não provido (AIRR-915-04.2011.5.06.0121, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz José Dezena da Silva, DEJT 29/03/2019).

9. I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELAS MASSA FALIDA DE S.A. (VIAÇÃO AÉREA RIO-GRANDE) E OUTRAS ANTES DA VIGÊNCIA DAS LEIS NºS 13.015/2014 E 13.467/2017 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. [...] DIFERENÇAS SALARIAIS PELA APLICAÇÃO DOS REAJUSTES NORMATIVOS. 1 - De acordo com o art. 501, caput, da CLT, considera-se força maior "todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente". Já o § 1º do art. 11 da Lei nº 7.238/84 assegura que "a imprevidência do empregador exclui a razão de força maior". 2 - Assim, diante de uma situação de crise econômico-financeira na empresa, é necessária a apuração dos fatores desencadeadores, e, uma vez constatada a participação, ainda que indireta, da empregadora como causa dessa crise, não fica caracterizada a força maior. 3 - No caso, conforme expôs o TRT, a reclamada não comprovou nos autos que o seu estado falimentar tenha origem em caso de força maior. Consignou, ainda, que a recorrente não comprovou pela via processual própria (ação de cumprimento) a incapacidade econômica capaz de eximi-la da incidência dos reajustes previstos nas normas coletivas. Esses fundamentos de natureza processual não são desconstituídos no recurso de revista. 4 - Acrescente-se que é vedado à empresa transferir ao trabalhador os riscos da atividade econômica (art. 2º, caput, da CLT), 5 - O art. 503 da CLT trata da possibilidade da redução salarial pela empresa em caso de força maior, a qual não foi comprovada, nos autos, ressaltando-se que se discute no caso concreto é concessão ou não de reajustes. 6 - Agravo de instrumento a que se nega provimento. [...]. (ARR-144900-34.2008.5.01.0005, Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 6/6/2018, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 8/6/2018). Também no mesmo sentido: ARR-63400-52.2008.5.01.0002, 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 03/05/2019.

Direito do Trabalho, entretanto, como cabem ao empregador devedor os riscos econômicos do empreendimento na assimétrica relação (CLT, art. 2º), a norma tutelar garante determinados direitos ao credor. Deste modo, caso a força maior acarrete a extinção da empresa ou de um dos estabelecimentos, será ainda assim assegurado ao empregado uma indenização paga pelo empregador.

Em caso de contrato por tempo indeterminado, esta poderá ser quantificada:

- a) no caso de empregado detentor da antiga estabilidade decenal, na razão de um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a seis meses;
- b) do contrário, correspondente à metade desta indenização que seria devida em caso de rescisão sem justa causa.

Por outro lado, em se tratando de contrato por tempo determinado, o empregado fará jus a indenização igual à metade da remuneração a que teria direito até o termo final previsto do contrato¹⁰ (CLT, art. 502). Também é reduzida pela metade a indenização de 40% sobre os depósitos de FGTS (Lei 8.036/90, art. 18, §2º).

Observe-se que a indenização para os contratos por tempo indeterminado era quantificada nos termos dos arts. 477 e 478 da CLT, no modelo anterior à Constituição Federal de 1988¹¹. Tais dispositivos, no entanto, não foram recepcionados pela Carta Magna atual, que, ao acolher o FGTS como regime único obrigatório, afastou definitivamente a estabilidade decenal, ressalvado o direito adquirido dos empregados que tinham preenchido o requisito legal. Cabe pontuar ainda que o *caput* do art. 477 teve recentemente sua redação integralmente substituída pela Lei 13.467/2017.

10. CLT, art. 479. Nos contratos que tenham termo estipulado, o empregador que, sem justa causa, despedir o empregado será obrigado a pagar-lhe, a título de indenização, e por metade, a remuneração a que teria direito até o termo do contrato.

11. CLT, art. 477. *É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.*

CLT, art. 478. *A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses.*

Tratando-se de norma restritiva de direito do empregado e considerando o princípio *in dubio pro misero*, não cabe uma interpretação extensiva que abarque qualquer outra verba, rescisória ou não. Como bem enfatiza Délio Maranhão, a força maior “impede a continuação do contrato e não o pagamento de um crédito devido pelo trabalho passado”¹². Em outras palavras, as verbas cujo direito foi sendo adquirido ao longo da execução do contrato de emprego tampouco são afetadas pelo evento.

No caso de força maior sem a extinção da empresa ou de um dos estabelecimentos, mas com comprovados prejuízos que possam inviabilizar a continuidade do negócio se mantidos nos moldes originais, é autorizado – apenas enquanto durar o fato gerador – que possam ser reduzidos os salários, não podendo, entretanto, o decréscimo ser superior a 25% e desde que respeitado o patamar do salário mínimo legal (CLT, art. 503).

Considerando, porém, que é garantida constitucionalmente a irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo (art. 7º, VI), a recepção constitucional do dispositivo celetista em questão requer atualmente que se reconheça a obrigatoriedade de prévia autorização pela negociação coletiva para a aludida redução. Não por outro motivo, a norma que trata de ajustes de redução salarial (Lei 13.189/2015, arts. 2º, 4º, 5º e 6º) posterior à Constituição Federal de 1988, resguarda a necessidade de prévia negociação coletiva que autorize aquelas medidas. Em última análise, este imperativo constitucional torna praticamente inócua a disciplina específica do art. 503, uma vez que o recurso à negociação coletiva, inclusive para esta finalidade específica, independe evidentemente da configuração da força maior.

Aliás, a própria Consolidação das Leis do Trabalho conta com dispositivo genérico sobre o tema, que prescreve que negociação coletiva que verse sobre a redução salarial deverá necessariamente contar com a previsão de proteção dos empregados contra a dispensa imotivada durante o seu prazo de vigência (CLT, art. 611-A, §3º).

Logo, tendo em vista que a garantia do salário mínimo também foi elevada ao patamar constitucional na Carta de 1988, (art. 7º, IV), a única norma tutelar realmente remanescente do art. 503 da CLT é a proibição de que a redução salarial na hipótese seja superior a 25%, limite máximo que deverá ser

observado em caso de convenção ou acordo coletivos celebrados por ocasião desta hipótese.

O fato do príncipe (ou ato da autoridade, ou “*factum principis*”), por sua vez, corresponde a uma espécie de força maior, na qual também se afigura a impossibilidade de continuidade da atividade empresarial, por uma paralisação temporária ou definitiva do trabalho, mas desta vez ocasionada pela Administração Pública. Na hipótese, a ação estatal poderá se configurar como ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou ainda pela promulgação de lei ou resolução, o que transfere a responsabilidade pelo pagamento de uma indenização para o Poder Público (Art. 486). São fundamentais para configuração da hipótese normativa a imprevisibilidade do fato e o nexos causal entre o ato administrativo e o prejuízo, sem que o empregador tenha contribuído com culpa.

O Tribunal Superior do Trabalho tem entendimento, porém, de que o fato do príncipe se distingue do poder da Administração Pública de salvaguardar o interesse público, ao realizar, por exemplo, fiscalização e interdição de estabelecimentos que não atuem dentro dos limites da Lei. Ou seja, quando atua estritamente para reparar o ilícito. Neste caso, porque o empregador deu causa culposamente à interdição promovida pelo Poder Público, deve assumir a responsabilidade pelos encargos trabalhistas, como parte dos riscos do empreendimento¹³.

No mesmo sentido, a Corte afastou o fato do príncipe em razão da Medida Provisória 168/2004, que proibiu a exploração de todas as modalidades de jogos de bingo, determinando o fechamento dos estabelecimentos. Considerou o fundamento de que,

13. “FACTUM PRINCIPIS”. CONFIGURAÇÃO. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. Não se confunde o fato do príncipe com o poder conferido à Administração Pública, tendo sempre em vista a preservação do interesse público, de fiscalizar e interditar estabelecimentos de saúde que não atuem dentro dos limites da Lei. Se a Reclamada, por sua exclusiva culpa, deu causa à interdição perpetrada pelo órgão fiscalizador, deve assumir a responsabilidade por sua incúria, na administração do negócio. O próprio art. 501 da CLT, em seu § 1º, dispõe que “a imprevidência do empregador exclui a razão de força maior”. Descabida, portanto, a evocação do § 1º do art. 486 daquele Texto, que remanesce incólume. Sendo esta a realidade delineada no acórdão regional, impossível o conhecimento do recurso de revista, que se concentra na avaliação do direito posto em discussão. Assim, em tal via, já não são revolidos fatos e provas, campo em que remanesce soberana a instância regional. Esta é a inteligência do Enunciado 126 do TST. Recurso de revista não conhecido (RR-723431-36.2001.5.09.5555, 3ª Turma, Relator Juiz Convocado Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 26/09/2003).

12. MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971, p. 244.

como a exploração significava o descumprimento da Lei 9.981/2001, havia plena previsibilidade acerca da extinção da atividade desenvolvida¹⁴.

Também rejeitou a configuração do fato do príncipe quando a atuação estatal implicava apenas em cumprimento de norma que reconhecia direito, como, por exemplo, quando reconheceu a obrigação do empregador de pagar as diferenças da indenização de 40% sobre os depósitos do FGTS, decorrentes dos expurgos inflacionários¹⁵.

No caso do fato do príncipe, a indenização que fica a cargo do Poder Público corresponde às mesmas previstas para a força maior, não cabendo interpretação extensiva¹⁶. Noutros termos, não cabe

aqui a transferência para o ente público da responsabilidade pelo pagamento nem de verbas vencidas anteriormente à cessação, nem tampouco de qualquer outra rescisória além das indenizações referidas no art. 486 da CLT. Todas estas obrigações remanesçam com o empregador.

Traçadas estas breves considerações acerca da força maior e do fato do príncipe no domínio jurídico-trabalhista, cabe agora investigar o enquadramento normativo possível da suspensão temporária do funcionamento de estabelecimentos fixada em normas estaduais e municipais, buscando subsídios iniciais na doutrina do Direito Administrativo, no que tange à configuração do eventual exercício discricionário dos poderes da Administração.

14. RECURSO DE REVISTA - INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE CHAMAMENTO DA UNIÃO PARA COMPOR A LIDE - FATO DO PRÍNCIPE - BINGO - PREVISIBILIDADE DA PROSCRIÇÃO DA ATIVIDADE A intervenção do Poder Público pela edição da Medida Provisória nº 168/2004, que determinou o fechamento das casas de bingo, objetivou simplesmente disciplinar, diante do descumprimento da Lei Federal nº 9.981/2001, a atividade de exploração de jogos de bingo cuja prática já era considerada ilícita, o que torna absolutamente previsível a extinção da atividade desenvolvida. Correta a decisão que indefere o pedido de chamamento à lide da União, não havendo falar em violação do artigo 5º, inciso II, XXXV, XXXVII e LV, da Constituição da República. (...) (RR-102040-24.2005.5.04.0010, 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 04/04/2008). No mesmo sentido: AIRR-24440-39.2005.5.02.0023, 1ª Turma, Relatora Juíza Convocada Dora Costa, DEJT 25/05/2007; AIRR-244840-09.2004.5.12.0036, 5ª Turma, Relatora Juíza Convocada Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, DEJT 26/08/2005).
15. IDEM E FACTUM PRINCIPIS . A obrigação de pagamento das diferenças da multa do FGTS, conforme disposto na OJ nº 341 da SBDI-1 deste c. TST, são do ex-empregador e compõe o risco de seu empreendimento, não podendo o empregado arcar com o prejuízo. O art. 486 da CLT se refere apenas às hipóteses de paralisação da atividade provocada por ato da administração pública não sendo esse o caso dos autos, tendo em vista que se trata de cumprimento de norma legal que reconheceu o direito à correção dos depósitos do FGTS. Reconhecida a responsabilidade da reclamada pelos fundamentos acima aduzidos, não encontra guarida a tese de chamamento da CEF à lide, pois, conforme exaustivamente exposto, o pagamento da multa é de responsabilidade exclusiva do empregador. Portanto, não é o caso de factum principis. O fato de o empregador depositar percentual de 5% somados a 10% do FGTS não configura bis in idem, porque tais valores não são devidos ao trabalhador, mas ao próprio fundo. A contribuição social imposta pela Lei Complementar 110/2001 pretendeu recompor apenas o saldo da conta do FGTS, formado pelos depósitos periódicos feitos na vigência dos contratos de trabalho. Recurso de revista não conhecido (RR-20300-13.2003.5.02.0255, 6ª Turma, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT 14/08/2009). Também neste sentido: RR-6800-37.2004.5.15.0042, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 19/11/2010; RR-18900-61.2003.5.02.0255, 4ª Turma, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, DEJT 12/11/2010).
16. CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32.ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007, p.393.

4. DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS INDETERMINADOS

É certo que as normas administrativas sob análise (os decretos de suspensão de funcionamento) não mais que disciplinam as consequências necessárias ao enfrentamento de uma emergência de saúde pública de caráter global, uma pandemia que afeta indistintamente toda a sociedade como algo extraordinário e irresistível.

Há, deste modo, em princípio, manifesto dever da Administração Pública de agir com eficiência para garantir inequívoco interesse público, o que permite perquirir se realmente existe espaço jurídico para o reconhecimento do fato do príncipe.

Para solucionar a questão, cabe investigar se a ação estatal versada implica em exercício discricionário das atribuições administrativas, vale dizer, se há efetivamente alguma margem de escolha na concretização do interesse público e da eficiência administrativa – conceitos indeterminados. Torna-se necessária, portanto, em caráter prejudicial, uma análise da relação entre este tipo conceito (em abstrato) e a discricionariedade.

Na doutrina, há quem entenda que o exercício do poder discricionário é decorrência necessária do trabalho interpretativo com o conceito indeterminado, sob o fundamento de que o suposto fático da norma que o contenha admite várias soluções corretas, em detrimento logicamente da possibilidade controle. Haveria, portanto, vinculação conceitual entre os dois fenômenos, que, ao final, representariam dois enfoques de uma mesma e única figura jurídica.

A primeira manifestação da denominada teoria da multivalência, segundo relata Antônio Francisco

de Sousa, surgiu com Bernatzik na Áustria de 1886, quando propôs que certos conceitos indeterminados apenas poderiam ser preenchidos a partir de um complexo processo de interpretação em cadeia, que denominava de “discricionariedade técnica”. Não existindo, para este último autor, critérios seguros de interpretação e de controle deste processo, a saída seria considerar que os conceitos indeterminados atribuiriam discricionariedade à autoridade administrativa¹⁷.

Conquanto não tenha sido tese predominante nos países germânicos, na Alemanha do pós-Guerra a teoria da multivalência teve seus seguidores e foi defendida principalmente por Ernst Forsthoff, que situou os conceitos de valor em contraponto aos controles empíricos, sendo que, enquanto estes reclamariam uma simples operação lógica para fixar o seu real conteúdo, os conceitos de valor, pelo contrário, demandariam uma conduta de eleição no quadro de uma realização de valores, o que justificaria assim a discricionariedade¹⁸.

Em solo brasileiro, argumenta Celso Antônio Bandeira de Mello que os conceitos dos quais faz uso a lei, ou dizem respeito ao mundo da natureza; ou, pelo contrário, ao da cultura, da causalidade ou do valor. Aqueles primeiros, porquanto determináveis no plano das ciências que se embasam no valor teórico da verdade, são unissignificativos. Quanto aos conceitos atinentes ao mundo da razão prática e da sensibilidade, são plurissignificativos, se ressentindo de certa fluidez e de alguma incerteza. Como a norma não pode se furtar a manipular conceitos destas duas ordens, ora traz em si delimitações rigorosas e objetivas, ora abriga em seu bojo a indeterminação e a fluidez dos conceitos práticos. A discricionariedade assistiria precisamente neste último campo; enquanto a vinculação, ao primeiro¹⁹. Segundo este autor, “a discricionariedade administrativa pode residir na hipótese da norma, no caso da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos”²⁰.

Há também quem entenda, porém, que o conceito indeterminado não implica em exercício de poder discricionário, na medida em que o suposto fático da norma que contém aquele conceito apenas admite uma única solução correta para fixação de seu conteúdo.

De acordo com António Francisco de Sousa, o contraponto marcante a Bernatzik foi, ainda em solo austríaco, representado por Friedrich Tezner. Para este último, qualquer conceito legal, ao qual fossem enquadrados fatos, poderia pressupor cadeias de pensamento altamente complexas, havendo apenas uma diferença do grau de insegurança da palavra entre os conceitos determinados e os indeterminados²¹.

Segundo Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, os conceitos indeterminados não acarretam o exercício de poder discricionário. Quanto a estes, a norma não lhes estipula com exatidão os limites justamente porque tais não admitem rigorosa quantificação ou determinação, sendo, porém, manifesto que estas hipóteses de realidade admitem ser determinadas no momento da aplicação. Ademais, se referindo a hipóteses concretas, a aplicação de tais conceitos não admite mais que uma solução. Noutras palavras, “a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso”.

Trata-se da aplicação da própria norma, pois, por intermédio de um processo intelectual de compreensão, certas circunstâncias reais são subsumidas em uma categoria normativa, não obstante sua imprecisão de limites e sem a interferência da vontade pura e simples do aplicador. Pelo contrário, a conduta discricionária aceita uma pluralidade de soluções ou alternativas igualmente justas ou mesmo entre indiferentes jurídicos, na medida em que a correspondente decisão estaria fundada em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos, entre outros), remetidos ao julgamento subjetivo do agente público²².

O exercício de um poder discricionário pode até estar associado à previsão de um conceito indeterminado, mas esta associação jamais será considerada, em termos abstratos, uma relação genérica

17. SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p.34-35.

18. SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p.41-42.

19. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p.956.

20. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.20.

21. SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p.35.

22. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p.393-394.

e necessária a abranger todas as hipóteses de manifestação destes dois fenômenos jurídicos. Isso porque, estando no âmbito do suposto fático, a plurissignificância dos conceitos indeterminados não interfere na consequência jurídica que lhe seja correlacionada.

Ademais, a aparente existência de vários sentidos possíveis, aceitáveis e razoáveis para um mesmo conceito indeterminado, tal como nos casos do interesse público ou da eficiência administrativa – no que diz respeito às normas administrativas objeto deste estudo –, não autoriza a entender que haja ou possa haver rigorosamente uma escolha discricionária do agente público.

5. ENQUADRAMENTO NORMATIVO DA SUSPENSÃO DE FUNCIONAMENTO EMPRESARIAL

Com base nas premissas supra, é possível concluir que não há uma escolha propriamente discricionária da Administração Pública quanto a proceder ou não à suspensão, mas um autêntico dever de salvaguardar o interesse público com eficiência, vinculado ao ordenamento jurídico brasileiro. Em última análise, tais normas são vetorizadas pelo texto constitucional que preconiza a saúde como

[...] direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (art. 196)

Neste passo, cumpre recordar que, conforme o entendimento no Supremo Tribunal Federal,

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente²³.

Atendendo aos parâmetros técnicos estabelecidos pelas autoridades médicas, a determinação

de suspensão de funcionamento de estabelecimentos concretiza, em plena conformidade com os cânones da eficiência administrativa, o dever fundamental do Estado de garantir a saúde de toda sociedade, na medida em que fomenta o isolamento social temporário como estratégia de evitar a sobrecarga dos recursos limitados do sistema de saúde – a única solução admitida –. Noutros termos, foram potencializados, na melhor medida possível, de acordo com as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolviam o caso concreto, os meios idôneos para a efetivação da solução que melhor atende ao interesse público.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica que a eficiência é o verdadeiro desafio a ser superado pela Administração Pública, em prol da busca pela mais razoável e menos conflituosa orientação científica, sem simpatias políticas ou emocionais, mas apenas pautada pela preservação da liberdade e pela realização dos direitos fundamentais, tendo em mira o desenvolvimento econômico e social²⁴.

Nesta perspectiva, o agir estatal eficiente se configura como uma manifestação do próprio Estado Democrático de Direito, regido pelas diretrizes de proporcionalidade que impõem sempre equilíbrio numa relação de custo e benefício. Esta mesma eficiência sempre deve ser reconhecida como inerente a qualquer norma jurídica emanada deste Estado de Direito, seja a geral e abstrata oriunda do Poder Legislativo, seja a individual e concreta decorrente da atuação da Administração Pública²⁵.

O que traz legitimidade à conduta da Administração Pública, conforme ensina Cármen Lúcia Antunes Rocha, é

[...] a realização efetiva e eficiente de interesse público determinado, demonstrado e exposto concretamente em cada situação administrativa e que se identifica, na maioria das vezes, com a prestação do serviço público.

A finalidade é elemento essencial do princípio da juridicidade, já que a Administração Pública não atua porque quer, mas pelo dever de atingir o fim previsto no ordenamento jurídico. É a legitimidade

23. RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.

24. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.121-122.

25. LUDWIG, Guilherme Guimarães. *Legalidade e Eficiência a Administração Pública*. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, Escola Judicial, ano 3, n.5, dezembro, 2014. Disponível em: <<http://escolajudicial.trt5.jus.br>>. Acesso em: 24 abr. 2020, p.91.

do interesse público que fundamenta a validade do cometimento público²⁶.

A Administração Pública, para Onofre Alves Batista Júnior, encontra-se vinculada à busca pelo bem comum e à necessidade de assegurar a dignidade humana aos cidadãos, motivo pelo qual deve fomentar o arranjo otimizado de interesses públicos envolvidos no caso concreto, atuando de forma eficiente nas prestações estatais que garantam condições mínimas de existência digna²⁷.

Logo, na hipótese em tela, os regramentos estaduais e municipais nada mais fazem do que, a partir dos critérios técnicos estabelecidos pela ciência médica e parametrizados pela eficiência administrativa, cumprir estritamente as normas que concretizam e garantem o direito fundamental à saúde (CF, art. 196), inclusive, na perspectiva trabalhista, pela redução dos riscos inerentes ao trabalho (CF, art. 7º, XXII), o que afasta o reconhecimento de fato do príncipe.

Por outro lado, quanto à força maior (em sentido lato) e pelo que já se analisou até aqui, não há dúvida que a pandemia do surto do novo coronavírus (COVID-19) corresponde a um *“acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente (CLT, art. 501)”* – o que, aliás, é expressamente reconhecido na antes citada Medida Provisória 927/2020:

O disposto nesta Medida Provisória se aplica durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 2020, e, para fins trabalhistas, constitui hipótese de força maior, nos termos do disposto no art. 501 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (MP 927/2020, art. 1º, parágrafo único).

É necessário, entretanto, avaliar caso a caso, inclusive e especialmente considerando o porte e a saúde financeira de cada empresa, se a suspensão temporária das atividades pode *“afetar substancialmente (...) [ou ser] (...) suscetível de afetar, em tais condições, a situação econômica e financeira da empresa”* (CLT, art. 501, §2º), como é legalmente exigido para se permitir o recursos às medidas restritivas de direitos trabalhistas. Observe-se, por exemplo, que,

quanto maior o porte do empregador, maior tende a ser proporcionalmente sua possibilidade de garantir o emprego e a integralidade dos direitos trabalhistas de seus empregados durante a situação temporária de emergência de saúde pública.

Não é demais lembrar que a exposição de motivos da Medida Provisória 927, além de reconhecer a pandemia do novo coronavírus como um evento de força maior, também informa sua justificativa em termos da *“necessidade de implementação de medidas urgentes e imediatas de isolamento dos trabalhadores em suas residências, com a manutenção, na medida do possível, dos vínculos trabalhistas, com segurança jurídica”*. Isso implica genericamente, em princípio, mais garantias em favor do empregador, justamente para manter, em patamares controláveis, a situação econômica e financeira da empresa.

No entanto, uma vez efetivamente demonstrada a afetação substancial (ou sua suscetibilidade) da situação econômica e financeira da empresa, deverá ser ainda ser evidenciado o pressuposto objetivo da extinção da empresa ou de um dos estabelecimentos, caso excepcional em que será permitida a restrição da indenização pela despedida sem justa causa ou pela rescisão antecipada do contrato por tempo determinado, mas com o pagamento integral de todas as demais verbas pendentes (CLT art. 502).

É certo que, ainda que não haja rigorosamente a extinção da empresa ou de estabelecimento, todavia em um cenário de prejuízos objetivamente comprovados pela suspensão das atividades empresariais é cabível, pelo recurso à negociação coletiva, a fixação de regras especiais que permitam garantir a viabilidade futura do negócio e a manutenção dos empregos e dos direitos trabalhistas dos empregados.

Trata-se aqui de concessões recíprocas temporárias mediante convenção ou acordo coletivos, que levem em conta a realidade daquelas relações de trabalho normatizadas e do impacto específico da crise naquele empreendimento ou na própria categoria econômica. Na hipótese, em caso de previsão negocial de eventual redução salarial – que não poderá ser superior a 25% (CLT, art. 503) –, necessariamente deverá ser acoplada norma de proteção dos empregados contra a dispensa imotivada durante o período de vigência (CLT, art. 611-A, §3º).

Por último, cabe a ressalva de que, na análise de cada caso concreto em suas circunstâncias, em que pese a distinção ora reconhecida entre a natureza da força maior (exterior e superior à vontade os contratantes) e a do fato do príncipe, deve ser observada a hipótese de possíveis excessos ou equívocos

26. ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p.110-111.

27. BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 129-130.

que tenham transposto o estrito limite que separa a natureza das duas figuras, de modo a excepcionalmente ser configurada a responsabilidade da Administração Pública.

6. CONCLUSÕES

Diante do quanto exposto, é possível concluir que:

1. As normas administrativas de suspensão de funcionamento de estabelecimentos refletem a necessidade de isolamento social diante da facilidade de propagação do novo coronavírus (COVID-19), mas vêm causando inequívoco impacto na viabilidade econômica dos empreendimentos empresariais e nas relações de emprego daqueles que ali laboram, a reclamar o correto enquadramento nas normas trabalhistas tutelares.
2. A jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho tem afastado o fato do príncipe em hipóteses em que a atuação da Administração Pública, por intermédio de atos executivos ou legislativos, visa precipuamente a salvaguardar o interesse público, a reparar o ilícito ou implica simples cumprimento de norma anterior que reconhecia o direito.
3. A aparente existência de vários sentidos possíveis, aceitáveis e razoáveis para um mesmo conceito indeterminado, tal como nos casos do interesse público ou da eficiência administrativa – no que diz respeito às normas administrativas objeto deste estudo –, não autoriza a entender que haja ou possa haver rigorosamente uma escolha discricionária do agente público.
4. É afastada a hipótese de fato do príncipe quando não existe uma escolha propriamente discricionária da Administração Pública quanto a proceder ou não à suspensão de funcionamento de estabelecimentos, mas sim um autêntico dever vinculado ao ordenamento jurídico brasileiro, cujas normas são vetorizadas pela Constituição, que preconiza a saúde como direito de todos e dever do Estado, como no caso da pandemia do novo coronavírus (COVID-19).
5. A pandemia em foco corresponde a um acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador e para a realização do qual este não concorreu. Não obstante, é necessário avaliar casuisticamente, inclusive considerando o porte e a saúde financeira de cada empresa, se a suspensão temporária das atividades pode

afetar substancialmente ou ser suscetível de afetar a situação econômica e financeira da empresa, para fins de configuração da força maior trabalhista.

6. Em que pese a distinção ora reconhecida entre a natureza da força maior e a do fato do príncipe, na análise de cada caso concreto deve ser observada a hipótese de possíveis excessos ou equívocos que tenham transposto o estrito limite que separa a natureza das duas figuras, de modo a excepcionalmente ser configurada a responsabilidade da Administração Pública.

7. REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Coronavírus: Brasil registra 52.995 casos e 3.670 mortes*. Brasília, 24.abr.2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46784-coronavirus-brasil-registra-52-995-casos-e-3-670-mortes>>. Acesso em: 24 abr. 2020.
- CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 32.ed. atual. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- LUDWIG, Guilherme Guimarães. *Legalidade e Eficiência a Administração Pública*. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia*, Salvador, Escola Judicial, ano 3, n.5, dezembro, 2014, p.81-91. Disponível em: <<http://escolajudicial.trt5.jus.br>>. Acesso em: 24 abr. 2020.
- MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*. 2.ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE/BRASIL. *Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus)*. Atual. Em 30 de março de 2020. Brasília, 30 mar. 2020. Disponível em: <https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=875>. Acesso em: 24 abr. 2020.
- PINTO, José Augusto Rodrigues; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Repertório de conceitos trabalhistas*. v.I. Direitos individuais. São Paulo: LTr, 2000.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SALVADOR. *Decreto nº 32280*, de 23 de 03 de 2020. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=391448>>. Acesso em: 24 abr. 2020
- SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Coronavirus disease (COVID-19) outbreak situation*. Genebra, 01 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acesso em: 24 abr. 2020.
- _____. *Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 – 30 March 2020*. Genebra, 13.mar.2020. Disponível em: <[https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. Acesso em: 24 abr. 2020.
- _____. *Director-General's statement on IHR Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV)*. Genebra, 30.jan.2020. Disponível em: <[https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov))>. Acesso em: 24 abr. 2020.

Transcendência do recurso de revista: as decisões do TST e o devido processo legal

Inácio André de Oliveira*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar, à luz da garantia fundamental do devido processo legal, as decisões monocráticas e colegiadas do TST que obstam o processamento dos recursos de revista pela falta de transcendência, de modo a verificar se essas decisões têm respeitado os limites impostos pela legislação vigente. A análise ficará centrada, nesta oportunidade, na relação e na ordem de apreciação entre a transcendência e os demais pressupostos de admissibilidade do recurso de revista e nos possíveis prejuízos processuais decorrentes das decisões que confundem esses pressupostos ou invertem sua ordem de análise

PALAVRAS-CHAVES: Processo do Trabalho. Devido Processo Legal. Recurso de Revista. Transcendência.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Razoável duração do processo *versus* devido processo legal. 3. As decisões do TST sobre a transcendência. 4. Os parâmetros legais para a análise da transcendência pelo TST. 5. A análise equivocada da transcendência e a irrecorribilidade das decisões. 6. Considerações finais. 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Medida Provisória nº 2.226/2001 introduziu o art. 896-A na CLT, dispositivo que passou a dispor que “O Tribunal Superior do Trabalho, no recurso de revista, examinará previamente se a causa oferece transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica.”

Em sua redação original, o art. 2º da Medida Provisória dispunha que caberia ao Tribunal Superior do Trabalho regulamentar, em seu regimento interno, o processamento da transcendência do recurso de revista.

Ocorre que, ao longo de 16 anos a partir da vigência da referida norma, o Tribunal Superior do Trabalho não procedeu com a alteração de seu regimento interno para fins de regulamentar a

transcendência como requisito de admissibilidade do recurso de revista, de modo que nesse período o instituto não alcançou eficácia.

No silêncio da Corte Superior Trabalhista, em 2017 houve por bem o próprio legislador prever em lei ordinária as normas necessárias à aplicação da transcendência, excluindo a necessidade de regulamentação em regimento interno prevista na redação original da Medida Provisória.

Tal alteração legislativa foi implementada pela Lei nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), a qual introduziu os parágrafos 1º a 6º no art. 896-A da CLT e conferiu plena eficácia à transcendência, estabelecendo parâmetros para a aferição da transcendência econômica, política, social ou jurídica e fixando normas para a análise desse pressuposto de admissibilidade no processamento dos recursos de revista.

Cuidando-se de pressuposto processual válida e legitimamente introduzido na legislação processual trabalhista por meio de lei ordinária, agora com eficácia que prescinde de regulamentação infralegal, não há mais espaço para discutir a aplicabilidade ou não do requisito da transcendência ou a conveniência de sua aplicação prática pelo Tribunal Superior do Trabalho.

Todavia, ainda há espaço para o estudo das novas normas que disciplinam a transcendência, de modo a definir os seus limites de aplicação e repercussões práticas, bem como para a análise crítica dos julgamentos já proferidos pelo Tribunal Superior do Trabalho na análise desse pressuposto recursal.

Com efeito, o presente ensaio tem por objetivo analisar, à luz da garantia fundamental do devido processo legal, as decisões monocráticas e colegiadas do TST que obstam o processamento dos recursos de revista pela falta de transcendência, de modo a verificar se essas decisões têm respeitado os limites impostos pela legislação vigente.

A análise ficará centrada, nesta oportunidade, na relação e na ordem de apreciação entre a transcendência e os demais pressupostos de

(*) Juiz do Trabalho no TRT da 21ª Região, Presidente da AMATRA21 de 2016 a 2019, Assessor de Ministro no TST de 2008 a 2012, Professor da ESMAT21, Professor de cursos sobre “Recursos no Tribunal Superior do Trabalho”.

admissibilidade do recurso de revista e nos possíveis prejuízos processuais decorrentes das decisões que confundem esses pressupostos ou invertem sua ordem de análise.

2. RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO VERSUS DEVIDO PROCESSO LEGAL

Não há dúvidas de que é positiva e contribui para a concretização da garantia de razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) toda alteração legislativa que obste a utilização procrastinatória de recursos e contribua para restringir o acesso à instância extraordinária trabalhista aos casos que efetivamente demandem a uniformização na interpretação do direito do trabalho ou a garantia de aplicação dos entendimentos já uniformizados, binômio que descreve a finalidade precípua do Tribunal Superior do Trabalho (CARVALHO, 2017).

Nessa ordem de idéias, analisando-se abstratamente a alteração legislativa implementada pela Reforma Trabalhista quanto ao pressuposto recursal da transcendência, impõe-se concluir que ela contribui positivamente para a finalidade de conferir celeridade ao processo judicial trabalhista, na medida em que evita o acesso de recursos à instância superior que não atendem à referida finalidade da Corte Superior.

Todavia, as restrições aos direitos e garantias processuais das partes, ainda que tenham por objetivo concretizar a razoável duração do processo, somente são válidas quando previstas em lei, não cabendo ao intérprete ou ao Poder Judiciário limitar o direito de as partes litigantes interpirem os recursos cabíveis sem fundamento legal para tanto ou em descompasso com a legislação vigente, sob pena de ofensa à garantia fundamental do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF).

Com efeito, o devido processo legal constitui óbice para que o Poder Judiciário lance mão de ilações ou interpretações que, sob o argumento de revelar o sentido ou a finalidade da lei, terminam por impor restrições aos direitos e garantias processuais das partes sem que exista previsão legal para tanto, ou ainda em total descompasso com a letra expressa da lei.

Cabe analisar se, na prática, as decisões já proferidas pelo TST na aplicação da transcendência como óbice ao trânsito dos recursos de revista e respectivos agravos de instrumento vêm respeitando os limites da legalidade e, por conseguinte, o devido processo legal, ou se a Corte Superior Trabalhista,

com vistas à celeridade processual, vem dando à transcendência interpretação mais extensa do que a lei permite.

3. AS DECISÕES DO TST SOBRE A TRANSCENDÊNCIA

O Tribunal Superior do Trabalho vem apresentando divergências internas quanto à interpretação das disposições legais que disciplinam a transcendência como óbice ao processamento dos recursos de revista, notadamente no que diz respeito à ordem de apreciação e à relação com os demais pressupostos de admissibilidade.

Parte das Turmas e Ministros Relatores no Tribunal Superior do Trabalho, por decisões monocráticas ou mediante julgamentos colegiados, vem decidindo no sentido de impor o óbice da falta de transcendência em casos nos quais, pela estrita aplicação da lei, seria impositivo reconhecer o preenchimento desse pressuposto processual.

É o que se tem verificado quando o recurso de revista não preenche outro pressuposto de admissibilidade estranho à transcendência, a exemplo de irregularidade de representação¹, prequestionamento (Súmula 297 do TST)², dialeticidade (Súmula nº 422 do TST)³ ou não pretensão de reexame de fatos e provas (Súmula 126 do TST)⁴.

1. "O apelo não logra ultrapassar o seu próprio conhecimento, haja vista a existência de vício formal intransponível, qual seja, irregularidade de representação processual, logo, carece de transcendência para ser analisado, uma vez que sequer possibilita o exame do mérito da controvérsia" (RR-191-88.2016.5.08.0114, 8ª Turma, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, DEJT 29/06/2018).
2. "Nesse contexto, a incidência do óbice da Súmula 297 é suficiente para afastar a transcendência da causa, uma vez que inviabilizará a aferição da existência de eventual questão controvertida no recurso de revista, e, por conseguinte, não serão produzidos os reflexos gerais, nos termos previstos no § 1º do artigo 896-A da CLT." (AIRR-100698-75.2016.5.01.0462, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 13/12/2019)
3. "Ao assim proceder, revela-se desfundamentado o seu apelo. Aplicação da Súmula nº 422, I, e do artigo 896, § 1º-A, da CLT. Nesse contexto, a incidência do aludido óbice processual é suficiente para afastar a transcendência da causa, uma vez que inviabilizará a aferição da existência de eventual questão controvertida no recurso de revista, e, por conseguinte, não serão produzidos os reflexos gerais, nos termos previstos no § 1º do artigo 896-A da CLT. Agravo de instrumento de que não se conhece". (AIRR-101431-58.2016.5.01.0036, 4ª Turma, Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 22/11/2019).
4. "Examinando as razões recursais, constata-se que o recurso de revista não detém transcendência com relação aos reflexos gerais de natureza econômica, política, social ou jurídica, já que as pretensões da parte possuem nítidos contornos de revolvimento do acervo fático-probatório,

Nessa esteira, oportuno citar precedente da 5ª Turma do TST que delinea o entendimento adotado nas decisões dessa espécie:

A maioria das Turmas desta Corte vem se posicionando no sentido de que existência de obstáculo processual apto a inviabilizar o exame da matéria de fundo veiculada, como no caso, acaba por evidenciar, em última análise, a própria ausência de transcendência do recurso de revista, em qualquer das suas modalidades. Isso porque não se justificaria a intervenção desta Corte superior a fim de examinar feito no qual não se estaria:

- a) prevenindo desrespeito à sua jurisprudência consolidada (transcendência política);
- b) fixando tese sobre questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista (transcendência jurídica);
- c) revendo valor excessivo de condenação, apto a ensejar o comprometimento da higidez financeira da empresa demandada ou de determinada categoria profissional (transcendência econômica);
- d) acolhendo pretensão recursal obreira que diga respeito a direito social assegurado na Constituição Federal, com plausibilidade na alegada ofensa a dispositivo nela contido (transcendência social). Precedentes de 5 Turmas do TST. (Ag-RR-21939-22.2014.5.04.0030, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 06/09/2019)

Por outro lado, existem Turmas e Ministros Relatores que, nesse ponto, analisam previamente a existência ou não de transcendência à luz dos parâmetros fixados no art. 896-A, § 1º, da CLT e, depois de concluir pelo preenchimento desse pressuposto, passam à análise dos demais requisitos de admissibilidade do recurso de revista.

Cito o seguinte julgado da 3ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho que bem ilustra essa segunda linha decisória:

Contudo, embora seja imperativo se reconhecer a transcendência social da matéria, nos termos do art. 896-A, § 1º, III, da CLT, o apelo não alcança processamento. Isso porque se infere do trecho transcrito pela parte que o Tribunal Regional decidiu com base nos elementos instrutórios dos

autos, concluindo pela desnecessidade de produção da prova testemunhal pretendida, porquanto a prova pericial foi suficiente para a formação do convencimento do julgador. Nesse passo, a verificação dos argumentos do agravante, com eventual reforma da decisão, importaria o reexame de fatos e provas, o que é defeso neste momento processual, à luz da Súmula 126 do TST, circunstância que impede a constatação de violação dos preceitos de lei e da Constituição Federal invocados, bem como de contrariedade aos verbetes sumulares transcritos. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (AIRR-11588-32.2016.5.15.0056, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 07/01/2020)

Por fim, existem ainda as decisões que analisam primeiro se o recurso de revista preenche todos os requisitos de admissibilidade e, constatando a ausência de algum deles, julga prejudicada a análise da transcendência, sem chegar a analisar expressamente se o recurso apresenta ou não transcendência.

Segue, a título de exemplo, julgado nesse sentido, proferido pela 6ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho:

Prejudicada a análise de transcendência, por qualquer dos critérios, na medida em que o apelo do recorrente esbarra no óbice das Súmulas 221 do TST. O recorrente não indica expressamente qual o dispositivo da Lei 8.880/94 foi violado, bem como aponta arestos de turmas do TST, em manifesta desconformidade com o art. 896, c, da CLT, e inadequação do recurso interposto. Agravo de instrumento não provido. (AIRR-12155-04.2016.5.15.0011, 6ª Turma, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 24/05/2019).

Assim resumidas as principais linhas decisórias adotadas pelo TST na análise da transcendência em relação aos demais pressupostos de admissibilidade do recurso de revista, cumpre analisar os parâmetros legais que regem a matéria, possíveis prejuízos processuais decorrentes de cada um desses entendimentos e qual deles melhor atende ao devido processo legal.

4. OS PARÂMETROS LEGAIS PARA A ANÁLISE DA TRANSCENDÊNCIA PELO TST

Para fixar os fatores que indicam a existência de transcendência no recurso de revista, de modo a tentar definir o alcance do que se deve entender

atraindo o óbice da Súmula nº 126/TST." (ARR-11628-72.2014.5.15.0027, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 07/01/2020).

por transcendência econômica, política, social ou jurídica, a Lei nº 13.467/17 acrescentou o § 1º no art. 896-A da CLT, com a seguinte redação:

§ 1º São indicadores de transcendência, entre outros:

I – econômica, o elevado valor da causa;

II – política, o desrespeito da instância recorrida à jurisprudência sumulada do Tribunal Superior do Trabalho ou do Supremo Tribunal Federal;

III – social, a postulação, por reclamante-recorrente, de direito social constitucionalmente assegurado;

IV – jurídica, a existência de questão nova em torno da interpretação da legislação trabalhista.

O dispositivo transcrito acima demonstra que o legislador optou por não oferecer conceito geral sobre o que se entende por transcendência, mas por enumerar em um rol exemplificativo (expressão “*entre outros*”) as hipóteses em que o recurso de revista oferece transcendência econômica, política, social e jurídica.

Nota-se, pois, que a legislação processual trabalhista não traz, quanto à transcendência diretriz geral semelhante àquela existente no processo civil quanto à repercussão geral (art. 1.035, § 1º, do CPC⁵), vinculando a sua verificação à existência de questão que ultrapasse os interesses subjetivos do processos (CÔRTEZ, 2017).

Tampouco trouxe a lei autorização expressa para que o TST, com base na aplicação da transcendência, faça uma escolha totalmente subjetiva e discricionária dos recursos que terão o mérito apreciado em face da relevância da matéria discutida. Em que pese o entendimento de parte da doutrina no sentido de que essa seria a finalidade da transcendência (MARTINS FILHO, 2018), não foi ela expressamente contemplada pela lei.

O que está previsto na lei é a determinação de análise prévia da transcendência pelo Tribunal Superior do Trabalho, autorizando o seu reconhecimento sempre quando na apreciação do recurso de revista a Corte Superior Trabalhista verificar preliminarmente que está presente uma das hipóteses do art. 896-A, § 1º, da CLT.

A partir de então, superado o óbice da transcendência, torna-se possível prosseguir na análise dos demais requisitos de admissibilidade do recurso de revista, o que pode resultar no seu não conhecimento, pela incidência de outro óbice processual, ou no seu conhecimento e provimento, quando preenchidos todos os demais requisitos legais.

Em que pese esses requisitos de admissibilidade permaneçam vigentes e continuem a ser essenciais ao processamento do recurso de revista, carece de amparo legal qualquer interpretação que os confunda com a transcendência, devendo sua análise ser levada a efeito quando já ultrapassada a análise prévia da transcendência com observância dos limites e parâmetros legais.

Em outras palavras, somente seria possível dizer que falta transcendência ao recurso de revista com representação irregular ou que não obedece a Súmula nº 297 do TST se a lei assim expressamente dispusesse. Todavia, previsão nesse sentido não foi introduzida na legislação processual, uma vez que o art. 896-A, § 1º, da CLT fixou parâmetros para análise da transcendência que não passam pelo preenchimento dos demais pressupostos de admissibilidade do recurso de revista.

Tampouco se pode dizer que a lei autorizaria tal interpretação por aplicação extensiva das normas fixadas pela Lei 13.467/17 mediante adoção da premissa de que haveria coincidência substancial entre a falta de transcendência e a falta de preenchimento de outro requisito de admissibilidade.

É possível pensar, por exemplo, no caso em que o recurso de revista foi interposto em demanda trabalhista com valor da causa no importe de R\$1.000.000,00, mas a análise da matéria jurídica objeto do recurso depende de premissa fática não registrada no acórdão recorrido, atraindo o óbice da Súmula nº 126 do TST.

Não há dúvidas de que, pelo elevado valor da causa, estaria preenchido o requisito da transcendência econômica (art. 896-A, § 1º, I, da CLT). O conhecimento do recurso de revista, contudo, esbarraria na ausência de outro óbice, qual seja, a impossibilidade e reexame de fatos e provas, conforme Súmula nº 126 do TST.

A partir desse exemplo, torna-se cristalino que não há coincidência substancial entre a falta de transcendência e o óbice da Súmula nº 126 do TST, uma vez que a lei autoriza o reconhecimento da transcendência econômica, não obstante a incidência da referida Súmula. A decisão que, de forma monocrática ou colegiada, deixa de conhecer a

5. “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo.”

transcendência econômica nesse caso, não observa o art. 896-A, § 1º, I, da CLT.

Na esteira do exemplo citado, sempre quando a decisão, apesar de configurada uma das hipóteses do art. 896-A, § 1º, da CLT, deixa de reconhecer a transcendência porque ausente outro pressuposto de admissibilidade, ofende as normas processuais previstas no citado dispositivo legal.

Além disso, o *caput* do art. 896-A da CLT, com redação vigente desde a MP 2.226/01, determina a análise prévia da transcendência do recurso de revista. Tal determinação orienta exatamente no sentido de que primeiro deve ser analisada a transcendência, de modo a verificar se a parte logra demonstrar o enquadramento do recurso de revista em uma das hipóteses do art. 896-A, § 1º, da CLT e, depois, prossegue-se na análise dos demais pressupostos de admissibilidade.

Contudo, se a título de analisar o preenchimento da transcendência, as decisões têm verificado primeiro se o recurso de revista preenche todos os demais pressupostos de admissibilidade, para depois concluir pela falta de transcendência nos casos em que ausente qualquer outro desses demais pressupostos, assim o fazem em descompasso com a citada norma.

Aliás, se a norma do art. 896-A, *caput*, determina análise prévia da transcendência em relação aos demais pressupostos, assim o faz justamente porque não se confundem uns com os outros. Todavia, parte das decisões do TST vem invertendo essa ordem de análise e confundindo os demais pressupostos com a transcendência, em clara afronta ao *caput* do art. 896-A.

Até se afigura razoável, como medida de economia processual, a inversão na análise dos demais pressupostos de admissibilidade em relação à transcendência, quando se julga prejudicada esta última. Isso porque, nesse caso, a existência ou não de transcendência não chega a ser analisada e as razões práticas voltadas para a eficiência processual não trazem prejuízos aos direitos e garantias processuais das partes.

Diferentemente, quando a decisão analisa primeiro os demais pressupostos de admissibilidade do recurso de revista e, ausente algum deles, não julga prejudicada a transcendência, mas conclui pela inexistência deste último pressuposto, há prejuízo processual à parte recorrente, conforme será demonstrado em tópico a seguir.

E não é só. As decisões do TST que, na análise da transcendência, reputam-na ausente em face de

outro óbice ao trânsito do recurso de revista, vêm apontando no sentido de uma interpretação mais restritiva do que aquela oferecida pela própria lei para a aplicação desse pressuposto recursal, na medida em que consideram a falta de transcendência em casos nos quais a letra expressa da lei autoriza o seu reconhecimento.

Ocorre que a própria lei 13.467/17, no art. 896-A, § 1º, da CLT, ao delinear os parâmetros de análise da transcendência com base em um rol exemplificativo (expressão “entre outros”), traz diretriz interpretativa em sentido oposto, ou seja, no sentido de ampliar as hipóteses de transcendência para além daquelas expressamente previstas na lei⁶.

5. A ANÁLISE EQUIVOCADA DA TRANSCENDÊNCIA E A IRRECORRIBILIDADE DAS DECISÕES

A crítica ora proposta em face das decisões que concluem pela falta de transcendência quando ausente outro pressuposto de admissibilidade não é meramente acadêmica e abstrata, trazendo prejuízos processuais concretos para a parte que tem o seu recurso de revista obstado nesses casos.

Isso porque a Lei 13.467/17, nos §§ 4º e 5º acrescentados ao art. 896-A da CLT, fixou critérios de recorribilidade mais restritivos em face das decisões que negam trânsito ao recurso de revista ou ao agravo de instrumento pelo critério da transcendência, quando comparados esses critérios àqueles previstos para as decisões que negam trânsito aos apelos com fundamento em outros pressupostos de admissibilidade.

Com efeito, no tocante às decisões que reputam ausente a transcendência, o § 4º estabelece que são irrecorríveis no âmbito do TST as decisões colegiadas proferidas em sede de recurso de revista, ao passo que o § 5º estabelece que são irrecorríveis, para qualquer instância, as decisões monocráticas proferidas em sede de agravo de instrumento em recurso de revista.

6. “Deve ser reconhecida a transcendência na forma autorizada pelo art. 896-A, § 1º, *caput*, parte final, da CLT (critério “e outros”) quando se mostra aconselhável o exame mais detido da controvérsia devido às peculiaridades do caso concreto. O enfoque exegético da aferição dos indicadores de transcendência em princípio deve ser positivo, especialmente nos casos de alguma complexidade, em que se torna aconselhável o debate da matéria no âmbito próprio do conhecimento, e não no âmbito prévio da transcendência.” (AIRR-1002-75.2016.5.09.0678, 6ª Turma, Relatório Ministra Kátia Magalhães Arruda, DEJT 06/09/2019)

Ou seja, no mesmo exemplo citado acima, se o recurso de revista não fosse conhecido pela Turma por incidência da Súmula 126 do TST, seria possível, em tese, o reexame da decisão da Turma pela Subseção 1 de Dissídios Individuais do TST mediante interposição do recurso de embargos previsto no art. 894 da CLT⁷.

Já se o mesmo recurso de revista tivesse o trânsito incorretamente negado por suposta ausência de transcendência, da decisão da Turma não seria cabível o recurso de embargos à SBDI-1 para verificar a correção ou não do óbice imposto, ante o disposto no art. 896-A, § 4º, da CLT.

No que tange às decisões monocráticas proferidas pelos Ministros Relatores nos agravos de instrumento em recurso de revista, as diferenças quanto ao alcance da irrecurribilidade são ainda mais profundas.

Se proferida decisão monocrática pelo relator negando seguimento ao agravo de instrumento porque o recurso de revista esbarra no óbice da Súmula nº 126 do TST, dessa decisão caberia recurso de agravo para a Turma, no qual a parte poderia submeter ao colegiado o reexame do óbice imposto.

Se, por outro lado, a decisão monocrática estivesse incorretamente fundada na ausência de transcendência, daí não caberia recurso algum, retirando-se da parte qualquer possibilidade de obter um pronunciamento colegiado do Tribunal Superior do Trabalho, ante o disposto no art. 896-A, § 5º, da CLT⁸.

7. “Quanto à alegada contrariedade da Súmula 126 do TST, a SBDI-1 firmou jurisprudência no sentido de que, dada a sua função exclusivamente uniformizadora, não é possível conhecer do recurso de embargos por contrariedade a súmula de natureza processual, salvo se a afirmação dissonante da compreensão fixada no verbete apontado for aferível na própria decisão embargada, situação materializada no presente caso.” (E-ED-RR-165100-65.2009.5.03.0007, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 14/06/2019)

8. “De plano, verifico a existência de vício formal na revista, consistente na ausência de preenchimento do requisito contido no art. 896, § 1º-A, inciso I, da CLT, o que torna obsoleto o exame da transcendência da questão de fundo contida no recurso obstado, dado que, ante o não preenchimento de requisito essencial para a validade do ato processual, o pleito recursal não reunirá condições de regular processamento no âmbito desta Corte Superior. [...] Assim, a existência de obstáculo processual inarredável e que inviabiliza o exame do mérito recursal, como no caso, resulta na ausência de transcendência do recurso de revista, sob qualquer perspectiva de análise (transcendência jurídica, política, econômica ou social). [...] Ante o exposto, com fulcro no art. 896-A, § 5º, da CLT c/c o art. 248 do Regimento Interno desta Corte, nego seguimento

Diante disso, as reiteradas decisões em descompasso com a lei, no sentido de aplicar o óbice da falta de transcendência quando, na verdade, a hipótese seria de incidência de outro óbice processual, terminam por criar hipóteses de irrecurribilidade, sem nenhum amparo legal para tanto.

Vale salientar que, no tocante aos agravos de instrumento obstados monocraticamente com equivocado fundamento na falta de transcendência, a irrecurribilidade prevista na lei vem tolhendo as partes de qualquer possibilidade de correção de erros na análise dos pressupostos de admissibilidade extrínsecos e intrínsecos dos recursos de revista (CARNEIRO, 2018).

As estatísticas divulgadas pelo TST, todavia, demonstram não ser desprezível o percentual de agravos internos providos pelas Turmas, ou seja, nos quais se reconhecem equívocos das decisões monocráticas dos Relatores, a ponto de justificar a supressão de tal instância recursal pela incorreta aplicação da transcendência para fins de privilegiar a celeridade na tramitação processual.

O relatório estatístico “Movimentação Processual dos Gabinetes” divulgado pelo TST em relação ao ano de 2018 registra que foi de 19,4% o percentual de recursos internos providos pelas Turmas, aí incluídos agravos, agravos regimentais e embargos de declaração⁹.

O mesmo relatório, referente ao ano de 2019, demonstra que o referido percentual foi ainda de 12,6%, sendo de 9,2% o percentual de provimento apenas em relação aos agravos, do que se constata que foi verificada a existência de algum equívoco em aproximadamente uma a cada dez decisões monocráticas proferidas pelos relatores¹⁰.

Por fim, é importante ter em mente a norma do art. 896, § 12, da CLT¹¹ fixa regra geral no sentido da recorribilidade das decisões monocráticas denegatórias de recursos mediante recurso de agravo.

ao agravo de instrumento e, dada a irrecurribilidade da decisão que nega a transcendência ao agravo de instrumento em recurso de revista, bem como a ausência de repercussão geral em matéria de pressupostos de cabimento recursal (Tema nº 181 do ementário temático de repercussão geral do STF), determino a baixa dos autos à origem.” (AIRR - 101286-95.2016.5.01.0005, Relator JOÃO PEDRO SILVESTRIN, DEJT de 19/12/2019)

9. Disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/bb48512c-c504-6866-6f7d-d14eb8e0a371>.

10. Disponível em <http://www.tst.jus.br/documents/18640430/d20f0c7c-0eed-3596-9e07-be6949900412>.

11. “Art. 896. [...] § 12. Da decisão denegatória caberá agravo, no prazo de 8 (oito) dias.”

A irrecorribilidade prevista no art. 896-A, § 5º, da CLT é regra especial que somente afasta a incidência da regra geral nos casos em que, efetiva e substancialmente, a decisão denegatória do relator tenha por fundamento a ausência de transcendência.

Não é isso o que se verifica nos casos que, apesar de formalmente fundada na falta de transcendência, substancialmente a decisão monocrática que denega seguimento ao recurso tem por fundamento a ausência de outro pressuposto recursal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As decisões monocráticas e colegiadas do Tribunal Superior do Trabalho, no sentido de obstar o trânsito dos recursos de revista e respectivos agravos de instrumento pela falta de transcendência, são divergentes quanto à ordem de análise desse pressuposto de admissibilidade e sua relação com os demais pressupostos necessários ao conhecimento do recurso de revista.

A primeira corrente decisória entende pela ausência de transcendência quando se constata o não preenchimento de outros pressupostos de admissibilidade, a segunda analisa a transcendência à luz dos parâmetros do art. 896-A, § 1º, da CLT e depois prossegue na análise dos demais pressupostos e, a terceira, reputa prejudicada a análise da transcendência quando ausente algum dos demais pressupostos.

Nesse contexto, as decisões que entendem pela falta de transcendência quando ausentes outros pressupostos de admissibilidade relevam-se em descompasso com as normas dos arts. 896-A, *caput* e § 1º, da CLT e, conseqüentemente, com a garantia do devido processo legal, na medida em que invertem a ordem de análise desse requisito e aplicam o óbice respectivo em hipóteses não autorizadas pela lei.

Além disso, essas decisões trazem prejuízo processual às partes litigantes, uma vez que terminam por fazer incidir sobre recursos que não alcançam êxito pela falta de outros pressupostos de admissibilidade as irrecorribilidades previstas no art. 896-A, §§ 4º e 5º, da CLT especificamente para os recursos não conhecidos ou que têm seguimento denegado pela falta de transcendência.

Em sentido diverso, as decisões que analisam a transcendência em estrita consonância com as hipóteses do art. 896-A, § 1º, da CLT e, depois prosseguem na análise dos demais pressupostos de admissibilidade do recurso de revista, relevam-se adequadas aos ditames legais que regem a matéria, em observância ao devido processo legal e com respeito aos direitos e garantias processuais das partes.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARNEIRO, Cláudio Gomes. *A aplicação prática da transcendência no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho e a ofensa ao princípio da colegialidade*. Revista LTr, São Paulo, ano 82, n. 04, p. 415-421, abril de 2018.
- CARVALHO, Maximiliano Pereira. Transcendência, duração razoável do processo e simplificação recursal – uma proposta de regulamentação. In: MARTINS FILHO, I. G.; MENDES, G. F. (Orgs.). *2º Caderno de Pesquisas Trabalhistas*. Porto Alegre: Paixão, 2017., p. 33-42.
- CAVALCANTE, J. Q. P.; JORGE NETO, F. F. A relevância, transcendência ou repercussão geral no sistema jurídico processual. In: MANNRICH, Nelson. (Org.). *Reforma trabalhista reflexos críticos*. São Paulo: LTr, 2018., p.41-45.
- CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Transcendência x repercussão geral*. Revista LTr, São Paulo, ano 81, n. 09, p. 1075-1080, setembro de 2017.
- DELGADO, Maurício Godinho. *A Reforma Trabalhista no Brasil*. São Paulo: LTr, 2017.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 5ª ed. São Paulo: Ltr, 2007.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra. *O critério de transcendência do recurso de revista e sua aplicação efetiva pelo TST*. Revista LTr, São Paulo, ano 82, n. 06, p. 647-654, junho de 2018.
- SALES, C. M.; BRITO, M. P.; AZEVEDO NETO, P. T.; FONSECA, R. D. *Reforma Trabalhista Comentada*. São Paulo: Empório do Direito, 2017.
- SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Método, 2007.
- SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Ltr, 2011.
- SCHIAVI, Mauro. Aspectos do recurso de revista diante da reforma trabalhista. In: DALLEGRAVE NETO, J. A.; KAJOTA, E. (Orgs.). *Reforma trabalhista ponto a ponto*. São Paulo: LTr, 2018., p.370-374.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *O Processo do trabalho e a reforma trabalhista*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018., p. 382-399.

A destituição imotivada de empregado público do exercício de função de confiança

José Arnaldo de Oliveira*

RESUMO: Este trabalho buscou fazer um comparativo sobre a destituição imotivada do empregado público e aquele da iniciativa privada, ambos exercentes de função de confiança. Iniciamos com uma breve introdução para, logo após, apresentar o conceito de empregado público e a legislação que ampara os referidos trabalhadores. A destituição imotivada de empregado público do exercício de função de confiança, tema principal do artigo, é tratado no tópico "3", ressaltando que embora a empresa pública integre a Administração Pública Indireta e esteja, portanto, submetida aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e legalidade, a destituição de empregado público do exercício de função de confiança **não necessita de motivação**, salvo disposição legal em contrário e específica para determinadas empresas públicas, aplicando-se normalmente a regra prevista no parágrafo primeiro do art. 468 da CLT.

PALAVRAS-CHAVE: Destituição; imotivada; empregado; público; função; confiança.

SUMÁRIO: Introdução. Conceito de Empregado Público e Considerações. A destituição imotivada de empregado público do exercício de função de confiança

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho foi realizar um comparativo sobre a destituição imotivada do empregado público e aquele da iniciativa privada, ambos exercentes de função de confiança.

Sabemos que o empregado público brasileiro não possui amparo no regime jurídico estatutário, tendo como legislação de base para aplicação e observância a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Apesar disso, não obstante a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT tratar de forma bastante superficial a matéria objeto desse estudo, é comum tomar conhecimento de designações de empregados públicos para o exercício de função de confiança.

E o problema surge exatamente quando ocorre a destituição imotivada da função do empregado público, levando-se a matéria a apreciação do Poder Judiciário Trabalhista.

2. CONCEITO DE EMPREGADO PÚBLICO E CONSIDERAÇÕES

A Lei n. 9.962/2000 disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências, **vinculando o referido trabalhador à Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.**

Assim, diante da previsão legal existente e vigente, temos por empregado público, todo aquele trabalhador que foi contratado para prestar serviços à administração direta ou indireta, mediante concurso público de provas e/ou de provas e títulos, com vínculo laboral através da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Cumprido destacar que, tratando-se de vinculação ao sistema da CLT, aplicam-se também aos empregados públicos as legislações de proteção correlatas, como por exemplo a lei n. 8.036/1990 que dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.

3. A DESTITUIÇÃO IMOTIVADA DO EMPREGADO PÚBLICO DO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO DE CONFIANÇA

A destituição imotivada de empregado público do exercício de função de confiança passa pela análise do regime jurídico aplicável as empresas públicas, não existindo diferença em relação às empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, consoante dispõe o art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 1º – A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(*) Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia (TRT 5ª Região). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal. Pós-graduado pela Universidade Tiradentes e pela Universidade Federal da Bahia (Ufba) em Direito Material e Processual do Trabalho.

I – omissis;

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

As empresas públicas pertencem a Administração Pública Indireta, sendo o contrato estabelecido entre empregado e empregador regido pelo regime de direito privado, não descaracterizando tal condição o fato de o trabalhador ter sido admitido por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos, pois não possui o condão de atrair o contrato celebrado entre as partes para a esfera do regime jurídico dos servidores estatais.

Embora a empresa pública integre a Administração Pública Indireta e esteja, portanto, submetida aos princípios constitucionais da impessoalidade, moralidade e legalidade, entendo que a destituição de empregado público do exercício de função de confiança **não necessita de motivação, salvo disposição legal em contrário e específica para determinadas empresas públicas**, e esta circunstância não implica violação dos já citados cânones constitucionais, pois decorre do desempenho regular do direito potestativo que possui o empregador (mesmo que ente da Administração Indireta) de dirigir as atividades do trabalhador do modo como melhor convier às exigências de desenvolvimento da empresa.

Veja-se que as denominadas funções de confiança nos entes da Administração Indireta têm como característica o fato de o seu preenchimento prescindir da realização prévia de concurso público ou de qualquer ato motivado, bastando simples designação do administrador competente.

A autoridade administrativa, no particular, age, no uso de seu poder discricionário, de escolher para os respectivos cargos empregados que gozam de sua estrita fidúcia. Assim, em face não só desse elemento subjetivo, como também da circunstância de a nomeação dispensar motivação, são ocupados em caráter transitório e precário. E é por estas razões que os trabalhadores que os estejam titularizando podem ser deles dispensados, livremente, pelo gestor, sem necessidade de qualquer tipo de justificação.

Note-se que a regra prevista no parágrafo primeiro do art. 468 da CLT e que se aplica não só às empresas privadas como, também, às da Administração Indireta, deixa patente o caráter provisório da colocação derivada da confiança do empregador.

É oportuna a transcrição do aludido dispositivo legal:

Art. 468 (...)

Parágrafo Primeiro. Não se considera alteração unilateral a determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança."

Por oportuno, conforme bem explica Sundfeld e Souza (2015), o cargo tem um sentido maior, seja nas situações enfrentadas diariamente, como na própria legislação, possuindo um significado mais abrangente, independente do regime estatutário ou vínculo de emprego celetista.

Vejam os:

Trata-se do sentido genérico de posto de trabalho, pura e simplesmente. A própria **legislação trabalhista vale-se do termo cargo** de forma a desmentir aqueles que supõem que ele denote, necessariamente, um vínculo estatutário; nela, a alusão de emprego transparece nítida, como é o caso, por exemplo, do **art. 450 da CLT**. Ao empregado chamado a ocupar, em comissão, interinamente ou em substituição eventual ou temporária cargo diverso do que exercer na empresa **será garantido à contagem do tempo naquele serviço, bem como a volta ao cargo anterior**". (SUNDFELD e SOUZA (2015, p. 34). (grifo nosso)

Deste modo, o trabalhador ocupante de cargo de confiança tem conhecimento das condições passageiras e instáveis do seu exercício e da possibilidade de vir a ser dele destituído a qualquer momento.

A Jurisprudência, em situações semelhantes à aqui apreciada, tem expressado entendimento idêntico ao aqui adotado, a exemplo dos julgados a seguir transcritos:

Ementa: "DESTITUIÇÃO DE FUNÇÃO DE CONFIANÇA. VALIDADE. As empresas integrantes da administração pública submetem-se aos princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade. Contudo, o fato de a reclamante ser destituída do exercício de função de confiança não implica em violação aos mandamentos constitucionais, mas no mero exercício do poder discricionário da reclamada". Processo 0000480-75.2016.5.05.0026, Origem PJE, Relator(a) Juiz(a) Convocado(a) MARIA ELISA COSTA GONÇALVES, Quinta Turma, DJ 17/10/2018

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RECLAMANTE. LEI Nº 13.015/2014. EMPREGADA DA CEF. REVERSÃO AO CARGO EFETIVO. SELEÇÃO INTERNA. DISPENSA SEM MOTIVAÇÃO.

1 – A nomeação e destituição de cargo de confiança encontram-se dentro do poder diretivo do empregador e, sendo administração pública, configura ato discricionário, não se confundindo com a hipótese da OJ nº 247 da SBDI-I do TST – matéria objeto de discussão no STF, RE 589998 –, que versa sobre a dispensa do cargo efetivo. Ademais, o fato de a trabalhadora ter sido nomeada para o cargo de confiança em razão de seleção interna, não retira o caráter discricionário da nomeação.

2 – A jurisprudência desta Corte já se consolidou no sentido de que não há ilegalidade na reversão do cargo de confiança, ainda que precedido de seleção interna. O conhecimento do recurso encontra óbice no art. 896, §7º, da CLT e na Súmula nº 333 do TST.

3 – Agravo de instrumento a que se nega provimento.

REMOÇÃO. CONTRADITÓRIO. INADEQUAÇÃO.

Descabe exigir, no tocante à remoção, a observância do contraditório, que, a teor do disposto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal, pressupõe litigância ou acusação. ATO ADMINISTRATIVO REMOÇÃO MOTIVAÇÃO. Estando o ato assentado no interesse da Administração Pública, mostra-se impróprio cogitar de ausência de motivação. CARGO DE CONFIANÇA DESTITUIÇÃO. A destituição de cargo de confiança pode ocorrer a qualquer tempo, sendo dispensável prévio aviso. (STF, Processo RMS 27936 DF, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 21-02-2013 PUBLIC 22-02-2013, Julgamento 4 de Dezembro de 2012, Relator Min. MARCO AURÉLIO).

Deste modo, não há ilegalidade na destituição imotivada do empregado público exercente de função de confiança e, com isso, inexistente espaço para eventual pedido de reintegração na função do empregado destituído, desde que no regramento interno da empresa pública não estabeleça a necessidade de motivação para os casos de destituição da função de confiança.

4. CONCLUSÃO

O estudo apresentado neste trabalho abordou sobre a destituição imotivada do empregado público exercente de função de confiança.

Inicialmente tratamos sobre o conceito e legislação aplicável aos empregados públicos, demonstrando que não existe diferença em relação às em-

presas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, consoante dispõe o art. 173, § 1º, inc. II, da Constituição Federal.

Adentramos na pesquisa afirmando que a destituição de empregado público do exercício de função de confiança não necessita de motivação, salvo disposição legal em contrário e específica para determinadas empresas públicas, e esta circunstância não implica violação aos princípios constitucionais, pois decorre do desempenho regular do direito potestativo que possui o empregador (mesmo que ente da Administração Indireta) de dirigir as atividades do trabalhador do modo como melhor convier às exigências de desenvolvimento da empresa.

Entendemos que foi cumprido o objetivo a que nos propusemos ao iniciar a presente pesquisa e elaboração do artigo, ofertando subsídios para se pensar e avaliar sobre o sistema de designação e destituição de função de confiança a partir de uma perspectiva comparada com as regras de direito público e privado.

Verificamos que a estrutura do Direito Brasileiro está muito bem definida, não cabendo interpretações em sentido contrário no que diz respeito ao tema objeto do presente estudo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BARROS, A. M. *Curso de direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2013.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. Processo n. 000 0480-75.2016.5.05.0026/5ª Região. Relatora: MARIA ELISA COSTA GONÇALVES. Publicado no DJ 17- 10- 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo n. RMS 27936 DF/1ª Turma. Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Publicado no DJe 22-02-2013.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTR, 2016.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro; NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho de Acordo com a Reforma Trabalhista*. São Paulo: LTR, 2018.
- SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani. *As Empresas Estatais, o Concurso Público e os Cargos em Comissão*. Revista de Direito Administrativo. Atlas. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42539>. Acessado em 31/08/2020.

O direito fundamental à proteção à maternidade nos âmbitos trabalhista e previdenciário

(The fundamental right to protection to maternity in the labor and social law)

Luciano Martinez*

Juliana Nóvoa**

RESUMO: A intenção desse estudo é a de analisar a “maternidade biológica” como a protagonista da preservação da espécie humana e da perenização de cada uma das etnias para, nessa linha, oferecer a melhor compreensão das razões em virtude das quais o Direito dá especial amparo ao gênero feminino. Em dimensão diversa, porém não menos importante, o estudo analisa as particularidades da chamada “maternidade afetiva” e aprecia a evolução protetiva que o sistema jurídico lhe tem proporcionado.

ABSTRACT: The intent of this study is to analyze the “biological motherhood” as the protagonist for the preservation of the human species and the perpetuation of each one of the ethnic groups to, in this line, offer a better understanding of the reasons because of which the law gives special base to the female gender. In a different dimension, but not least, the study analyses the particularities of called “affective motherhood” and enjoy the protective legal system developments it has provided.

PALAVRAS-chave: “proteção à maternidade”; “maternidade”; “filho”; “gestação”, “adoção”, “direitos fundamentais”; “direitos sociais”.

KEYWORDS: “maternity protection”; “motherhood”; “son”; “pregnancy”, “adoption”, “fundamental rights”; “social rights”.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A proteção à maternidade como direito fundamental. 3 A maternidade como uma experiência familiar: para além da proteção da gestante e do nascituro. 4 A maternidade biológica como experiência exclusivamente feminina e a sua proteção normativa. 5 A maternidade afetiva e a sua proteção normativa como mudança de paradigma. 6. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

“Mas renova-se a esperança, nova aurora a cada dia e há que se cuidar do broto pra que a vida nos dê flor e fruto” (Coração de estudante. Milton Nascimento e Wagner Tiso).

A “maternidade” é a protagonista da preservação da espécie humana e da perenização de cada uma das etnias. Exatamente por isso o Direito se ocupa em disciplinar o oferecimento de proteção à mulher gestante não apenas como um ato de amparo ao gênero feminino, mas, especialmente, de garantia da salvaguarda da própria espécie. A primazia do direito à vida inspira, portanto, a proteção à maternidade, pois não há vida sem que se amparem as matrizes nos processos reprodutivos. Tal ocorre, porque a higidez dos embriões/futuros cidadãos dependerá essencialmente dos cuidados que se podem oferecer às mulheres nas etapas gestacionais.

Para que tudo de melhor ocorra com a maternidade, revelaram-se indispensáveis os cuidados oferecidos em todos os mais significativos momentos da vida da mulher, entre os quais se incluem os instantes fruídos no seio da família, no âmbito do trabalho e na relação com a sociedade. Por essas razões, e também porque os direitos fundamentais são aplicáveis em face dos particulares com a mesma força e intensidade que são exigidos do Estado, é que o estudo da “**proteção à maternidade**” com foco nas relações trabalhistas e previdenciárias tem espaço e lugar, sendo esta a razão motivadora da elaboração deste artigo.

A análise aqui realizada tem por objeto central as situações jurídicas que envolvem não somente a **maternidade biológica**, mas também a **maternidade afetiva**. Essa opção metodológica se deveu à imensa amplitude de questões que podem emergir a partir do instante em que se estudam as relações familiares e os seus efeitos sobre os contratos de trabalho e sobre a proteção social invocável.

Este breve artigo, por isso, analisará a maternidade em três perspectivas bem delineadas. Na primeira será considerada a “proteção à maternidade

(*) Luciano Martinez é Juiz Titular da 9ª Vara do Trabalho de Salvador – Bahia. Mestre e Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP e Professor Adjunto de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da UFBA (Graduação, Mestrado e Doutorado). Titular da Cadeira 52 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e da Cadeira 26 da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Autor de diversas obras jurídicas, entre as quais o “Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas”, publicado pela editora Saraiva. E—mail: lucianomartinez.ba@gmail.com

(**) Juliana Nóvoa é Advogada. Especialista em direito e processo do trabalho pela Estácio-CERS

como direito fundamental”; na segunda, será apreciada a “maternidade biológica como experiência exclusivamente feminina” e na terceira, será estudada a “maternidade afetiva e a sua proteção normativa como mudança de paradigma”. A intenção nesse último tópico é a de estabelecer um paralelo entre as manifestações de maternidade biológica e afetiva sempre com o objetivo de tornar claras as proteções que, em última análise, visam os cuidados com a família como célula essencial da sociedade.

2. A PROTEÇÃO À MATERNIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

*“Não sei se o mundo é bom, mas ele ficou melhor quando você chegou e perguntou: **Tem lugar pra mim?** (Espatódea – Nando Reis)*

Por que proteger a maternidade? Apesar de sua inegável importância teórica e prática, o direito fundamental à proteção à maternidade não tem merecido a devida atenção dos constitucionalistas brasileiros. Quando não completamente negligenciado nos estudos sobre direitos fundamentais, ele recebe, no mais das vezes, um tratamento incidental e extremamente superficial. Tal ocorre por manifesto esquecimento de que a “maternidade” é a protagonista da perenização do povo de um lugar. O oferecimento de proteção à mulher gestante, portanto, antes de ser ato de amparo ao gênero feminino, é a mais significativa forma de assegurar a preservação da própria espécie.

A primazia do direito à vida, assim, inspira a proteção à maternidade, pois não há vida sem que se amparem as matrizes nos processos reprodutivos humanos. A higidez dos embriões/futuros cidadãos, aliás, depende essencialmente dos cuidados que se podem oferecer às mulheres nas etapas gestacionais. Os cuidados com as mães garantem, portanto, a viabilidade dos filhos.

Para que tudo de melhor ocorra com a maternidade, é indispensável que os cuidados sejam oferecidos em todos os mais significativos momentos da vida da mulher, entre os quais se incluem os instantes fruídos no seio da família, no âmbito do trabalho e na relação com a sociedade. Assim, cômico de que os indivíduos passam 1/3 (um terço) de suas vidas em ambientes laborais ou em espaços sociais conexos, o legislador brasileiro consagrou a “proteção à maternidade” como um direito social no art. 6º ao preceituar:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a **proteção à maternidade** e

à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Garantiu-se, ademais, no art. 7º do texto fundamental, a proteção do mercado de trabalho da mulher (inciso XX); a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias” (inciso XVIII), além de proteção previdenciária e assistencial (conforme disposto no art. 201, II, e no art. 203, I, da Carta), observada previsão constitucional acerca de políticas específicas para a aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil (vide § 1º, I, do art. 227 do texto fundamental).

É bom atentar para o fato de que os direitos fundamentais – quaisquer que sejam – trazem consigo uma ordem dirigida ao Estado no sentido de que a este incumbe a obrigação permanente de sua concretização e realização. Para que tal ocorra, emergirá o **dever geral de efetivação**, atribuído ao ente estatal para que zele, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, não apenas contra os comportamentos dos próprios Poderes Públicos, mas também contra agressões que provenham de terceiros. Também variável desse dever é o oferecimento de **garantias institucionais**, assim entendidas as cautelas legislativas constitucionais que visam proteger determinadas instituições ou institutos contra a ação erosiva do legislador.

Nesse particular, cabe a lembrança da existência de um princípio de “proibição de déficit”, que obriga o Estado a assegurar um nível mínimo e adequado de proteção aos direitos fundamentais e a assumir a responsabilidade pelas omissões legislativas que não assegurem o cumprimento dessa imposição genérica. A insuficiente realização dos deveres de proteção do Estado em favor da maternidade, aliás, além de caracterizar violações ao referido princípio de proteção, constitui flagrante ato antijurídico.

Anote-se, por outro lado, que o dever geral de efetivação está associado ao monopólio estatal do exercício da força. Com isso, deseja-se dizer que, diante da vedação à autotutela, não se pode esperar a concretização compulsória da proteção à maternidade por qualquer outro sujeito que não seja o próprio Estado. Ele – em qualquer um dos seus poderes – está juridicamente vinculado à materialização dos deveres de proteção.

Soma-se aos incrementos proporcionados pela eficácia dirigente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais o direito de participação no plano da organização e do procedimento como mecanismo que tem a força de atribuir maior consistência a

determinados direitos subjetivos na proporção em que os próprios cidadãos participem das estruturas que proporcionaram a sua criação e condução.

Por essas razões, e também porque os direitos fundamentais são aplicáveis em face dos particulares com a mesma força e intensidade que são exigidos do Estado, é que o estudo da “**proteção à maternidade**” com foco nas relações trabalhistas e previdenciárias tem espaço e lugar. Essa é, portanto, a razão motivadora da referida proteção.

A proteção à maternidade sempre foi preocupação não apenas das estruturas nacionais, mas também dos órgãos de atuação transnacional, entre os quais se destaca, obviamente, a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Desde o seu primeiro ano de constituição, em 1919, a referida organização cuidou de oferecer balizas mínimas de Proteção à Maternidade. Assim, a Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho da Liga das Nações, convocada na cidade de Washington pelo Governo dos Estados Unidos da América, aos 29 de outubro de 1919, depois de haver decidido adotar diversas propostas relativas ao emprego das mulheres antes ou depois do parto (inclusive a questão da indenização de maternidade), e também depois de haver decidido fossem essas propostas redigidas sob a forma de um projeto de convenção internacional, resolveu publicar a Convenção n. 3 e entendeu por bem submetê-la à ratificação dos seus membros.

O Decreto n. 423, de 12 de novembro de 1935, reconhecendo que o Chefe do Governo Provisório ratificou a Convenção n. 3 em 27 de março de 1934, determinou fossem executadas e cumpridas tão inteiramente como nela se continham. Isso, porém, durou até 1961, quando, por nota de 25 de julho de 1961, a Delegação Permanente do Brasil junto à Repartição Internacional do Trabalho denunciou a multicitada Convenção, fazendo cessar os seus efeitos com relação ao Brasil em 26 de julho de 1962. A publicidade quanto a essa denúncia foi dada mediante o Decreto nº 51.627, de 18 de dezembro de 1962.

A denúncia da Convenção n. 3, entretanto, não produziu efeitos sensíveis sobre a órbita da proteção à maternidade no Brasil, porque o país aprovou a Convenção n. 103 da OIT, verdadeira substituinte daquela que recebia o número 3, mediante o Decreto Legislativo n. 20, de 30/04/1965 (DOU 04/05/1965), ratificou-a em 18/06/1965 e a promulgou por meio do Decreto n. 58.820, de 14/07/1966, DOU 19/07/1966.

As normas internacionais tiveram o merecimento do seu poder de influência na construção de

padrões mínimos e na busca por condições sociais mais elevadas. A intenção, desde sempre, foi a de garantir que as mulheres pudessem combinar seus papéis de trabalhadoras e de mães, bem assim a de prevenir o tratamento desigual por parte do empregador em razão do necessário exercício desse duplo papel.

Consideradas as imensas discussões sobre a emancipação feminina no último quartel do Século XX, a OIT viu-se impulsionada a ampliar a proteção antes sugerida pela Convenção 103 da OIT.

Assim, convocada para Genebra pelo Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho, e aí reunida em 30 de Maio de 2000 na sua 88.^a Sessão, a OIT tomou nota da necessidade de melhorar a promoção da igualdade de todas as mulheres que trabalhavam, bem como a saúde e a segurança da mãe e da criança; reconheceu, ademais, a dessemelhança do desenvolvimento econômico e social dos seus membros, bem como a diversidade das empresas, em matéria de desenvolvimento da proteção da maternidade nas legislações e nas práticas nacionais.

Por conta disso, e inspirada em diversos outros diplomas internacionais – entre os quais se podem citar a *Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)*, a *Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979)*, a *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (1989)*, a *Declaração e o Programa de Ação de Pequim (1995)*, a *Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para as Trabalhadoras (1975)*, a *Declaração da Organização Internacional do Trabalho relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e Respectivo Acompanhamento (1998)*, bem como as *convenções e recomendações internacionais do trabalho que visam garantir a igualdade de oportunidades e de tratamento aos trabalhadores e às trabalhadoras, em particular a convenção sobre os trabalhadores com responsabilidades familiares (1981)* – **a Organização Internacional do Trabalho adotou, no dia 15 de Junho de 2000, a Convenção n. 183, acerca da Proteção à Maternidade.** O texto da nova Convenção de proteção à maternidade, mais amplo e mais aprofundado, trouxe à luz aspectos antes não tratados com o objetivo de servir de standard para as legislações nacionais.

3. A MATERNIDADE COMO UMA EXPERIÊNCIA FAMILIAR: PARA ALÉM DA PROTEÇÃO DA GESTANTE E DO NASCITURO

Pai e mãe, ouro de mina (Sina, Djavan)

É importante registrar nesse ponto do estudo que a “maternidade” é, em verdade, uma experiência que atinge todos os integrantes do grupo familiar. Todos “engravidam” juntos; todos, afinal, se tornam sensibilizados diante dos cuidados que devem ser oferecidos ao novo integrante da família. Exatamente por essa razão, o texto constitucional, ao se referir sobre os riscos que merecem proteção do Estado, informa, no seu art. 201, II, acerca de uma “proteção à maternidade, especialmente à gestante”, e não sobre uma proteção exclusivamente ao nascituro ou a um amparo unicamente à gestante. Diz-se ali sobre uma proteção à maternidade, que, em rigor, abarca todos os que vivem a sua experiência.

E as normas jurídicas infraconstitucionais têm seguido esta lógica. Exemplo disso é visível na situação em que se oferece licença-maternidade e salário-maternidade em favor da gestante que, por um pesado infortúnio, perde o filho no momento do parto e, em consequência disso, expede-se a certidão de óbito. O sistema jurídico entende que qualquer evento ocorrido depois da 23ª semana de gestação é entendido como parto e que, sendo parto, é irrelevante que dele provenha um natimorto. Se isso ocorre, em atenção às expectativas de todos os familiares, concede-se à gestante exatamente o mesmo tempo que ela teria fruído se o seu tão esperado filho estivesse vivo e no seio da família. Cita-se, nesse particular, o conteúdo do art. 343 da Instrução Normativa 77/2015 do INSS.

Também é visível a proteção jurídica da família nas situações em que a morte não é da criança, mas sim da gestante. Nesses casos, também levando em conta a sensibilidade de que a proteção se dá à maternidade, e não à mãe, o art. 392-B da CLT, posiciona-se no sentido de que “em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da **licença-maternidade** ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono”. Esse dispositivo foi trazido ao direito do trabalho pela Lei nº 12.873, de 2013, que também criou dispositivo correspondente na Lei 8.213/91 para tratar da questão sob o âmbito previdenciário no seu art. 71-B.

Outra variável que sinaliza sobre a proteção de todo o núcleo familiar, e não apenas da mãe é também

visível no caso de seu falecimento. A Lei Complementar nº 146, de 25 de junho de 2014 **expandiu a estabilidade provisória** dada à genitora a quem detiver a guarda de seu filho, até o limite de cinco meses após o parto, em caso de falecimento desta. Nessa situação, é válido registrar que se a guarda não tiver sido obtida judicialmente, ela será aplicada àquela pessoa que, na estruturar familiar, ficar responsável pelos cuidados da criança, a exemplo do pai que assume naturalmente a guarda do filho na falta da mãe. Na falta de ambos, a guarda ora analisada deverá ser concedida obrigatoriamente pelo juiz a outro membro da família ou a quem tenha capacidade de incumbir-se dessa nobre e importante missão.

Há até mesmo notícia de Projeto de Lei que prevê a criação da estabilidade provisória no emprego em favor do marido ou do companheiro da gestante. Refere-se aqui, pelo seu pioneirismo, o texto originário do PL 3.829-A, de 1997, de autoria do Deputado Arlindo Chinaglia, que tramitou no Congresso Nacional.

4. A MATERNIDADE BIOLÓGICA COMO EXPERIÊNCIA EXCLUSIVAMENTE FEMININA E A SUA PROTEÇÃO NORMATIVA

*“Eu vi a mulher **preparando outra pessoa;** o tempo parou para eu olhar para aquela barriga” (Força Estranha – Caetano Veloso.*

No âmbito da problemática decorrente de uma longa história de supostas prevalências e prerrogativas masculinas, o constituinte brasileiro deixou claro, no art. 3º, IV, da Carta Magna de 1988, que entre seus objetivos, estava o de promover o bem de todos, sem preconceitos e sem discriminações. Como se não bastasse tal compromisso, os representantes do povo brasileiro, em seu texto fundamental, garantiram também, no primeiro dos incisos do art. 5º, que homens e mulheres seriam iguais em direitos e obrigações. Entretanto, ressaltou-se que isso seria praticado, nos termos da Constituição.

A ressalva, claramente indicativa do reconhecimento de uma igualdade mitigada, deixou confesso que, em nome do paralelismo essencial entre homens e mulheres, não se poderia deixar de admitir diferenças biológicas evidentes. Enfim, apesar de juridicamente iguais, homens e mulheres são fisiologicamente dessemelhantes, sendo essa uma constatação inelutável. Por serem apenas formalmente iguais, homens e mulheres, nos estritos termos da Constituição, podem ser tratados de modo desigual, sem que isso implique, segundo a vontade do constituinte originário, uma violência à isonomia, mas sim

um tratamento desigual com o foco corretivo da desigualdade.

Para verificar o quanto ora exposto, basta perceber que, nos termos da própria Constituição de 1988, as mulheres conseguem obter a aposentadoria espontânea com idade menor do que a exigida para os homens e com tempo de contribuição reduzido em relação a estes, o mesmo ocorrendo em relação ao serviço militar obrigatório em tempo de paz, do qual as mulheres estão isentas. Essas evidências demonstram que, apesar da proclamada igualdade de gênero, existem claras diferenças estruturais entre homens e mulheres, notadamente no que diz respeito à gestação, função biológica unicamente a elas concebida. A proteção do mercado de trabalho da mulher passou, então, a ser uma preocupação justificável, tendo o legislador incluído esse objeto como direito mínimo previsto no art. 7º, XX, da Constituição de 1988.

As diferenças que extremam homens e mulheres garantem a estas algumas proteções, que, entretanto, por ato reflexo, podem ensejar discriminação de gênero. Côncios disso, os legisladores constitucional e infraconstitucional atuam em esferas protetivas que não apenas abarcam o curso laboral, mas também o instante pré-contratual.

As violações podem ocorrer antes de iniciado o contrato de emprego como tentativa obstativa de aquisição, ou depois de iniciado o vínculo, durante o decurso dele. Nesse sentido, são oferecidas breves reflexões sobre a proteção nos âmbitos pré-contratual e contratual.

A proteção pré-contratual ao trabalho feminino envolve a problemática do oferecimento de iguais oportunidades de acesso ao emprego. Nessa ordem de ideias, a Lei n. 9.029/95 proibiu, no art. 1º, a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego, ou para sua manutenção, “por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros”.

Entre as proteções outorgadas ao trabalho feminino no plano pré-contratual, ou seja, antes de iniciado o contrato de emprego, podem ser destacadas as seguintes:

- a) Criminalização da exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez (art. 2º, I, da Lei n. 9.029/95). Essa proteção está contida também no art. 373-A, IV, da CLT. Note-se que o mencionado dispositivo veda apenas a exigência do exame diante das situações que

dizem respeito ao acesso ou à permanência no emprego. Nada obstaculiza, portanto, o exame para constatação de óbices ao desligamento, desde que a empregada admita, desde que ela aceite sua realização. A providência, aliás, preveniria litígios e funcionaria como uma fórmula que permitiria a manutenção da trabalhadora no emprego, sem futuras alegações de que ela desconhecia seu estado gravídico ou de que ela propositalmente esperou passar o período estável para, em suposto abuso de direito, pedir apenas a indenização.

- b) Vedação ao comportamento de publicar ou fazer publicar anúncio de emprego no qual haja referência ao sexo, à idade, à cor ou situação familiar, salvo quando a natureza da atividade a ser exercida, pública e notoriamente, assim o exigir (art. 373-A, I, da CLT). A título de exemplo, observe-se a situação dos mineiros que trabalham em frentes de produção, vale dizer, no espaço subterrâneo das minas. Como essa atividade é imensamente insalubre e violentadora do estado fisiológico das mulheres, é admissível que um anúncio de emprego para tal ocupação restrinja-se aos trabalhadores do sexo masculino, mesmo porque há lei que, a despeito da discutível constitucionalidade em face do direito fundamental ao trabalho, a reserva unicamente para eles. O mesmo se pode dizer dos estivadores ou dos carregadores em geral.
- c) Vedação ao comportamento de recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível (art. 373-A, II, da CLT).
- d) Vedação ao comportamento de considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional (art. 373-A, III, da CLT).
- e) Vedação ao comportamento de impedir o acesso ou adotar critérios subjetivos para deferimento de inscrição ou aprovação em concursos, em empresas privadas, em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez (art. 373-A, V, da CLT).

A atuação patronal contrária a essas vedações implicará a nulidade do ato infringente, a produção

dos efeitos que se pretendeu obstar e, se for o caso, a apuração de perdas e danos materiais e imateriais. Destaque-se, ainda, que, nos termos dos arts. 390-B e 390-E da CLT, são estabelecidas condutas tendentes a garantir igualdade de oportunidades no campo da formação profissional a homens e a mulheres.

Os mecanismos de proteção ao trabalho feminino continuam visíveis depois de iniciado o contrato de emprego. Observe-se que, nos termos do art. 377 da CLT, “a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública”. Por essa qualidade, elas são insuscetíveis de negociação individual ou coletiva tendente a atenuá-las ou a modificar seus contornos previstos em lei. Essas proteções são organizadas considerando as situações que envolvem métodos e locais de trabalho, períodos diferenciados de descanso, limite de uso da força muscular, vedações às revistas íntimas; e amparo à maternidade e à situação de amamentação.

Nunca será demasiada a lembrança de que a maternidade produz uma série de modificações na mulher, fazendo com que ela solicite e espere atitudes de amparo de todos os que circundam a sua vida familiar, social e profissional. Muitos cuidados não praticados no cotidiano das mulheres passam a ser exigíveis desde os primeiros instantes do período gestacional, passando pelos indispensáveis exames pré-natais, pela chegada e a recepção do bebê e seu acompanhamento durante toda a infância. A proteção à maternidade e à infância alçou, por isso, a qualidade de direito social. Reitere-se que a lei protege o instituto “maternidade”, e não unicamente a gestante, o nascituro ou o recém-nascido, entendendo-o como um complexo que envolve um conjunto de estados temporários, todos merecedores de diferenciada atenção.

O art. 201, II, do texto constitucional é claríssimo nesse sentido. Dispõe que a Previdência Social oferecerá “proteção à maternidade, especialmente à gestante”. A gestante neste contexto, é, sem dúvidas, a protagonista do espetáculo que envolve a reprodução humana, mas a proteção não se destina unicamente a ela, embora, obviamente, se destine especialmente a ela. O amparo à maternidade, portanto, envolve múltiplas fases, desde o período gestacional até os acontecimentos pós-parto, inclusive o período de amamentação e de cuidados com o infante.

A análise de todas as muitas variáveis em torno do assunto tomaria um imenso espaço, incompatível, porém, com os propósitos deste artigo que visa ao oferecimento de uma visão panorâmica sobre o tema. Exatamente por isso é recomendável o

aprofundamento das questões que dizem respeito às proteções pré-contratuais e contratuais, notadamente nos períodos gestacional e pós-gestacional no cuidadoso e detalhado capítulo 17 do Curso de Direito do Trabalho do coator deste artigo (MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018).

5. A MATERNIDADE AFETIVA E A SUA PROTEÇÃO NORMATIVA COMO MUDANÇA DE PARADIGMA

“Andei sabendo que em algum lugar te encontraria, pois você já era meu, e eu sabia” (Eu preciso de você – Roberto Carlos).

O princípio da afetividade igualou filhos biológicos e adotivos. Apesar de a palavra “afeto” não estar no texto constitucional, este é, sem dúvida, o princípio norteador do direito das famílias. Por não estar no texto constitucional, este praticamente olvidou as proteções que poderiam ser oferecidas à maternidade ou paternidade afetiva. Toda situação em que se tratava de proteção à maternidade no âmbito constitucional era visível apenas em relação à variável biológica, sendo prova disso o texto dos artigos que oferecem licença-maternidade à gestante (art. 7º, XVIII) e estabilidade à mulher grávida, desde a concepção até cinco meses após o parto (art. 10, II, “b”, do ADCT). Nada, absolutamente nada, se dizia sobre a maternidade/paternidade afetiva, como se – por equívoco interpretativo – ela não produzisse os mesmos efeitos e proteções.

Somente por meio da Lei 10.421, de 15 de abril de 2002, fundada na ideia de progressividade social, é que se estendeu à mãe adotiva (somente à “mãe”, inicialmente) o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade. A mudança, portanto, foi operada tanto no âmbito da relação jurídica de direito material quanto na esfera da relação jurídica previdenciária.

Houve, realmente, uma mudança de paradigma. Antes a licença-maternidade e o salário-maternidade eram exclusivamente oferecidos às mães biológicas. A partir daquele instante passaram a ser igualmente protegidas as mães adotivas, embora ainda existissem barreiras a superar, entre as quais aquela que buscava resposta à seguinte pergunta: *não sendo a adoção um ato exclusivamente feminino, por que os homens adotantes não teriam o mesmo direito oferecido às mulheres adotantes?*

Enfrentando esta questão, cabe sobressaltar a importância da Resolução n. 60/2009 do CSJT — Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Ao perceber que a adoção é um ato de amor que pode ser

praticado indistintamente no universo feminino ou masculino e que não existia motivação razoável para conceder a “licença por adoção” unicamente em favor das mulheres, o referido órgão de supervisão administrativa, orçamentária, financeira e patrimonial da Justiça do Trabalho, rompendo com a literalidade das normas infraconstitucionais e oferecendo um exemplo de cidadania e inclusão, deu caráter normativo à decisão em que acolhera a pretensão de licença em favor de servidor do judiciário trabalhista, solteiro, que adotou uma criança. A citada Resolução n. 60/2009 do CSJT foi o primeiro texto normativo a dar tratamento isonômico a mulheres e homens adotantes.

O principal fundamento da decisão do CSJT foi constitucional. Para os integrantes da Corte, o atendimento da pretensão baseou-se no princípio da proteção integral à criança e ao adolescente previsto no art. 227 da Constituição da República, que estabelece ser dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Foi rompido mais um paradigma. A partir daquele ato histórico do CSJT, abriram-se as portas para o oferecimento de licença-maternidade e salário-maternidade, indistintamente para homens ou mulheres adotantes. Alguns anos depois, o Congresso Nacional universalizou o entendimento mediante a Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013. Essa norma rompeu mais um “tabu jurídico” e incluiu no art. 392-C da CLT e no art. 71-B da Lei n. 8.213/91 previsão no sentido de que o homem (empregado/segurado) também poderá fruir licença-maternidade e receber salário-maternidade quando adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção.

Consolidou-se, enfim, a integral proteção à maternidade com uma visão holística, que protege não apenas um dos integrantes da família – a mãe ou o filho – mas todos aqueles que nela estão integrados.

Feitas as considerações sobre a evolução das normas de proteção à maternidade que passaram a abrigar não apenas a sua versão biológica, mas igualmente a variável afetiva, cabe deixar anotadas algumas palavras sobre as mudanças operadas na licença-maternidade e no salário-maternidade do adotante.

A Lei n. 10.421/2002, conquanto produzisse uma revolução em favor da maternidade afetiva, criou uma tabela indicativa das relações entre a

idade do adotado ou pupilo e o período de licença-maternidade. Essa tabela foi à época imensamente criticada pelo fato de a dimensão da licença-maternidade diminuir na medida em que aumentava a idade da criança adotada. Chegava-se aos píncaros de não se conceder nenhuma licença-maternidade em favor da adotante que tivesse se afeiçoado e adotado criança com idade superior a oito anos. Estas, como se sabe, são as que mais dificilmente conquistam a adoção. A lei, então, produzia um desestímulo adicional. Não fosse apenas isso, a tabela era entendida como inconstitucional por contrariar o disposto no art. 7º, XVIII, da Constituição. Sustentava que, se a adoção foi equiparada à gestação, não se poderia imaginar diferença entre a maternidade biológica e a afetiva. Por isso, inadmissível seria o fracionamento da licença-maternidade para as hipóteses de adoção.

A Lei n. 12.010, de 3 de agosto de 2009, que passou a vigor a partir de 2-11-2009, então, revogou expressamente os §§ 1º a 3º do art. 392-A da CLT e com eles a tabela que diferenciava o tempo de duração da licença maternidade. A partir de então, qualquer adoção, independentemente da idade da criança, passou a autorizar a licença-maternidade na dimensão única de cento e vinte dias. Essa tabela, entretanto, manteve-se durante longo tempo no art. 71-A da Lei n. 8.213/91, que trata do pagamento do salário maternidade pela previdência social e produziu verdadeiro imbróglio.

Apesar de a Lei n. 12.010/2009 ter modificado o art. 392-A da CLT, o INSS manteve-se submetido ao princípio da legalidade estrita na expectativa da mudança expressa da redação do art. 71-A da Lei n. 8.213/91. Diz-se “na expectativa” porque, em virtude do atraso no processo legislativo, o INSS, desde junho de 2012, viu-se constrito, por sentença proferida nos autos da ACP (Ação Civil Pública) 5019632-23.2011.404.7200, em trâmite perante a 1ª Vara Federal de Florianópolis/SC, a atribuir os salários-maternidade em manutenção ou concedidos com fundamento no art. 71-A da Lei n. 8.213/91 pelo prazo de 120 (cento e vinte).. A Medida Provisória n. 619, de 6 de junho de 2013 (convertida na Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013), entretanto, para pôr fim à controvérsia, modificou a redação do art. 71-A da Lei n. 8.213/91.

O tema ganhava, então, pouco a pouco coerência, mas ainda era necessário superar um importante limite: ao tratar de “adoção de criança” o texto normativo restringia o seu alcance apenas em relação aos adotados que tivessem doze anos incompletos? Era absolutamente inaceitável a interpretação literal do art. 392-A da CLT para restringir a

licença-maternidade unicamente em favor de quem adotasse “crianças” (0 a 12 anos incompletos) em detrimento de quem adotasse “adolescentes” (de 12 a 18 anos incompletos), sendo certo que o limite etário do adotando é justamente o da própria adolescência (veja-se o art. 40 da Lei n. 8.069/90).

A sentença proferida nos autos da já mencionada ACP (Ação Civil Pública) 5019632-23.2011.404.7200 ordenou que o INSS concedesse salário-maternidade de 120 (cento e vinte) dias às seguradas que adotassem ou que obtivessem a guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente, independentemente da idade do adotado.

A despeito da nova redação dada ao art. 71-A da Lei n. 8.213/91, enquanto não se corrigisse a interpretação no sentido de que o *caput* do art. 392-A da CLT abarcava também o adolescente (e não apenas a “criança” como literalmente consta do referido dispositivo), novos embaraços jurídicos seriam formados, desta vez para justificar situação em que o salário-maternidade cobriria tempo não correspondente à licença-maternidade, o que seria juridicamente inimaginável.

A solução para toda essa discussão jurídica, porém, veio mediante a publicação da Lei n. 13.509, de 2017, que, definitivamente, pôs fim às dúvidas. O texto agora é bem claro no sentido de que “à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392”. O assunto foi superado.

Entretanto, mesmo que não existisse a referida lei, parece que solução equivalente seria alcançável mediante a aceitação da tese segundo a qual o Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990, que promulgou a “Convenção sobre os Direitos da Criança”, teria derogado as disposições contidas no ECA no que diz respeito ao conceito de criança. É que o art. 2º do referido Estatuto da Criança e do Adolescente, que entrou em vigor 90 dias após sua publicação (ocorrida em 16 de julho de 1990), considera criança a pessoa com até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade. O Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990 — na condição de norma posterior e de hierarquia mais elevada (é supralegal) —, trata sobre o mesmo assunto e, em seu art. 1º, conceitua criança como “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. Ora, se criança é realmente “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade”, não se poderia

negar — nem mesmo antes da publicação da Lei n. 13.509/2017 — a aplicabilidade dos arts. 392-A da CLT e 71-A da Lei n. 8.213/91, em toda a extensão de 120 dias de licença e de salário-maternidade em favor de quem — homem ou mulher — adote ou obtenha guarda para fins de adoção.

Viu-se assim que as mais grossas barreiras existentes entre os direitos de pais/mães biológicos e adotivos ruíram e que a cada dia mais se difundia o discurso da igualdade como um dogma intransponível, fundado na dignidade humana. Essa igualdade, aliás, chegou ao necessário ponto de estender a estabilidade pelo estado gravídico também em favor de quem adota e de atribuir tratamento igualitário às maternidades “biológica” e “afetiva” no âmbito da amamentação. Ambos os avanços foram trazidos pela Lei n. 13.509, de 2017.

O art. 391-A da CLT, em decorrência da vigência da referida Lei n. 13.509, de 2017, ganhou um parágrafo único para prever que o dispositivo constante do seu *caput* se aplicará também ao empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção. Assim, independentemente do gênero (homem ou mulher), aquele a quem tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção é garantida a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Veja-se:

CLT. Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (Incluído pela Lei n. 12.812, de 2013).

Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se ao empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção (Incluído pela Lei n. 13.509, de 2017).

Garantiu-se, assim, a quem obtivesse a “guarda para fins de adoção” o direito de igualmente estar protegido contra a despedida arbitrária, pois esse ato jurídico, que inaugura a maternidade afetiva, sempre foi evento análogo ao parto, que dá início à maternidade biológica. Por conta de mais uma natural evolução jurídica, a Lei 13.509/2017 passou a prever que “a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias” também se aplica ao empregado adotante ao qual tenha sido concedida guarda provisória para fins de adoção.

Essa evolução estendeu também, como antedito, igual proteção no âmbito dos direitos de amamentação. O legislador da referida Lei n. 13.509/2017, revigorando a ideia de que a maternidade afetiva deve merecer idêntica proteção, garantiu os mesmos direitos de aleitamento, ainda que realizada de modo artificial, em favor dos adotantes. Compreenda-se aqui o aleitamento artificial como, em regra, a alimentação oferecida ao bebê durante seus primeiros meses de vida mediante produtos lácteos diversos do leite materno, e adaptados de modo a satisfazer as suas necessidades. Assim, ainda que mediante procedimento de amamentação artificial, o art. 396 da CLT ganhou uma nova redação, que ora prestigia a troca de olhares entre o adotante e o adotado durante o aleitamento:

Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um (Redação dada pela Lei n. 13.509, de 2017).

Dessa forma, garantidos iguais direitos para pais biológicos ou adotivos, renova-se a ideia de que a maternidade é uma experiência que abarca toda a família. Todos protegem e precisam ser protegidos.

6. CONCLUSÃO

Não há como concluir sobre o direito fundamental à proteção à maternidade sem reiterar que não haverá vida sem que se amparem as matrizes nos processos reprodutivos humanos e que a higidez dos embriões/futuros cidadãos depende essencialmente dos cuidados que se podem oferecer às mulheres nas

etapas gestacionais. Os cuidados com as mães garantem, portanto, a viabilidade dos filhos.

E nunca se pode esquecer que essa “maternidade” é, em verdade, uma experiência que atinge todos os integrantes do grupo familiar. **Todos “engravidam” juntos**; todos, afinal, se tornam sensibilizados diante dos cuidados que devem ser oferecidos ao novo integrante da família. O texto constitucional, ao se referir sobre os riscos que merecem proteção do Estado, informa, no seu art. 201, II, acerca de uma “proteção à maternidade, especialmente à gestante”, e não sobre uma proteção exclusivamente ao nascituro ou a um amparo unicamente à gestante. Diz-se ali sobre uma proteção à maternidade, que, em rigor, abarca todos os que vivem a sua experiência no seio da família.

Conclui-se também que toda situação em que se tratava de proteção à maternidade no texto constitucional era visível apenas em relação à variável biológica, sendo prova disso o texto dos artigos que oferecem licença-maternidade unicamente à gestante (art. 7º, XVIII) e estabilidade somente à mulher grávida, desde a concepção até cinco meses após o parto (art. 10, II, “b”, do ADCT). Nada, absolutamente nada, se dizia sobre a maternidade/paternidade afetiva, como se ela não fosse capaz de produzir os mesmos efeitos e proteções. As dessemelhanças, entretanto, foram superadas. As mais grossas barreiras existentes entre os direitos de pais/mães biológicos e adotivos ruíram e a cada dia mais se difunde o discurso da igualdade como um dogma intransponível, fundado na dignidade humana, tendo essa igualdade, aliás, chegado ao elevado ponto de sensibilidade de dar-se tratamento semelhante inclusive no plano da amamentação.

A possibilidade de prorrogação de mandato sindical ou de votação eletrônica em virtude da pandemia do novo coronavírus

Marcelo Rodrigues Prata*

RESUMO. O escopo do presente estudo é buscar a conciliação da liberdade sindical com a garantia de um meio ambiente de trabalho com sadia qualidade de vida aos trabalhadores que participarem do pleito voltado à escolha da administração do sindicato. Nessa linha, analisaremos tanto a possibilidade de prorrogação dos mandatos encerrados no curso da pandemia quanto a faculdade de votação eletrônica.

PALAVRAS-CHAVES. Eleições sindicais. Pandemia.

SUMÁRIO. Introdução. 1 Da liberdade sindical e a liberdade de organização. 1.1 Do devido processo eleitoral na escolha da administração do sindicato. 2 Do meio ambiente de trabalho com sadia qualidade de vida. 2.1 Do princípio da precaução. 3 Das restrições normativas referentes à pandemia de covid-19. 4 Do procedimento de jurisdição voluntária e a decisão equitativa. 5 **A teoria do diálogo das fontes.** 6 A prorrogação do mandato dos síndicos autorizada pelo RJET. 7 Da autorização para prorrogar mandato sindical em virtude da pandemia. 8 A possibilidade de eleição sindical por meios virtuais. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A pandemia desencadeada pelo surto do novo coronavírus desafia as melhores mentes a encontrar soluções jurídicas em cenário surreal e caótico, sem resvalar em respostas simplistas ou autoritárias nem no imobilismo, mas buscando-se, na medida do

possível, propostas capazes de enfrentar os novos problemas provocados por essa circunstância inusitada, tendo-se em mira sempre a preservação do respeito aos direitos fundamentais.

A propósito, a eleição de representantes sindicais por membros das respectivas categorias segue roteiro previsto na CLT. Vale dizer, impõe-se observar o devido processo eleitoral. Isso em nome do princípio da liberdade sindical, mais precisamente na dimensão de sua liberdade de organização e de gestão democrática. Estas últimas, por sua vez, baseiam-se na eleição periódica e por escrutínio secreto, com ampla participação dos associados, a ser realizada na sede do sindicato, na de suas delegacias e seções e nos principais locais de trabalho, nos quais funcionarão as mesas coletoras.

Desse modo, a proposta do presente trabalho é a de tentar sugerir um modo de conciliar o respeito à liberdade sindical e, por conseguinte, ao devido processo eletivo para escolha de dirigentes sindicais, com a necessidade de se garantir um meio ambiente de trabalho com sadia qualidade de vida àqueles associados que têm direito de participar do pleito.

Nessa linha, analisaremos igualmente a possibilidade de a votação eletrônica se configurar como alternativa viável para se conciliar o princípio da liberdade sindical com a proteção da ambiência de trabalho.

1. DA LIBERDADE SINDICAL E A LIBERDADE DE ORGANIZAÇÃO

A propósito, da liberdade sindical, CANOTILHO e VITAL MOREIRA ensinam que esta

[...] é uma forma particular da liberdade de associação (art. 46.^o), mas constitui um tipo autônomo. Na verdade, o sindicato é uma associação específica de trabalhadores assalariados ou equiparados destinada a defender os seus interesses desde logo e fundamentalmente perante as entidades empregadoras. A *differentia specifica* do sindicato em relação às restantes associações está, pois, no seu caráter de *associação*

(*) Marcelo Rodrigues Prata é Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, titular da Cadeira nº 88. Possui graduação em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Aprovado no Curso de Especialização em Processo, promovido pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. É Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP e Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela USP. Atualmente é Juiz Titular da 29ª Vara do Trabalho de Salvador do TRT da 5ª Região. É pesquisador do GETRAB-USP e autor dos livros: *A prova testemunhal no processo civil e trabalhista*. São Paulo: LTr, 2005; *Anatomia do assédio moral no trabalho*. São Paulo: LTr, 2008; *O direito ambiental do trabalho numa perspectiva sistêmica*. São Paulo: LTr, 2013 e *Assédio moral no trabalho sob novo enfoque: cyberbullying, "indústria do dano moral", carga dinâmica da prova e o futuro CPC*". Juruá: Curitiba, 2014.

de classe, de associação de defesa dos direitos e interesses dos trabalhadores.¹

A propósito, temos entre os princípios fundamentais da Constituição de 1988 aqueles segundo os quais a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, tendo como um dos seus fundamentos os valores sociais do trabalho. Além disso, ela determina que o poder é exercido por meio de representantes eleitos. (Art. 1º, § ún.). Aliás, a mesma CF/1988 estabelece que é livre a associação sindical, proibida interferência e intervenção na organização sindical pelo Poder Público. Garante ela ainda estabilidade ao empregado sindicalizado desde o momento do registro da candidatura a cargo de direção, sendo que na hipótese de ser eleito gozará desta garantia até um ano após o final do mandato. (Art. 8º, VIII.).

Por sinal, AMAURI MASCARO NASCIMENTO sustenta que um dos aspectos da liberdade sindical consiste na liberdade de organização.² Aliás, deixa claro o art. 55 da Constituição portuguesa que faz parte faz liberdade sindical a autonomia de organização e regulamentação interna, sendo que os princípios da organização e da gestão democráticas, fundamentam-se na eleição periódica e por escrutínio secreto.

1.1. Do devido processo eleitoral na escolha da administração do sindicato

Dispõem os arts. 522 e 524 da Consolidação das Leis do Trabalho a respeito do devido processo eleitoral a ser seguido na escolha da diretoria encarregada da administração do sindicato — composta por no máximo de sete e no mínimo de três membros e de um conselho fiscal. Por sua vez, compete à mesa diretora a eleição do presidente do sindicato. Aliás, este processo de eleição de associado para representação da respectiva categoria ocorrerá por escrutínio secreto, com duração de no mínimo seis horas contínuas, na sede do sindicato, na de suas delegacias e seções e nos principais locais de trabalho, nos quais funcionarão as mesas coletoras.³

Por sinal, o pleito apenas será considerado válido se dele participarem mais de dois terços dos

associados. Não alcançado esse coeficiente, ocorrerá nova eleição, a qual, por seu turno, tão somente terá validade se dela participarem mais de cinquenta por cento dos associados. Caso esse percentual não tenha sido alcançado, na segunda votação, haverá um terceiro e último pleito, cuja percentagem, por sua vez, deverá ser de mais de quarenta por cento dos associados.

A propósito, o art. 532 da CLT prevê que o processo de escolha por votação destinado a renovar a diretoria e o conselho fiscal deverá ocorrer dentro de no máximo sessenta dias e no mínimo trinta dias que antecedem o final de cada mandato, sendo que a posse da nova mesa diretora deverá se dar no prazo de trinta dias seguintes ao fim do último mandato.

Além disso, AMAURI MASCARO NASCIMENTO sugere que um regulamento eleitoral deva integrar os estatutos do sindicato para detalhar o procedimento de votação, bem assim deve ser constituída uma comissão eleitoral para fiscalizar sua lisura.⁴ Aliás, o § 1º do art. 510-C da CLT reformada prevê a criação de comissão eleitoral para a organizar e acompanhar o processo eleitoral da comissão de representantes dos empregados nas empresas que contem com mais de duzentos trabalhadores. (Art. 510-A da CLT).

2. DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO COM SADIA QUALIDADE DE VIDA

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO conceitua o meio ambiente do trabalho como o:

Habitat laboral, isto é, tudo que envolve e condiciona, direta e indiretamente, o local onde o homem obtém os meios para prover o quanto necessário para a sua sobrevivência e desenvolvimento, em equilíbrio com o ecossistema. *A contrario sensu*, portanto, quando aquele *habitat* se revele inidôneo a assegurar as condições mínimas para uma razoável qualidade de vida do trabalhador, aí se terá uma lesão ao meio ambiente do trabalho.⁵

Com o mesmo viés, CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO entende que o meio ambiente do trabalho consiste no:

Local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua

1. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007, p. 730.

2. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 40-43.

3. MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 549 e ss.

4. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. Ob. cit., p. 361-366.

5. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controvertidos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, 2002, p. 129.

saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.).⁶

Finalmente, AMAURI MASCARO NASCIMENTO conceitua o meio ambiente do trabalho como:

O complexo máquina-trabalho: as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de preservação à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalhador, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho etc.⁷

Por seu turno, os arts. 225, 200, VIII e 225, § 3º da CF/1988 garantem um *meio ambiente do trabalho com sadia qualidade de vida*.⁸ Aliás, o Direito Ambiental do Trabalho é um complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que se destina a proteger o ambiente laboral, ou seja, preservar a liberdade; a dignidade; a segurança; a saúde; a higiene e a qualidade de vida da coletividade dos trabalhadores.⁹

2.1. Do princípio da precaução

O princípio da precaução aplicado à ambiência laboral exige uma atitude proativa, qual seja a de, em caso de dúvida, se antecipar os riscos de lesão.¹⁰ Isso porque ele parte do pressuposto que o meio ambiente deverá ser preservado para as gerações atuais e futuras. Desse modo, articula-se com o princípio da solidariedade intergeracional.¹¹ De tal sorte, na dúvida, deve-se impedir a atividade que

tenha a potencialidade para causar danos:

Reconhece-se, dessa forma, a substituição do critério da certeza pelo critério da probabilidade, ou seja, a ausência da certeza científica absoluta no que se refere à ocorrência de um dano ambiental não pode ser vista como um empecilho para a aplicação das medidas ambientais.¹²

O princípio da precaução encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, mais precisamente na Constituição Federal de 1988.¹³

A adoção do princípio mencionado pelo sistema jurídico provocou uma mudança de paradigma, anteriormente adotava-se o princípio privatístico segundo o qual tudo que não está proibido está permitido, atualmente, exige-se das autoridades responsáveis e das instituições envolvidas a antecipação dos futuros problemas, ou seja, uma atitude proativa, vigilante e prudente. Aliás, o princípio da precaução tem estreita relação com a teoria do risco criado pela própria atividade da empregadora — conforme o Código Civil:

Art. 927 – Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

No que tange ao ônus da prova, o princípio em comento implica a obrigação do réu de demonstrar

-
6. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 22.
 7. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 491.
 8. PRATA, Marcelo Rodrigues. Direito fundamental à precaução em tempos de coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. (Coords.). *O direito do trabalho na crise da covid-19*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 151-162.
 9. PRATA, Marcelo Rodrigues. *O direito ambiental do trabalho numa perspectiva sistêmica: as causas da inefetividade da proteção à ambiência laboral e o que podemos fazer para combatê-la*. São Paulo: LTr, 2013, p. 62-63 e 75-76.
 10. PRATA, Marcelo Rodrigues. *O direito ambiental do trabalho numa perspectiva sistêmica*. Ob. cit., p. 83-88.
 11. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional ambiental*

português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In CANOTILHO, J. J. Gomes e LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6-7.

12. COLOMBO, Silvana Brendler. O princípio da precaução no direito ambiental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 488, 7 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879>>. Acesso em: 27 maio 2010
13. “Art. 225 – Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...] IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; [...] VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade ...”

que a atividade em testilha não põe em risco a saúde ou a vida do trabalhador.¹⁴

Noutros termos, o princípio da precaução trabalha com a ideia básica de que na dúvida se determinado ambiente é poluente, ou não, deve-se tomar as medidas de cautela possíveis de modo a evitar danos para as gerações presentes e futuras. Vale dizer, enquanto que o princípio da prevenção rege situações sabidamente perigosas ou insalubres para o trabalhador – como, v.g., risco de explosões ou incêndios, bem como exposição ao chumbo, à radiação ionizante, ao amianto etc. —, o da precaução considera o estado da ciência e da técnica atual quanto ao risco, ou não, de determinada atividade.¹⁵

Todavia, o respeito ao princípio da precaução exige exame de custo-benefício na adoção de determinadas medidas protetivas. Por outras palavras, é necessário que haja fundada suspeita de risco tão grave que as justifique, sob pena de se inviabilizar a atividade empresarial. A propósito, SILVANA BRENDLER COLOMBO defende que deve ser levada em conta a “... relação custo e eficácia das medidas ambientais adotadas em função do princípio da precaução e também da realidade econômica, social e tecnológica do local em que se verifica a probabilidade da ocorrência do dano ambiental”.¹⁶ Por sua vez, “o custo excessivo deve ser ponderado de acordo com a realidade econômica de cada país, pois a responsabilidade ambiental é comum a todos os países, mas diferenciada”.¹⁷

Mais precisamente sobre a pandemia global da covid-19, já se tem ideia a respeito de suas principais formas de transmissão, taxa de internação, letalidade e medidas preventivas. Todavia, como se cuida af de algo extremamente novo, não se pode afirmá-lo com segurança. Aliás, inicialmente pensava-se tratar-se de fenômeno localizado na China, depois passou-se a acreditar que o novo coronavírus apenas sobreviveria em países frios. Também já se afirmou que só idosos e doentes crônicos seriam mortalmente atingidos. Nada obstante, é consabido, as certezas mudam à medida em que a nova doença avança, juntamente com estatísticas mais confiáveis a respeito. A verdade é que vivemos numa sociedade de risco,

criada pelo processo de industrialização, novas tecnologias e agressões ao meio ambiente, cabendo à ciência e também à própria tecnologia encontrar meios para enfrentar a pandemia em foco, com a colaboração dos demais setores da sociedade.¹⁸

Assim, devem-se adotar todas as medidas necessária para garantir que os associados não sejam contaminados pelo novo coronavírus ao participarem do processo de votação da administração do sindicato.

3. DAS RESTRIÇÕES NORMATIVAS REFERENTES À PANDEMIA DE COVID-19

A pandemia de covid-19, doença causada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2) foi reconhecida pela Organização Mundial da Saúde – OMS, em 11 de março de 2020. A propósito, o Congresso Nacional aprovou o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, declarando estado de calamidade pública:

Art. 1º – Fica reconhecida, exclusivamente para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, notadamente para as dispensas do atingimento dos resultados fiscais previstos no art. 2º da Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019, e da limitação de empenho de que trata o art. 9º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020.

Por sinal, temos a Lei Federal nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento do coronavírus, autorizando autoridades a adotar medidas como isolamento, quarentena, restrição de entrada e saída do País e locomoção interestadual e intermunicipal, com nossos grifos:

Art. 1º – Esta Lei dispõe sobre as medidas que poderão ser adotadas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

§ 1º – As medidas estabelecidas nesta Lei objetivam a proteção da coletividade.

§ 2º – Ato do Ministro de Estado da Saúde disporá sobre a duração da situação de

14. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 89-90.

15. SADY, João José. *Direito do meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000, p. 124-125

16. In COLOMBO, Silvana Brendler. *O princípio da precaução no direito ambiental*. Ob. cit.

17. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. Ob. cit., p. 82.

18. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 27.

emergência de saúde pública de que trata esta Lei.

§ 3º – **O prazo** de que trata o § 2º deste artigo **não poderá ser superior ao declarado pela Organização Mundial de Saúde.**

E mais:

Art. 3º – Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020.).

I – isolamento;

II – quarentena;

[...].

III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; (Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020.).

[...]

VI – **restrição** excepcional e temporária, por rodovias, portos ou aeroportos, de: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020.).

a) entrada e saída do País; e (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020.).

b) **locomoção** interestadual e **intermunicipal**; (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020.).

[...]

§ 9º – A adoção das medidas previstas neste artigo deverá resguardar o abastecimento de produtos e o exercício e o funcionamento de serviços públicos e de atividades essenciais, assim **definidos em decreto da respectiva autoridade federativa.** (Incluído pela Lei nº 14.035, de 2020.).

E ainda prevê o mesmo Diploma: “Art. 8º – Esta Lei vigorará enquanto estiver vigente o Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, observado o disposto no art. 4º-H desta Lei”. (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020.).

Aliás, no âmbito especificamente do Estado da Bahia, por exemplo, tem-se o Decreto Estadual nº 19.586, de 27 de março de 2020:

Art. 1º – Fica ratificada a declaração de Situação de Emergência em todo o território baiano, em virtude do desastre classificado e codificado como Doença Infecciosa Viral – COBRADE 1.5.1.1.0, conforme Instrução Normativa do Ministério da Integração Nacional nº 02, de 20 de dezembro de 2016, para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19.

[...]

Art. 5º – Para o enfrentamento da emergência de saúde a que se refere o art. 1º deste Decreto, poderão ser adotadas as seguintes medidas:

I – isolamento;

II – quarentena;

[...]

VII – fechamento de empreendimentos privados e equipamentos públicos de uso comum e coletivos.

[...]

Art. 9º – Ficam **suspensos**, em todo território do Estado da Bahia, até o dia 30 de agosto de 2020:

[...]

I – **os eventos e atividades com a presença de público superior a 50 (cinquenta) pessoas**, ainda que previamente autorizados, que envolvem aglomeração de pessoas, tais como: eventos desportivos, religiosos, shows, feiras, circos, eventos científicos, passeatas e afins, bem como aulas em academias de dança e ginástica;

[...].

Art. 11 – Ficam **suspensas**, até o dia 30 de agosto de 2020, **a circulação, a saída e a chegada de qualquer transporte coletivo intermunicipal**, público e privado, rodoviário e hidroviário, nas modalidades regular, fretamento, complementar, alternativo e de vans, nos Municípios constantes do Anexo I deste Decreto.

Art. 24 – Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação e produzirá efeitos enquanto perdurar o estado de emergência em saúde causado pelo coronavírus. (Destacamos.).

4. DO PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA E A DECISÃO EQUITATIVA

No pedido feito em nome do próprio sindicato de prorrogação judicial de mandato de mesa diretora respectiva por força da pandemia do novo coronavírus não se vislumbra lide, a exemplo do que ocorre nas ações anulatórias de atos eleitorais.¹⁹

Aliás, conforme a clássica lição de FRANCESCO CARNELUTTI: “A pretensão é exigência de subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio”. Por sua vez, a lide é “... *um conflito (intersubjetivo) de*

19. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. Ob. cit., p. 365.

interesses *qualificado por uma pretensão contestada (discutida)*. O conflito de interesses é seu elemento material, a pretensão e a resistência são seu elemento formal.²⁰ Por sua vez, não há lide nos procedimentos de jurisdição voluntária, por conseguinte, não há autor ou réu, mas tão somente interessados, como no caso em testilha. A propósito, dispõe o Código de Processo Civil de 2015, subsidiariamente aplicado à Consolidação das Leis do Trabalho, quanto à observância estrita do ordenamento jurídico nos procedimentos de jurisdição voluntária:

Art. 719 – Quando este Código não estabelecer procedimento especial, regem os procedimentos de jurisdição voluntária as disposições constantes desta Seção.

Art. 723 – [...].

Parágrafo único. O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.

E ainda prevê o mesmo *Codex*: “Art. 140 – O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”. Vale dizer, em virtude da proibição do “non liquet”, nos procedimentos de jurisdição voluntária, o juiz, respeitado o rito respectivo previsto no CPC/2015, decidirá de forma discricionária, ou seja, considerando a solução mais conveniente e oportuna para o caso concreto, com base na equidade.²¹

Aliás, como autoriza o caput do art. 8º da CLT à falta de dispositivo expresso em lei ou em contrato. PONTES DE MIRANDA, porém, adverte que não pode confundir equidade com arbítrio: “Não se pense que se tem de decidir com caridade, misericórdia, benevolência ou comiseração: a despeito da porta que se abre ao juiz, não se lhe confere o poder de decidir sem levar em conta a realidade, as circunstâncias”.

²² Por outras palavras, ele deve seguir o princípio da razoabilidade, segundo o qual se busca uma medida

que atinja a finalidade do ordenamento jurídico, considerando o caso concreto.²³

5. A TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

Segundo a teoria do diálogo das fontes, as normas – posto que pertencentes a países, graus hierárquicos ou a ramos jurídicos distintos – não devem conflitar entre si, mas, ao revés, dialogarem. Isso em busca de solução mais justa e racional para o caso concreto, tendo em mira sempre a prevalência dos direitos fundamentais.²⁴

Por sua vez, CLÁUDIA LIMA MARQUES defende que há três tipos de diálogo das fontes: *coerência, subsidiariedade e adaptação*. Vale dizer:

1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode vir a servir de base conceitual para a outra (*diálogo sistemático de coerência*), especialmente se uma lei é geral e a outra especial, ou seja, se trata de uma lei central do sistema e de outra por meio de um microsistema específico, não completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade.²⁵

E continua:

2) na aplicação coordenada das duas leis, pode ocorrer de uma lei complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto, (*diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. [...] Este “diálogo” é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássica, em que uma lei era “superada”

20. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. V. I. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 78.

21. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1671. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. Vol. II. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 441-442.

22. MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. T. II. Atualizado por Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 375.

23. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 105-106.

24. JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado (1997). *Cadernos do programa de pós-graduação em direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43489/27367>>. Acesso em: 26 ago. 2015. ———. *Direito internacional privado e cultura pós-moderna* (1996). *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43487/27366>>. Acesso em: 25 ago. 2015.

25. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 782.

e “retirada” do sistema pela outra. Agora há escolha (pelo legislador [...], ou pelo juiz no caso concreto do *favor debilis* do art. 7º do CDC) daquela que vai “complementar” a *ratio* da outra [...].²⁶

Finalmente, conclui MARQUES:

3) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si, no caso de dois fornecedores tratam-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresarial ou comerciante), ou no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (direito dos juízes) alcançadas em uma lei para outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens* (*diálogo de coordenação e adaptação sistemática*).²⁷

A propósito da aplicação da teoria do diálogo das fontes, resume FLÁVIO TARTUCE:

De início, em havendo aplicação simultânea das duas leis, se uma lei servir de base conceitual para a outra, estará presente o *diálogo sistemático de coerência*. [...] Ato contínuo, se o caso for de aplicação coordenada de duas leis, uma norma pode completar a outra, de forma direta (*diálogo de complementariedade*) ou indireta (*diálogo de subsidiariedade*). [...] Por fim, os *diálogos de influências recíprocas sistemáticas* estão presentes quando os conceitos estruturais de uma determinada lei sofrem influências da outra.²⁸

Por seu turno, RENATO RUA DE ALMEIDA entende plenamente aplicável ao Direito do Trabalho a teoria do diálogo entre as fontes:

É de se dizer, assim, que o método do diálogo das fontes vem completar a teoria da eficácia dos direitos fundamentais, em especial a eficácia horizontal dos direitos

fundamentais e mais especificamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho [...].

A máxima efetividade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, vinculando sobretudo as empresas privadas, é decorrência da prescrição contida no texto constitucional brasileiro em seu art. 5º, § 1º.²⁹

Por sinal, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da Organização dos Estados Americanos (OEA) adotou, em 1º de abril, a Resolução nº 01/2020: “Pandemia e direitos Humanos nas Américas”, segundo a qual o enfrentamento da COVID-19 não pode obviamente se dar ao arrepio dos direitos humanos.

6. A PRORROGAÇÃO DO MANDATO DOS SÍNDICOS AUTORIZADA PELO RJET

Muito embora o CC/2002 garanta aos condôminos presentes (art. 1.352) o direito de “... votar nas deliberações da assembleia e delas participar...” (art. 1.335, III), o que implica inclusive o poder de eleger um síndico “... para administrar o condomínio...” (art. 1.347), a Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus, dispõe:

Art. 1º – Esta Lei institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de Direito Privado em virtude da pandemia do coronavírus (Covid-19).

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se 20 de março de 2020, data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid-19).

Art. 2º – A suspensão da aplicação das normas referidas nesta Lei não implica sua revogação ou alteração.

Mais precisamente quanto à realização de assembleia condominial, faculta o RJET:

Art. 12 – A assembleia condominial, inclusive para os fins dos arts. 1.349 e 1.350 do Código Civil, e a respectiva votação poderão ocorrer, em caráter emergencial, até

26. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. Ob. cit., p. 782-783.

27. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. Ob. cit., p. 783.

28. TARTUCE, Flávio. *O prazo para reparação de danos por inscrição indevida do consumidor em cadastro de inadimplentes*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201110071559490.tARTUCE_prazoinscindedida.doc>. Acesso em: 17 ago. 2015.

29. ALMEIDA, Renato Rua de Diálogo das fontes e eficácia dos direitos fundamentais: síntese para uma nova hermenêutica das relações de trabalho. In: ALMEIDA, Renato Rua de; CALVO, Adriana. (Coord.). *Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015, p. 59.

30 de outubro de 2020, por meios virtuais, caso em que a manifestação de vontade de cada condômino será equiparada, para todos os efeitos jurídicos, à sua assinatura presencial.

Parágrafo único. Não sendo possível a realização de assembleia condominial na forma prevista no *caput*, os mandatos de síndico vencidos a partir de 20 de março de 2020 ficam prorrogados até 30 de outubro de 2020.

Por sinal, à míngua de regulamentação da matéria relativa à prorrogação do mandato da mesa diretora dos sindicatos, com base na teoria do diálogo das fontes, o mencionado art. 12 da Lei nº 14.010/2020, ainda que não destinado a cuidar de matéria trabalhista, pode estabelecer diálogo de coordenação e adaptação sistemática com a CLT. Isso em prol de uma resposta mais satisfatória para a situação em comento, levando-se em conta a necessidade de compatibilização dos direitos fundamentais — como autoriza o princípio da proporcionalidade.³⁰ Noutros termos, tanto o meio ambiente do trabalho com sadia qualidade de vida quanto a liberdade sindical devem ser preservados, na medida do possível, mesmo no cenário de calamidade pública que se abateu sobre o Planeta.

7. DA AUTORIZAÇÃO PARA PRORROGAR MANDATO SINDICAL EM VIRTUDE DA PANDEMIA

Considerando que a diretoria do sindicato deve ser eleita em assembleia geral, na sede do sindicato, na de suas delegacias e seções e nos principais locais de trabalho, nos quais funcionarão as mesas coletoras, com a participação expressiva de associados e mediante escrutínio secreto, forte no art. 524, “a”, § 1º da CLT, tornou-se inviável a eleição presencial da nova diretoria enquanto perdura o estado de calamidade, conforme os dispositivos acima citados.

De tal arte, na falta de normas que cuidem da matéria na órbita trabalhista, poder-se-ia aplicar analógica ou subsidiariamente a mencionada Lei nº 14.010/2020, em seu art. 12, para permitir a prorrogação, até 30 de outubro de 2020, dos mandatos o reconhecimento da pandemia. Isso com espreque no *caput* e parágrafo primeiro do art. 8º da CLT, bem como no art. 140 e no parágrafo único do art. 723 do

CPC/2015. Tudo com inspiração na teoria do diálogo entre as fontes.

Além disso, persistindo a necessidade de isolamento social depois da data referida, o mencionado Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, repita-se, declarou estado de calamidade pública até 31 de dezembro de 2020, o que, teoricamente, permitiria inclusive a extensão dos mandatos sindicais em testilha até lá, quando então o problema deverá ser necessariamente reavaliado, conforme as circunstâncias concretas.

8. A POSSIBILIDADE DE ELEIÇÃO SINDICAL POR MEIOS VIRTUAIS

Como vimos acima, o art. 12 do RJET autoriza a realização de assembleia condominial, inclusive o sufrágio para eleição de síndico, por meios virtuais, hipótese em que a manifestação de vontade de cada condômino será equiparada, para todos efeitos, à sua assinatura presencial. Aliás, no mesmo Diploma temos:

Art. 5º – A assembleia geral, inclusive para os fins do art. 59 do Código Civil, até 30 de outubro de 2020, poderá ser realizada por meios eletrônicos, independentemente de previsão nos atos constitutivos da pessoa jurídica.

Parágrafo único. A manifestação dos participantes poderá ocorrer por qualquer meio eletrônico indicado pelo administrador, que assegure a identificação do participante e a segurança do voto, e produzirá todos os efeitos legais de uma assinatura presencial.

Resta saber se a eleição virtual poderia ser aplicada ao processo eleitoral relativo às mesas diretoras dos sindicatos. Ocorre que há dificuldades técnicas para que a votação on-line ocorra no sufrágio sindical por meio de videoconferência. No estado da tecnologia atual, os aplicativos mais utilizados para reuniões virtuais são o Zoom e o Google hangout, que permitem, respectivamente, a presença apenas de 100 e 150 pessoas em uma mesma videoconferência.³¹ Por sua vez, o aplicativo Teams possibilita a participação simultânea de até 300 pessoas numa

30. ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 103.

31. REVISTA PEQUENAS EMPRESAS & GRANDES NEGÓCIOS. *8 plataformas de videochamada para fazer reuniões ou falar com a família: alternativas podem ser usadas para comunicação durante a quarentena*, 5 abr. 2020. Disponível em: <<https://revistapegn.globo.com/Tecnologia/noticia/2020/04/8-plataformas-de-videochamada-para-fazer-reunioes-ou-falar-com-familia.html>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

videoconferência.³² Essas limitações tecnológicas, contudo, podem ser incompatíveis com a participação mínima de associados exigida pelo § 4º do art. 424 da CLT.

Não fora isso o bastante, o caput e o § primeiro do art. 524 da CLT impõem o escrutínio secreto no processo de eleição para cargos de diretoria e conselho fiscal. Aliás, exigência não prevista no CC/2002 quando se trata de assembleias destinadas a eleição de síndicos de condomínios ou de administradores de associações (arts. 53 e 59).

Noutro giro, tem-se notícia da possibilidade de votações on-line por intermédio da plataforma Doodle ou do site Ferendum, por exemplo, que permitiriam o voto secreto, que vêm sendo utilizadas por Câmaras Municipais.³³ Nada obstante, especialistas em segurança cibernética advertem sobre os riscos da votação nesses moldes. Por exemplo, se o equipamento utilizado pelo eleitor tiver sido invadido por programa malicioso (*malware*) o voto poderá ser adulterado antes mesmo de ser computado.³⁴

De qualquer sorte, ressalte-se que há notícias de que as votações on-line para eleger a administração de sindicatos vêm acontecendo no Brasil por força das circunstâncias impostas pela pandemia.³⁵ Muito embora haja denúncias de fraudes em votações eletrônicas.³⁶ Essa possibilidade, de qualquer modo, também pode ocorrer nas eleições

presenciais, ainda que com instrumentos diversos.

Aliás, antes mesmo do reconhecimento do estado de calamidade pública, a NR-5 já facultava eleição eletrônica de membros da CIPA:

5.40 – O processo eleitoral observará as seguintes condições:

[...]

g) voto secreto;

[...]

i) faculdade de eleição por meios eletrônicos;

j) guarda, pelo empregador, de todos os documentos relativos à eleição, por um período mínimo de cinco anos.

Assim, tal faculdade de eleição virtual dos membros da CIPA já vinha sendo exercida por algumas instituições antes mesmo da pandemia sem que se tenha notícias de maiores problemas provocados pelo método do sufrágio eletrônico.³⁷

De todo modo, se a entidade sindical resolve que o risco de fraude eleitoral no sufrágio on-line é menor do que o prejuízo causado pela indefinição da nova mesa diretora e, assim, decide realizar votação eletrônica é fundamental que possua regulamento específico a respeito em seus estatutos e crie comissão especialmente destinada a fiscalizar a lisura do sufrágio on-line. Além disso, diante das vulnerabilidades do meio, deve contar com apoio de instituição da área de tecnologia especializada em garantir a segurança possível das eleições virtuais.

32. SOUSA, Diego. Microsoft Teams tem novo limite de participantes para enfrentar o Zoom. *Canaltech*, 29 jun. 2020. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/apps/microsoft-teams-novo-limite-participantes-enfrentar-zoom-167206/>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

33. MARTIMON, Amanda. Ferramentas on-line possibilitam reuniões e votações virtuais. *CNM*, 27 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/ferramentas-on-line-possibilitam-reunioes-e-votacoes-virtuais>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

34. MEARIAN, Lucas. Por que o voto com blockchain poderia ameaçar a democracia?: Especialistas em segurança eleitoral são “quase unânimes” na opinião de que o voto online é arriscado. Mesmo sob as chaves do blockchain. *Computerworld*, 13 ago. 2019. Disponível em: <<https://computerworld.com.br/2019/08/13/por-que-o-voto-com-blockchain-poderia-ameacar-a-democracia/>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

35. FUP. Eleições SINDIPETRO/MG: Votação online será realizada entre 25 e 31 de maio, 11 maio 2020 Disponível em: <<https://www.fup.org.br/ultimas-noticias/direto-dos-sindicatos/item/25310-eleicoes-sindipetro-mg-votacao-online-sera-realizada-entre-25-e-31-de-maio>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

36. “No próprio mecanismo eleitoral a possibilidade de fraude era escancarada, pois os dados exigidos na votação online que eram CPF, RF (Registro Funcional) dos sócios e a senha utilizada no momento da votação a direção do sindicato dispunha de todas essas informações, neste mecanismo ainda tinha a criação de senha para finalizar o

acesso e entrar na tela de votação, diferentemente de vários sistemas eletrônicos (como o visto em bancos), onde se exige para a criação de uma senha de segurança, sua 1ª digitação, seguida da 2ª digitação para confirmação da operação e somente após na abertura de uma nova tela ou link, a pessoa então digita a senha cadastrada. Não havia nada disso, o eleitor apenas digitava uma senha qualquer e já entrava na tela de votação. Ora, qualquer pessoa, com acesso ao CPF, RF, tendo acesso como a direção sindical aos códigos que foram enviados por carta (pois tinham essas informações em seus bancos de dados), teriam apenas o único trabalho de digitar qualquer senha e ter acesso a tela de votação.” (CAUSA OPERÁRIA. *Eleições no Sinpeem ocorrem com fraude e sindicato fechado*: Cláudio Fonseca é eleito em meio a sua maior derrota com a colaboração direta da esquerda pequeno burguesa, 24 maio 2020. Disponível em: <<https://www.causaoperaria.org.br/eleicoes-no-sinpeem-ocorrem-com-fraude-e-sindicato-fechado/>>. Acesso em: 24 ago. 2020).

37. BRASIL. EBSERH. *Votação para a escolha de membros da CIPA é realizada por meio eletrônico*, 15 jan. 2020. Disponível em: <http://www2.ebserh.gov.br/web/hu-ufma/noticias/-/asset_publisher/s7KDTvaBNPTX/content/id/4827822/2020-01-votacao-para-a-escolha-de-membros-da-cipa-e-realizada-por-meio-eletronico>. Acesso em: 24 ago. 2020.

Em que pese o risco de fraude nas eleições on-line — cuja eliminação, aliás, não pode ser garantida igualmente na votação presencial —, sua grande vantagem consiste em se permitir a realização da escolha periódica e sigilosa de membros da administração sindical sem comprometer a garantia de um meio ambiente seguro para os associados participantes do sufrágio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nossa proposta de compatibilização do princípio da liberdade sindical com a garantia de um ambiente de trabalho com sadia qualidade de vida consiste na sugestão de se aplicar o art. 12 da Lei nº 14.010/2020 para permitir a prorrogação dos mandatos das atuais mesas diretoras dos sindicatos até 30 de outubro de 2020. Todavia, persistindo-se a situação atual para além desta data, caberia, em tese, a prorrogação dos mandatos 31 de dezembro de 2020, consoante o Decreto Legislativo nº 6/2020. Tudo com fincas no caput e parágrafo primeiro do art. 8º da CLT, no art. 140 e no parágrafo único do art. 723 do CPC/2015, sob influxo da teoria do diálogo das fontes.

De qualquer sorte, nada impede a criação nos estatutos das entidades sindicais de regulamento eleitoral cujas regras permitam, de logo, a eleição on-line da mesa diretora. Aliás, conforme autorizado analogicamente pelo item 5.40 da NR-5 para eleição eletrônica de membros da CIPA. Porém, deve a lisura desse processo deve ser garantida pelo apoio de instituição especializada em segurança de votações eletrônicas. Tudo sob a supervisão da respectiva comissão eleitoral (§ 1º do art. 510-C da CLT).

Dessa maneira, seria teoricamente possível se conciliar a necessidade de se realizar eleições periodicamente com o sigilo do sufrágio, bem assim com a proteção da ambiência de trabalho. Nada obstante, forçoso reconhecer que as eleições eletrônicas são vulneráveis a fraudes – como de resto são igualmente as presenciais, ainda que por intermédio de outras ferramentas – razão pela qual deverá haver regulamento específico no estatuto da entidade sindical, bem como a supervisão de comissão capaz de garantir o devido processo eleitoral. Além disso, instituição especializada deve fornecer o imprescindível apoio tecnológico para garantir a segurança possível de votações virtuais.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Tradução de Carlos

Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALMEIDA, Renato Rua de Diálogo das fontes e eficácia dos direitos fundamentais: síntese para uma nova hermenêutica das relações de trabalho. In: ALMEIDA, Renato Rua de; CALVO, Adriana. (Coord.). *Aplicação da teoria do diálogo das fontes no direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2015.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BRASIL. EBSERH. Votação para a escolha de membros da CIPA é realizada por meio eletrônico, 15 jan. 2020. Disponível em: <http://www2.ebserh.gov.br/web/hu-ufma/noticias/-/asset_publisher/s7KDTvaBNPtX/content/id/4827822/2020-01-votacao-para-a-escolha-de-membros-da-cipa-e-realizada-por-meio-eletronico>. Acesso em: 24 ago. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, J. J. Gomes e LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6-7.

——— MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada*. V. I. São Paulo: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2007, p. 730.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. V. I. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CAUSA OPERÁRIA. *Eleições no Sinpeem ocorrem com fraude e sindicato fechado*: Cláudio Fonseca é eleito em meio a sua maior derrota com a colaboração direta da esquerda pequeno burguesa, 24 maio 2020. Disponível em: <<https://www.causaoperaria.org.br/eleicoes-no-sinpeem-ocorrem-com-fraude-e-sindicato-fechado/>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

COLOMBO, Silvana Brendler. O princípio da precaução no direito ambiental. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 488, 7 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5879>>. Acesso em: 27 maio 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FUP. Eleições SINDIPETRO/MG: Votação online será realizada entre 25 e 31 de maio, 11 maio 2020 Disponível em: <<https://www.fup.org.br/ultimas-noticias/direto-dos-sindicatos/item/25310-eleicoes-sindipetro-mg-votacao-online-sera-realizada-entre-25-e-31-de-maio>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado (1997). *Cadernos do programa de pós-graduação em direito – PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43489/27367>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

——— Direito internacional privado e cultura pós-moderna (1996). *Cadernos do Programa de Pós-Graduação*

- em *Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 1, n. 1, nov. 2013. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43487/27366>>. Acesso em: 25 ago. 2015.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública trabalhista: análise de alguns pontos controversos. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, 2002.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MARTIMON, Amanda. Ferramentas on-line possibilitam reuniões e votações virtuais. *CNM*, 27 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.cnm.org.br/comunicacao/noticias/ferramentas-on-line-possibilitam-reunioes-e-votacoes-virtuais>>. Acesso em: 24 ago. 2020.
- MEARIAN, Lucas. Por que o voto com blockchain poderia ameaçar a democracia?: Especialistas em segurança eleitoral são “quase unânimes” na opinião de que o voto online é arriscado. Mesmo sob as chaves do blockchain. *Computerworld*, 13 ago. 2019. Disponível em: <<https://computerworld.com.br/2019/08/13/por-que-o-voto-com-blockchain-poderia-ameacar-a-democracia/>>. Acesso em: 24 ago. 2020.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. T. II. Atualizado por Sergio Bermudes. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2008.
- . *Curso de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- PRATA, Marcelo Rodrigues. Direito fundamental à precaução em tempos de coronavírus. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. (Coords.). *O direito do trabalho na crise da covid-19*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 151-162.
- . *O direito ambiental do trabalho numa perspectiva sistêmica: as causas da inefetividade da proteção à ambiência laboral e o que podemos fazer para combatê-la*. São Paulo: LTr, 2013.
- REVISTA PEQUENAS EMPRESAS & GRANDES NEGÓCIOS. *8 plataformas de videochamada para fazer reuniões ou falar com a família: alternativas podem ser usadas para comunicação durante a quarentena*, 5 abr. 2020. Disponível em: <<https://revistapegn.globo.com/Tecnologia/noticia/2020/04/8-plataformas-de-videochamada-para-fazer-reunioes-ou-falar-com-familia.html>>. Acesso em: 24 ago. 2020.
- SADY, João José. *Direito do meio ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2000.
- TARTUCE, Flávio. *O prazo para reparação de danos por inscrição indevida do consumidor em cadastro de inadimplentes*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/201110071559490.tARTUCE_prazoinscindevida.doc>. Acesso em: 17 ago. 2015.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. Vol. II. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SOUSA, Diego. Microsoft Teams tem novo limite de participantes para enfrentar o Zoom. *Canaltech*, 29 jun. 2020. Disponível em: <<https://canaltech.com.br/apps/microsoft-teams-novo-limite-participantes-enfrentar-zoom-167206/>>. Acesso em: 24 ago. 2020.

Salvador, 24 de agosto de 2020.

Revivendo a falsa promessa: a Medida Provisória nº. 905 de 2019 e o contrato verde e amarelo

Renata Queiroz Dutra*

Flávvyva Wanessa Abreu Marques**

RESUMO: Este artigo propõe uma reflexão crítica acerca do contrato de trabalho verde e amarelo e da concepção de que o rebaixamento das formas de contratação da força de trabalho com a consequente retirada de direitos trabalhistas conduz a um aumento do nível de emprego e à solução para o impulsionamento econômico. O artigo traça um paralelo entre a proposta apresentada na MP n. 905 de 2019 e aquela propugnada pela Lei n. 9.601 de 1998, por meio do contrato provisório de trabalho, tendo em vista pautarem-se na mesma promessa de geração de emprego. Articula-se o debate teórico sobre a centralidade do trabalho, a existência ou não de relação entre rigidez da legislação trabalhista e nível de emprego e, consequentemente, sobre a limitação das perspectivas econômicas neoclássicas para o fomento do trabalho protegido.

PALAVRAS-CHAVES: neoliberalismo; emprego; flexibilização trabalhista; contrato de trabalho verde e amarelo; contrato de trabalho provisório.

ABSTRACT: This article proposes a critical reflection about the green and yellow employment contract and the conception that lowering the forms of hiring the labor force with the consequent withdrawal of labor rights leads to increase the level of employment and the solution to boost economic. The article draws a parallel between the proposal presented in the MP n. 905 of 2019 and the one advocated by the Law n. 9.601 of 1998, through the provisional employment contract, in order to be guided by the same promise of job creation. The theoretical debate is articulated about the centrality of work, the existence or not of a relationship between rigidity labor legislation and employment level and, consequently,

about the limitation of neoclassical economic perspectives in the promotion of protected work.

KEYWORDS: neoliberalism; job; labor flexibility; green and yellow employment contract; provisional employment contract.

INTRODUÇÃO

No dia 12 de novembro de 2019 foi editada a Medida Provisória nº 905/2019, que instituiu o “contrato de trabalho verde e amarelo” e promoveu outras alterações na legislação trabalhista brasileira (Brasil, 2019).

A medida teve por finalidade, declarada na explicação contida em sua ementa, a geração de empregos para trabalhadores que tenham entre 18 e 29 anos de idade. Essa finalidade, supostamente, seria alcançada a partir de uma figura contratual mais precária, estabelecida por prazo determinado e com severas restrições de direitos, com possibilidade de abarcar contratos firmados até 2022.

No ensejo da MP 905/2019, o Poder Executivo também promoveu uma série de alterações na legislação trabalhista e previdenciária. Tais alterações se qualificam como uma nova etapa da reforma trabalhista iniciada em 2017, em que se destacaram, notadamente, a incidência de contribuição previdenciária sobre o seguro-desemprego, a liberação do trabalho aos sábados para a categoria bancária e aos domingos para todas as categorias, assim como limitações objetivas e procedimentais à atuação da fiscalização do trabalho e do Ministério Público do Trabalho.

O governo havia editado, ainda no primeiro semestre de 2018, a Medida Provisória da Liberdade econômica (posteriormente convertida na Lei nº 13.874/2019), que já aprofundara o conteúdo da reforma trabalhista, estipulando, por exemplo, a possibilidade de controle de ponto por exceção, criando a carteira de trabalho eletrônica e modificando os procedimentos de registro e anotações, em detrimento do simbólico instrumento que vigia desde a criação da CLT.

(*) Professora Adjunta de Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Brasília – UnB. Doutora e Mestra em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Líder do Grupo de Pesquisa “Transformações do Trabalho, Democracia e Proteção Social”. E-mail: renataqdutra@gmail.com

(**) Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia e em Pedagogia pela Universidade Estadual da Bahia. Pós-graduada em Direito Constitucional do Trabalho pela UFBA, em Direito e Processo do Trabalho pela Juspodivm e em Educação Infantil com Mídias interativas pela Universidade Estadual da Bahia. Aluna do mestrado da UFBA. Assessora Jurídica do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região. E-mail: flavvyvaabreu@hotmail.com

Entretanto, diversas medidas sobre jornada e repouso que haviam constado da Medida Provisória da Liberdade Econômica não foram chanceladas pelo Congresso Nacional (a exemplo da autorização irrestrita para trabalho aos domingos).

A despeito da derrota parcial enfrentada quanto a parte do conteúdo da MP da Liberdade Econômica, e do acirramento da conjuntura política na América Latina em relação às políticas neoliberais, o Governo Jair Bolsonaro deu continuidade a duas de suas plataformas de campanha: a reforma previdenciária e a carteira de trabalho verde e amarela.

A MP 905/2019, ao consagrar o projeto da carteira verde e amarela, recupera modificações constantes da MP da Liberdade Econômica, que já haviam sido refutadas pelo parlamento quando da sua conversão na Lei nº 13.874/2019, como é o caso da previsão legal que libera o trabalho aos domingos e feriados sem restrições (art. 68, §§ 1º e 2º, da CLT, com a redação dada pela MP 905).

Importa registrar que, encerrado o prazo regimental para apresentação de emendas pelos parlamentares, foram apresentadas 1.930 emendas à MP 905/2019, que também foi objeto de Mandado de Segurança por parlamentares do partido Rede Sustentabilidade, os quais reputaram que a medida fere o devido processo legislativo, visto que avança sobre temas que deveriam ser tratados por meio de Lei Complementar. Foi ainda objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ajuizada pelo partido Solidariedade, questionando a constitucionalidade de diversos dispositivos do instrumento legal.

No último dia 17/3/2020, a comissão especial que analisa a Medida Provisória nº 905/2019 aprovou o parecer favorável do deputado Christino Áureo (PP-RJ), que, embora tenha realizado modificações em relação ao texto original da Medida Provisória no que concerne à **obrigatoriedade da incidência de contribuição previdenciária sobre o seguro-desemprego (retirando-a)**, rejeitou os destaques que tinham por objetivo alterar a regulamentação do trabalho nos fins de semana na indústria e comércio, a redução da alíquota da incidência do FGTS e a redução da multa no Fundo de Garantia no contrato verde e amarelo, além da questão do parcelamento das férias. A MP ainda precisa ser votada pela Câmara e pelo Senado até abril, sob pena de ter sua validade expirada, mas o ambiente político congressual sinaliza para sua conversão em Lei.

A despeito da amplitude do conjunto de alterações introduzido pela MP 905 na ordem jurídica trabalhista, o objetivo desse artigo é discutir o

programa verde e amarelo e a concepção nele embutida, de que o rebaixamento das formas de contratação da força de trabalho conduz a um aumento do nível de emprego. Para tanto, será traçado um paralelo entre a proposta denominada programa verde e amarelo e aquela editada em 1996 por meio do contrato provisório de trabalho. Em seguida, será apresentado debate teórico sobre a centralidade do trabalho e o limite das perspectivas econômicas neoclássicas para o fomento do trabalho protegido.

Esse artigo é composto por essa introdução, mais três seções, que tratam respectivamente do contrato verde e amarelo, do contrato provisório de trabalho e da discussão teórica sobre precarização e nível de emprego, e uma conclusão.

1. CONTRATO DE TRABALHO VERDE E AMARELO

O cerne da MP, que é o contrato de trabalho verde e amarelo, nada mais é do que a criação de figura contratual precária como forma de criação de empregos, tal como ocorrera na década de 1990 com o contrato provisório do trabalho (Lei nº 9.601). A promessa é de que os jovens em primeiro emprego possam ser absorvidos pelos empregadores por meio desses contratos, desde que, ao fazê-lo, fique demonstrado que os contratantes excederam o número de empregados verificados entre janeiro e outubro de 2019.

O art. 1º da MP nº 905 especifica que serão considerados jovens, para efeito do contrato verde e amarelo, as pessoas que tenham entre 18 e 29 anos de idade e que, ao serem contratadas, para posto de trabalho novo, configurem a situação de primeiro emprego, não se considerando obstativas dessa condição experiências anteriores que envolvam contratos de aprendizagem, contratos de experiência, contratos intermitentes e relações de trabalho avulsas – modalidades sabidamente mais precárias que a relação de emprego ordinária.

O Programa verde e amarelo, portanto, destina-se a parcela da população que vivencia o desemprego ou a inserção precária no mercado de trabalho de forma mais vulnerável. Especificamente com relação ao desemprego, a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – Contínua informa que, no segundo trimestre de 2019, a taxa do desemprego foi de 12%. Entre o segmento de 18 a 24 anos, essa taxa atingiu o patamar de 31,6%. Ou seja, o desemprego nesse segmento é mais do que o dobro da taxa da população em geral, atingindo 4,1 milhões de jovens de 18 a 24 anos de idade (IBGE, 2019).

A racionalidade que orienta o denominado programa verde e amarelo é a de que, ao rebaixar as condições para inserção desses jovens no mercado de trabalho, haveria interesse e viabilidade para que o mercado forjasse sua inserção, por meio de novos postos de trabalho.

De acordo com o texto original da Medida Provisória, os trabalhadores submetidos a esse regime não poderão corresponder a mais de 20% do quadro de empregados de cada empresa e terão contratos de 24 meses (independentemente da finalidade da contratação), com recolhimentos de FGTS em alíquotas inferiores (2%, e não 8%), multa por rescisão contratual equivalente à metade da devida aos demais empregados (20% dos depósitos de FGTS concernentes ao período contratual, e não 40%), e esvaziamento da importância social do direito de férias e do direito aos 13^º salários, cujas remunerações serão feitas de forma parcelada, a cada mês trabalhado.

A Medida Provisória prevê ainda a possibilidade de contratação de seguro em favor desses empregados, destinado a resguardar o trabalhador nas hipóteses de morte acidental, danos corporais, danos estéticos e danos morais. Ao prever a reparação dos referidos danos por meio de seguro, o legislador indiretamente estabelece um valor máximo para a reparação dos referidos danos, que, por se tratarem de danos relacionados a direitos da personalidade dos trabalhadores, de natureza imaterial, têm recebido do Poder Judiciário arbitramento específico em cada caso concreto, considerando, nos termos do art. 944 do Código Civil, a extensão do dano.

Na hipótese de pagamento do seguro pelo empregador, o adicional de periculosidade, se incidente na respectiva relação de trabalho, seria pago na fração de 5% do salário-base, limitando a hipótese de incidência do adicional àquelas em que o trabalhador fique exposto ao risco por mais de 50% da sua jornada, o que não ocorre em relação aos demais trabalhadores. Essa previsão, aliás, é incongruente com a própria essência da proteção contra exposição a risco, já que pouco importa por quanto tempo o trabalhador se expõe a riscos graves como os tutelados pela legislação (explosivos, inflamáveis, eletricidade, violência urbana e exposição decorrente da atividade de motociclista): basta que a exposição não seja eventual para que a ocorrência efetiva do risco possa ceifar a vida do obreiro¹.

A previsão do seguro mencionada no parágrafo anterior se justifica tendo em vista o cenário de desemprego previdenciário desses empregados. Isso porque em um de suas previsões mais graves, a Medida Provisória assegura que os empregadores que contratem nessa modalidade terão plena isenção em relação às contribuições previdenciárias, ao salário-educação e às contribuições sociais, o que é contraditório com o cenário de crise de arrecadação que supostamente vivencia o Estado Brasileiro, que promulgou, em período recente, uma Emenda Constitucional que congelou gastos públicos por 20 anos (BRASIL, Emenda Constitucional 95/2016) e uma reforma previdenciária restritiva de direitos, cujo objetivo seria exatamente o equilíbrio das contas públicas (BRASIL, Emenda Constitucional 103/2019). A contradição entre as medidas é característica da seletividade que marca a atuação do Estado regido pela lógica neoliberal, na qual Estado é recrutado a interferir proativamente para a consecução dos objetivos do mercado em detrimento de sua atuação na esfera de proteção social (DARDOT & LAVAL, 2016).

Por último, o art. 14 da MP nº 905/2019, cujo título é “Quitação de obrigações para reduzir litígios” replica para os trabalhadores contratados sob a forma do contrato verde e amarelo a disposição contida no art. 855-B da CLT, com a redação introduzida pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13467/2017), ao assegurar que “*para fins do disposto nesta Medida Provisória, é facultado ao empregador comprovar, perante a Justiça do Trabalho, acordo extrajudicial de reconhecimento de cumprimento das suas obrigações trabalhistas para com o trabalhador*”.

Dessa forma, o fato de o grupo alcançado pelo Programa ser de jovens, sem experiência prévia nas relações de trabalho, não é considerado pelo legislador da Medida Provisória como um dado relevante para diferenciar esse trabalhador dos demais empregados que podem estabelecer com seus empregadores, extrajudicialmente, acordo para quitação de obrigações trabalhistas. Aqui, a pouca experiência e a vulnerabilidade desses sujeitos parece ter menor relevância que o interesse jurídico materializado no título: evitar lides trabalhistas. Ao fazê-lo, o

1. É o que diz a Súmula nº 364, I, do TST, ao dispor: “ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. EXPOSIÇÃO EVENTUAL,

PERMANENTE E INTERMITENTE (inserido o item II) - Res. 209/2016, DEJT divulgado em 01, 02 e 03.06.2016. I – Tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Indevido, apenas, quando o contato dá-se de forma eventual, assim considerado o fortuito, ou o que, sendo habitual, dá-se por tempo extremamente reduzido.”

legislador volta a pressupor, como já fizera na Reforma trabalhista, que a lide trabalhista, em si, representa um problema para o Estado e para as relações sociais, sem identificar as causas que originaram essa lide e se, em se tratando de uma situação de recalcitrância patronal, não seria exatamente o caso de consagrar a intervenção reparadora do Estado.

2. LEI Nº 9.601/98: “QUALQUER SEMELHANÇA É MERA COINCIDÊNCIA”

Na mesma direção, com equivalente promessa da MP nº. 905 de 2019, já apontava a Lei n. 9.601, de 21 de janeiro de 1998, que dispôs sobre o contrato de trabalho provisório. No seu art. 1º ficou estabelecido que:

As convenções e os acordos coletivos de trabalho poderão instituir contrato de trabalho por prazo determinado, de que trata o art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, independentemente das condições estabelecidas em seu § 2º, em qualquer atividade desenvolvida pela empresa ou estabelecimento, para admissões que representem acréscimo no número de empregados.

Ao trazer expressamente o dispositivo em tela a expressão “*para admissões que representem acréscimo no número de empregados*”, de logo se percebe que a razão para a inobservância das hipóteses de contratação por prazo determinado do §2º do art. 443 da CLT (serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo; atividades empresariais de caráter transitório; e contrato de experiência) foi o alegado incremento nas contratações, ou seja, a geração de novos empregos.

Era preciso justificar o fato de que, a partir de então, o contrato por prazo determinado não ficaria restrito às hipóteses aludidas, já que, com essa ampliação das hipóteses promovida pela Lei n. 9.601/98, se observa, por outro lado, uma inserção social mais frágil que aquela que os contratos por prazo indeterminado asseguram ao trabalhador. Vê-se, assim, nítida proposta de flexibilização dos direitos trabalhistas, na medida em que, ampliando as hipóteses permissivas para a contratação por prazo determinado, acaba-se por reduzir patamar protetivo anteriormente assegurado ao trabalhador de ser contratado por prazo indeterminado, em que os direitos trabalhistas, notadamente os rescisórios, têm incidência plena.

Registre-se que, nos termos do art. 2º da Lei n. 9.601/1998, restou assentado para o então criado

contrato provisório de trabalho, a redução, por sessenta meses, a contar da sua publicação, a 50 (cinquenta) por cento de seu valor vigente em 1º de janeiro de 1996, das alíquotas de diversas contribuições sociais (Sistema “S”), bem como do salário-educação e do financiamento do seguro de acidente do trabalho. E, ainda, a redução para dois por cento da alíquota da contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, com previsão na Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990.

Com relação à primeira redução citada, o contrato de trabalho verde e amarelo mostrou-se mais agressivo, em termos de precarização, que a Lei 9.601/1998, tendo em vista que o art. 9º da MP n. 905/2019 não tratou de redução, mais de, literalmente, isentar as empresas que contratarem sob tal modalidade das parcelas incidentes sobre a folha de pagamentos referentes à contribuição previdenciária, ao salário-educação e a inúmeras contribuições sociais. Além disso, a figura do contrato de trabalho verde e amarelo dispensa a participação sindical na aplicação dessa modalidade precária, ademais direcionando-a para um segmento social mais frágil e em condição de inexperiência laboral.

Quanto à mudança relativa ao FGTS, adite-se que, nos termos do art. 15 da Lei nº. 8.036/90, há a previsão de que todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as gorjetas, as prestações “in natura” e a gratificação de Natal. Assim, a redução propugnada pela Lei n. 9.601/98, tal qual aquela contida na MP n. 905/2019, revela-se deletéria ao trabalhador, importando na redução despropositada do percentual para 2 (dois) por cento, ou seja, um valor correspondente a 25%, apenas, da alíquota de contribuição prevista ordinariamente para o FGTS.

E não se pode esquecer que o FGTS, criado pela Lei n. 5.107/66, substituiu a estabilidade decenal, criada no Brasil pela Lei Elói Chaves (Lei n. 4.682/23) e inserida no art. 137, alínea “f” da Constituição de 1937 e no art. 492 da CLT, a qual ensejava indenização a todo empregado que prestasse mais de dez anos de serviços a um empregador, sem cometimento de falta grave e que, portanto, fosse dispensado sem justa causa. Tal indenização importava em um mês de remuneração por ano laborado, além de uma multa de 10%. O empregado que fizesse a opção pelo FGTS abriria mão da aludida estabilidade, o que representou patente flexibilização de direitos com a perda da garantia de que gozava de não

ser despedido a critério exclusivo do empregador, já que este teria que suportar o custo, não apenas da quitação das verbas trabalhistas, mas também da indenização já aludida.

A Lei n. 9.601/98, a qual reduziu a alíquota do FGTS a percentual quatro vezes menor que o previsto na lei que cria este instituto (Lei n. 5.107/66), permite-nos constatar, portanto, a ocorrência de flexibilização dentro de um cenário de flexibilização. Flexibilizou-se o direito à estabilidade decenal em razão da criação do FGTS; e, posteriormente, flexibilizou-se o percentual da alíquota de contribuição para este Fundo, prevista em oito por cento, reduzindo-o para dois por cento. Com isso, se esvaem os direitos dos trabalhadores, renovando-se a promessa de geração de novos empregos.

Tal redução da alíquota do FGTS para 2 (dois) por cento foi repetida pelo contrato de trabalho verde e amarelo, que dá um passo além em relação à flexibilização do acesso ao Fundo: prevê a indenização de 20% sobre os valores do FGTS para a hipótese de extinção contratual, ao invés de 40%, seja qual for o motivo de tal extinção. Só será mais benéfico para o trabalhador na hipótese em que este seja despedido por justa causa, tal como se analisou em tópico anterior, já que, inovando e contrariando qualquer anterior previsão, subsistirá o mesmo direito de perceber tal indenização.

Digno de nota ainda sobre a Lei n. 9.601/98 é a previsão do art. 6º, quando dispõe que o art. 59 da CLT passa a vigorar com a seguinte redação, notadamente quanto aos §§2º e 3º, instaurando na ordem jurídica pátria a figura do banco de horas:

§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 cento e vinte dias**, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias.

§3º Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho sem que tenha havido a compensação integral da jornada extraordinária, na forma do parágrafo anterior, fará o trabalhador jus ao pagamento das horas extras não compensadas, calculadas sobre o valor da remuneração na data da rescisão. (grifos nossos).

É de se observar que, ao tempo da entrada em vigor da Lei n. 9.601/98, inexistia hipótese de prorrogação de jornada, mediante compensação (ou

seja, sem o pagamento do valor da hora trabalhada acrescida de adicional de horas extras), por duração tão extensa. Posteriormente, por meio da MP 2164-41/2001, essa hipótese foi alargada para o prazo de um ano. Cabe frisar, entretanto, que até então as referidas normas pressupunham a participação sindical para a implementação do banco de horas.

A MP nº. 905/2019, em relação à referida Lei n. 9.601/98, se alinhando às alterações dispostas pela malfadada reforma trabalhista (Lei n. 13.467 de 2017), traz no §3º do art. 8º a previsão de que “O banco de horas poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra **no período máximo de seis meses**” (grifos nossos), ampliando, assim, o prazo para a compensação que constara originalmente na Lei n. 9.601/98, mas o fazendo mediante simples acordo individual entre empregado e empregador, sem participação do sindicato profissional. A norma se afigura, portanto, também prejudicial ao trabalhador neste particular.

Ao instituir o contrato verde e amarelo, modalidade de contratação que, alegadamente, se destina à criação de novos postos de trabalho para as pessoas entre dezoito e vinte e nove anos de idade, não o condiciona à negociação coletiva. Ao revés, o art. 1º da Lei n. 9.601/98 atrela, de forma expressa, a adoção do contrato provisório ao ajuste por meio de acordo ou convenção coletiva da categoria, o que ao menos se aproxima do modelo de flexibilização adotado pela Carta Maior do país, que a condiciona ao ajuste negocial entre as partes, tal como se observa da leitura dos incisos VI, XIII e XIV do seu art. 7º, desde que respeitados os limites mínimos.

Assim, depara-se com a adoção indiscriminada, respeitados os seus requisitos, do contrato verde e amarelo sem que exista controle pelos sindicatos, como possíveis legitimados para conter desvirtuamentos que porventura ocorram, em nítida afronta ao art. 8º, III, desta mesma Carta Constitucional, que outorgou às entidades sindicais legitimação para a defesa administrativa e judicial dos direitos e interesses da categoria. Os sindicatos, com a flexibilização, vão perdendo o seu papel, fragilizando-se, na contramão do que previu a Carta Magna, e sofrendo uma diminuição da sua capacidade de regular as relações, o que engendra até mesmo uma crise de representação.

Sobre este aspecto, elucidativo o pensamento de Dari Krein, quando tece considerações sobre a flexibilização e seu impacto no sindicalismo:

Nesse sentido, a flexibilização é uma agenda imposta pela lógica das transformações

no capitalismo, sendo, portanto, uma agenda que vem do coração dinâmico do sistema capitalista. Ou melhor, é um ponto da agenda contemporânea do capitalismo que perpassa praticamente todos os países inseridos, apesar de muitas especificidades nacionais. É uma agenda que afeta as bases da sociabilidade da sociedade contemporânea, redefinindo o papel do Estado e o perfil da classe trabalhadora, com importantes impactos nas instituições, especialmente no sindicalismo (KREIN, 2007, pág. 11).

Atento ao imbricamento da flexibilização com a imposição do capitalismo e ao enfraquecimento do sindicalismo, se posiciona Silvio Beltramelli Neto:

Com efeito, o mergulho na teleologia que permeia o discurso neoliberal de defesa da flexibilização do Direito do Trabalho forçosamente resulta no encontro do permissivo para que o lado que emprega possa impor suas condições de trabalho do modo menos custoso, o que se apresenta sobejamente mais fácil em um contexto de crise da identidade sindical, impulsionada pela crise da própria consciência de classe, decorrentes do sistema produtivo capitalista que proliferou pelo mundo, a partir do último quarto do século XX (BELTRAMELLI NETO, 2008, p. 15).

E nem se diga que todo contrato revela em si um ajuste de vontade livre entre os pactuantes, já que o contrato verde e amarelo, consoante disposto no art. 1º da MP n. 905 de 2019, se destina “... à criação de novos postos de trabalho para as pessoas entre dezoito e vinte e nove anos de idade, **para fins de registro do primeiro emprego em Carteira de Trabalho e Previdência Social**” (grifos nossos). Abarca-se, pois, trabalhadores que sonham com o primeiro emprego, muitos já tendo, inclusive, trilhado o caminho perverso da informalidade. Assim, tal autonomia na formulação do contrato vem mascarada pelo desejo de sair da informalidade ou até mesmo do desemprego, sendo, pois, uma liberdade de contratar formal, sem garantia de atrelamento a uma dimensão material.

3. NOVO OU VELHO DISCURSO: FLEXIBILIZAR CONTRATOS GERA NOVOS EMPREGOS?

Como já sinalizado, a adoção da MP n. 905 de 2019 reabre a discussão, nos dias atuais, sobre um velho discurso e questionamento a respeito do atrelamento da flexibilização de contratos, com a consequente redução de direitos trabalhistas, à geração de novos postos de trabalho. Trata-se de um velho

discurso que, requeitado pela racionalidade neoliberal, tem jogado um papel perigoso em relação ao comprometimento do patamar mínimo de direitos de um trabalhador em favor do atendimento de interesses do mercado.

Dari Krein, sobre o imbricamento da flexibilização com a manutenção do capital e com a perda da proteção social, comenta que:

[...] o atual processo de flexibilização, como parte de um processo de mudanças profundas que estão em curso na ordem capitalista, tende a fortalecer a lógica da “mercantilização” da força de trabalho, buscando torná-la uma mercadoria qualquer. Isso significa fragilizar ou derrogar a regulação de proteção social do trabalho, permitindo que a determinação das suas condições de uso, contratação e remuneração seja feita preferencialmente pelo mercado (KREIN, 2007, pág. 13).

E, neste sentido, a desregulamentação protetiva do trabalho e a flexibilização de direitos são alternativas que têm sido diuturnamente apontadas pelo capital e por agentes do Estado imbuídos de sua racionalidade como caminhos viáveis para escapar da condição de desemprego.

Prossegue José Dari Krein, na sua análise precisa, pontuando sobre a justificativa da flexibilização como necessária para conter o problema do desemprego:

Conquistando adeptos no mundo da política e da academia, a defesa da flexibilização passa a ser feita por entidades de empregadores, por algumas organizações de trabalhadores e pelo governo como solução para o crescente problema do desemprego, ao permitir às empresas fazerem ajustes na perspectiva de reduzir custos e, consequentemente, obter maior produtividade e competitividade, num ambiente econômico de exposição à concorrência – com valorização cambial e abertura indiscriminada -, de baixo e instável crescimento e sob a hegemonia do capital financeiro. (KREIN, 2007, pág. 21).

O novo-velho discurso de geração de novos postos de trabalho, aliado às ameaças que pairam na mente do trabalhador de sujeitar-se a condição de desemprego, tem sido sustentado pelos propulsores do capital, no sentido de que os altos custos para cumprir a legislação trabalhista seriam os responsáveis pelas crises cíclicas pelas quais passa o capitalismo, bem como pela desestruturação e até fechamento de muitas empresas.

Esse discurso, que traz em seu bojo implícito ataque à legislação ao Direito do Trabalho, é repetido

no pacote de leis e medidas provisórias que compõem a reforma trabalhista, tal como se observa com a MP n. 905 de 2019. Souto Maior já afirmava, em seu artigo “De novo a falácia da redução de direitos trabalhistas”, que na história brasileira são recorrentes os ataques à legislação do trabalho baseados em fundamentos supostamente econômicos, sem que exista qualquer novidade na argumentação com a qual o governo temporário busca justificar a pretendida reforma. (MAIOR, 2016).

Desmistificando a ideia de altos custos para cumprir a legislação trabalhista, preciso é o pensamento de Átila da Rold Roesler, quando sinaliza que “O custo da mão de obra no Brasil, mesmo integrado de todos os encargos sociais, é baixíssimo se for comparado com outros países, não havendo mais o que ser flexibilizado”. Conclui que “Os direitos trabalhistas mínimos devem ser mantidos a qualquer custo diante dessa realidade” (ROESLER, 2014, p. 53).

Prossigue Roesler na análise da premissa equivocada de que os encargos sociais justificam a flexibilização dos direitos trabalhistas:

Na verdade, nos chamados “encargos sociais” – que constantemente são utilizados como argumento para justificar a flexibilização dos direitos trabalhistas – não deveria ser considerado somente o custo da mão de obra assalariada, já que os recolhimentos previdenciários, por exemplo, têm destinações das mais variadas, servindo, inclusive, para garantir recursos da saúde e da assistência social. É preciso considerar, ainda, que o trabalhador também contribui para o sistema com a sua quota-parte e que os demais setores da sociedade são igualmente tributados, não sendo a exceção, assim, um privilégio exclusivo que onera apenas a classe dos empregadores (ROESLER, 2014, p. 53).

Tais inverdades a respeito dos altos custos dos direitos trabalhistas foram também analisadas por Vitor Filgueiras, que, analisando o período compreendido entre 1998 e 2008 no Brasil, constatou que, embora seja recorrente a apresentação dessa argumentação por parte daqueles que pretendem se furta à legislação trabalhista, não há sequer uma confirmação empírica de que as alegações de quebra, desestruturação ou saída de empresas do país tenham, de fato, ocorrido; e que as empresas que anunciaram na imprensa que deixariam o país persistiram com o mesmo número de empregados. Em sua pesquisa, pontuou o autor que “Trata-se, portanto, de estratégia política do capital para tornar o trabalhador refém das suas exigências, pois, se mais direitos implicassem menos empregos, reivindicar

seria um contrassenso” (FILGUEIRAS, 2012, p. 87).

Com a flexibilização desenfreada, sob a alegação de que seria solução para os alarmantes níveis de desemprego, se destroem direitos trabalhistas e se ataca o Direito do Trabalho, negando até mesmo a necessidade do viés protetor deste ramo do direito no tocante às disparidades existentes entre os dois polos da relação (trabalhador x empregador). Nega-se, com isso, o próprio objetivo do Direito do Trabalho, que, tal como afirmam Sayonara Grillo e Carlos Henrique Horn, consiste em “... equilibrar a desigualdade entre as partes, construindo um contrapeso com a ampliação da liberdade do indivíduo por meio de regras que limitem a esfera de obediência do trabalhador” (SILVA e HORN, 2008, p. 195).

Neste sentido, trago à baila novamente o olhar crítico do autor Roesler:

Diante da acirrada concorrência no mercado internacional, a diminuição dos direitos trabalhistas passou a ser propagada como ideia da nova ordem mundial, visando a privilegiar o desenvolvimento econômico em detrimento dos avanços sociais. Apoiados na desregulamentação e na flexibilização dos direitos sociais, vozes liberais passam a defender a própria negação do direito trabalhista sob o argumento de que a economia de mercado já não admitia mais o protecionismo estatal sobre as relações de trabalho (ROESLER, 2014, p. 48).

Chega-se ao absurdo de pensar que a flexibilização com a retirada de direitos sociais seria a única alternativa para suportar os altos custos do cumprimento da legislação trabalhista, para enfrentar a ferrenha concorrência internacional e, conseqüentemente, para sair o trabalhador da informalidade. Souto Maior demarca essa premissa equivocada ao afirmar que:

[...] E chegam mesmo a dizer que os trabalhadores “estão” na informalidade em razão dos rigores da lei, apontando, sem o menor escrúpulo, que a saída para essa situação dos trabalhadores é que seus direitos sejam eliminados. Ou seja, ilegalidade é informalidade e a regularização da informalidade é a retirada de direitos para que sequer alguma visualização de irregularidade da conduta dos empregadores seja possível (MAIOR, 2016).

Nos dizeres de John French, “*Não é raro, de forma alguma, encontrar uma situação em que as coisas existem no papel mas não na realidade; em que a lei, a justiça e os direitos existem apenas nominalmente, formalmente e sem conseqüências*” (FRENCH, 2002, p. 25).

Fica evidente, portanto, que tanto a Lei n. 9.601/98 – a qual teve aplicação limitada em razão da resistência de parte significativa do movimento sindical à sua implementação – quanto a MP n. 905/2019 assentam-se na mesma premissa questionável: a de que, diante do desemprego, a conduta macroeconômica adequada é o rebaixamento das condições de trabalho e de sua tutela jurídica, sob o pretexto de que haveria uma relação direta entre o nível de proteção social e o desemprego.

Assim, para os teóricos neoliberais, cujo pensamento se hegemonizou na sociedade presente e é repetido midiaticamente à exaustão, rebaixar o direito do trabalho seria condição *sine qua non* para garantir postos de trabalho. Filgueiras observa que a premissa da teoria econômica neoclássica de que a redução do custo da força de trabalho produziria ampliação da oferta de empregos, a partir das dinâmicas de livre mercado, tem sido reproduzida como um mantra pela razão neoliberal, de modo a constituir-se praticamente como um senso comum (FILGUEIRAS, 2019, p. 13-52).

Inicialmente, impera resgatar um limite ético para o debate, representado pela célebre frase de Carnelutti, que compreende o direito como limite ético da economia. Assim, antes de enfrentar qualquer racionalidade econômica, é importante firmar o direito como sistema autônomo em relação ao sistema econômico, que se afirmou historicamente no intuito de impor, a esse mesmo sistema, limites que não possui intrinsecamente e que são essenciais à preservação da vida humana e do convívio social, na esteira das reflexões também construídas por Karl Polanyi (2011).

Daí porque, para além das dificuldades éticas e civilizatórias presentes em uma racionalidade que entrega ao livre mercado a tutela de relações sociais que implicam, ao fim e ao cabo, a própria conservação e definição das condições de vida da maior parte da população, é importante pensar os limites lógicos dessa própria racionalidade.

Primeiro, é importante considerar que, ao associar, numa simplificação, a redução dos custos do trabalho com a ampliação do mercado de trabalho, ignoram-se variáveis importantes do campo econômico, como pontua Filgueiras:

(...) a) por mais que se cortem custos do trabalho, pode não haver demanda por mais produtos e, portanto, não ocorrerem contratações; b) cortes podem ou não aumentar o lucro (as vendas podem cair com a redução da demanda); c) mesmo que o lucro cresça, este pode ou não virar

investimento (se a demanda não aumenta, qual a razão para investir?); d) cortes de direitos podem piorar a situação pois os trabalhadores tendem a consumir parcela proporcionalmente maior dos seus ganhos, de modo que a transferência de renda para os empresários pode reduzir a demanda agregada da economia e a própria produção e o emprego (FILGUEIRAS, 2019, p. 21).

A partir dessas ponderações, conclui o autor que o cerne da questão é perceber que “o nível de emprego é determinado por decisões de investimento tomadas fora do mercado de trabalho” (FILGUEIRAS, 2019, p. 22), de modo que o custo do trabalho pode ser pouco relevante para o desfecho da questão, já que consiste em uma, entre diversas variáveis.

Ademais, é pouco razoável desconsiderar os impactos do rebaixamento dos salários e da redução do poder de consumo da maioria trabalhadora na demanda colocada no mercado e, por consequência, na rentabilidade das transações comerciais no mercado de consumo local.

Para além de tais formulações teóricas, os dados empíricos das reformas trabalhistas recentemente realizadas no Brasil e no mundo infirmam reiteradamente o mantra neoclássico, que curiosamente não recua diante das falhas de suas promessas, mas continua a alimentar-se do desespero decorrente da crise econômica para renová-las, com desfaçatez.

Em 2015, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), publicou um estudo sobre os impactos das reformas trabalhistas no nível do emprego. Os pesquisadores analisaram a relação entre proteção ao trabalho, desemprego, taxa de ocupação e participação. Foram analisados, numa primeira base de dados, 63 países, entre os anos de 1993 a 2013, e, numa segunda investigação, 111 países, no período de 2008 a 2014 (ADASCALITEI; MORANO, 2015). As conclusões do estudo corroboram o quanto afirmado por economistas que refutam o campo ortodoxo, como Filgueiras, na medida em que, em termos estatísticos, não resulta comprovada a relação entre rigidez da legislação trabalhista e nível de emprego. Muito pelo contrário, o estudo produzido é relevante para demonstrar que a adoção de medidas de flexibilização trabalhista produz resultados muitas vezes opostos (ampliar o mercado de trabalho ou aprofundar o desemprego) entre países desenvolvidos e países subdesenvolvidos, bem como em momentos de crise ou em momentos de prosperidade econômica (ADASCALITEI; MORANO, 2015). Ou seja, não há relação direta entre as duas variáveis, reforçando-se a conclusão de que a recuperação

em relação a momentos de crise depende de variáveis com as apontadas por Filgueiras (crescimento, investimento, demanda) ao passo que o recuo ou avanço na proteção laboral se qualificam como escolha ética e civilizatória.

Há evidências, igualmente, de que em países em que houve drásticas reformas trabalhistas, não só o desemprego não diminuiu como as formas de inserção precárias têm levado milhões de trabalhadores, jovens principalmente, a uma situação de desespero diante da falta de perspectivas de futuro e de sobrevivência digna. Cabe destacar, nesse cenário, a Espanha, com altos índices de desemprego (18% em geral e 43% entre os jovens), desde a reforma trabalhista feita em 2012, que foi responsável por significativo rebaixamento salarial, inclusive para postos de trabalho mais qualificados, criando uma instabilidade permanente (DRUCK, JESUS, DUTRA, 2019).

O próprio caso brasileiro, com a reforma trabalhista de 2017, corrobora esse cenário:

O desemprego aberto no trimestre imediatamente anterior à vigência da reforma, terminado em outubro de 2017, atingia 12.740 milhões de pessoas, ou 12,2% da população economicamente ativa, contra 12.984 milhões (12,3%) no trimestre encerrado em maio de 2019. O desemprego total em outubro de 2017 contemplava 26,554 milhões de pessoas (23,8%) contra 28.524 milhões em maio e 2019 (25%) na série histórica da PNAD (FILGUEIRAS, 2019, p. 35).

Portanto, a promessa formulada quando da aprovação de uma Reforma Trabalhista flagrantemente regressiva de direitos não se cumpriu, evidenciando que não há soluções econômicas simples para problemas complexos, e que o papel do direito não se confunde com o impulsionamento econômico, notadamente quando esse projeto de impulsionamento colide com as garantias constitucionais fundamentais dedicadas às pessoas que vivem do seu trabalho.

Assim, o propósito descrito na MP n. 905 de 2019, repetindo o caminho trilhado sem sucesso pela Lei n. 9.601 de 1998, de geração de novos postos de trabalho, dificilmente sairá do papel para tornar-se realidade, notadamente em um cenário econômico recessivo vivenciado no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se a presente reflexão com o pensamento de Márcio Túlio Viana, no sentido de que “... o mundo pós-moderno é feito de montagens e

desmontes; mutações e incertezas; misturas e dispersão. E, de fato, parece ser exatamente assim a vida do trabalhador” (VIANA, 2005, p. 22).

A MP n. 905 de 2019 apenas corrobora essa afirmação. Nada mais significa do que **montagens** de uma legislação a partir de dispositivos que já fizeram parte da Lei n. 9.601/98 e que não confirmaram os resultados positivos a que esta se propunha; **desmontes** de direitos trabalhistas, construídos há décadas, como os relativos ao labor do bancário, inclusive aos domingos e feriados, com repercussão no cálculo das horas extras; **mutações** de institutos consolidados no direito do trabalho, tais como, exemplificativamente, o recolhimento à conta vinculada do trabalhador de importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida no mês anterior, que agora passa a 2 (dois) por cento; bem assim a previsão do adicional de periculosidade que, agora, passa a ser de 5% sobre o salário-base do trabalhador e desde que a exposição do trabalhador ao risco seja permanente (no mínimo, 50% de sua jornada normal), em nítida aversão ao entendimento esposado no art. 193, §1º da CLT e ao consolidado pelo E. TST através de sua Súmula n. 364; **incertezas** acerca da efetiva criação de novos postos de trabalho, já que resta desconstruída empiricamente a correlação entre flexibilização de direitos trabalhistas e incremento na geração do emprego; **misturas** de institutos, já que prevê o pagamento de indenização de 20% sobre o FGTS quando do término regular do contrato a termo, sendo tal verba peculiar às hipóteses de extinção anormal do contrato, ou seja, fora do prazo; bem assim peculiar aos contratos cuja extinção se deu a pedido ou por culpa do empregador, e nunca pelo empregado, tal como se observa agora nos casos de pedido de demissão e justa causa; e, por fim, **dispersão** do papel representativo de instituições importantes, tal como o sindicato.

Em linhas gerais, o que se pode concluir é que não se avança na geração de empregos malferindo direitos infra e constitucionais já assegurados. Essa falsa ilusão, além de significar gritante retrocesso social, só legitima a situação de precariedade do trabalhador e de afronta à sua dignidade humana, insculpida a patamar constitucional. A insistência no argumento já propalado na década de 1990 e materializado na Lei nº 9.601/98, sem sucesso, somente repetirá, em 2019 e 2020 pauperização e frustração da juventude trabalhadora do país, criando óbices à igualdade, ao trabalho digno e à construção de uma sociedade mais justa e menos desigual, como projetou a Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

- ADASCALITEI, D., MORANO C.P. *Labour market reforms since the crisis: Drivers and consequences*, ILO, Research Department Working Paper No. 5. 2015. Disponível em: http://www.ilo.org/global/research/publications/working-papers/WCMS_414588/lang--en/index.htm. Acesso em: 22 de novembro de 2019.
- BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Limites da Flexibilização dos Direitos Trabalhistas*. São Paulo: LTr (versão digital), 2008.
- BOMFIM, Vólia. *MP 905 de 2019 e a Carteira de Trabalho Verde e Amarela*. Artigo publicado em 28/11/2019. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/mp-905-de-2019-e-a-carteira-de-trabalho-verde-e-amarela>. Acesso em: 09/12/2019.
- BRAGHINI, Marcelo. *Reforma trabalhista: flexibilização das normas sociais do trabalho*. São Paulo: LTr (versão digital), 2017.
- BRASIL. Medida Provisória n. 905, de 11 de novembro de 2019. Institui o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo, altera a legislação trabalhista, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 12 nov. 2019. Edição 219, Seção 1, p. 5. Disponível em: www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-905-de-11-de-novembro-de-2019-227385273. Acesso em: 2 dez. 2019.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DRUCK, Graça; DUTRA, Renata; SILVA, Selma Cristina. *A contrarreforma neoliberal e a terceirização: a precarização como regra*. Caderno CRH, Salvador, v. 32, n. 86, p. 289-305, maio/ago. 2019.
- FILGUEIRAS, Vitor Araújo. *As promessas da reforma trabalhista: combate ao desemprego e redução da informalidade*. In: KREIN, José Dari; OLIVEIRA, Roberto Vêras; FILGUEIRAS, Vitor Araújo (Orgs.). *Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade*. Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019, pp. 13-52.
- FILGUEIRAS, Vitor. *Estado e direito do trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008* (Tese de Doutorado). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFBA. Orientadora: Graça Druck, 2012.
- FRENCHS, John D. *Afogados em leis: a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros*/ John D. French; Tradução de Paulo Fontes. São Paulo; Fundação Perseu Abramo, 2002.
- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Indicadores IBGE: pesquisa nacional por amostra de domicílio contínua: segundo trimestre de 2019: abr./jun. 2019*. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/2421/pnact_2019_2tri.pdf. Acesso em: 7 dez. 2019.
- KREIN, José Dari. *Tendências recentes nas relações de emprego no Brasil: 1991-2005*. Tese (Doutorado em Economia Aplicada). Instituto de Economia. Universidade Estadual de Campinas. Campinas, 2007.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *De novo à falácia da redução de direitos trabalhistas*. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/blog/de-novo-a-falacia-da-reducao-de-direitos-trabalhistas>. Acesso em: 06/12/2019.
- POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens de nossa época*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- ROESLER, Átila da Rold. *Crise econômica, flexibilização e o valor social do trabalho*. São Paulo: LTr (versão digital), 2014.
- SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; HORN, Carlos Henrique. *O princípio da proteção e a regulação não mercantil do mercado e das relações de trabalho*. *Revista do Direito do Trabalho (RDT)*. Editora Revista dos Tribunais, Ano 34, vol. 32, out/dez/2008, p. 185/205.
- VIANA, Márcio Túlio. *Poder diretivo e sindicato: entre a opressão e a resistência*. *Caderno Jurídico*. Brasília, Escola Judicial do TRT da 10ª Região, ano IV, n. 6, nov./dez. 2005.

Os contornos conceituais do assédio moral organizacional

Rodolfo Pamplona Filho*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Assédio moral laboral; 3. Modalidades de assédio moral; 3.1 Assédio moral discriminatório; 3.2 Assédio moral individual e assédio moral coletivo; 3.3 Assédio moral perverso e assédio moral estratégico; 3.4 Assédio moral interpessoal e assédio moral organizacional; 4. Assédio moral organizacional: uma proposta de conceituação; 5. Elementos caracterizadores do assédio moral organizacional; 6. A influência da tecnologia na nova organização do trabalho; 7. Conclusões; Referências.

RESUMO: Pressão para atingir metas, sobrecarga e ritmo acelerado e excessivo de trabalho, segregação dos funcionários, desconsideração de aspectos éticos e de segurança, sistema de premiações, divisão de tarefas, divisão do tempo, desenho da estrutura hierárquica, estratégias de controle e extrapolação da jornada de trabalho são algumas formas da atual organização do trabalho. Em nome dos resultados e do lucro, as empresas forçam o trabalhador a laborar num ritmo excessivo, mediante o cumprimento de metas exageradas, que, caso não sejam cumpridas, expõem o empregado às mais diversificadas formas de constrangimento, humilhação e ridicularização. Nesse contexto, surge uma nova modalidade assediadora: o assédio moral organizacional. Assim, em virtude da imprecisão terminológica do assédio moral

organizacional, o presente artigo busca formular uma proposta de conceituação, bem como distinguir essa modalidade assediadora das outras formas de assédio moral, identificando, posteriormente, os seus elementos caracterizadores.

PALAVRAS-CHAVE: Organização do trabalho; Assédio moral laboral; Assédio moral organizacional.

ABSTRACT: Pressure to achieve goals, overload and accelerated and excessive work, segregation of employees, disregard of ethical and safety aspects, reward system, division of tasks, division of time, design of the hierarchical structure, control strategies and overtime journeys are some forms of the current work organisation. In the name of results and profit, companies force the worker to work at an excessive rate, by fulfilling exaggerated goals, which, if not fulfilled, expose the employee to the most diverse forms of embarrassment, humiliation and ridicularization. In this context, a new harassment modality arises: organizational moral harassment. Thus, due to the terminological imprecision of organizational moral harassment, this article seeks to formulate a proposal for conceptualization, as well as to distinguish this mode of harassment from other forms of moral harassment, and later to identify its characterizing elements.

KEYWORDS: Work organisation; Moral harassment; Organizational moral harassment.

(*) Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor Associado da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho – ANDT). Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

1. INTRODUÇÃO

O século XXI marca uma nova sociedade e uma nova organização do trabalho. O desenvolvimento da tecnologia da informação transformou as relações sociais e também o modo de execução do labor. Por meio da robótica e da informática, tornou-se possível o aumento da produção e a melhoria da qualidade dos produtos e serviços.

A nova organização do trabalho, balizada pelo desenvolvimento tecnológico e informacional, todavia, conquanto tenha ampliado a produtividade, não melhorou as condições laborais. Ao mesmo tempo em que as inovações tecnológicas permitiram que homens e mulheres aumentassem a produção de mercadorias com mais qualidade e menos esforço,

houve a intensificação das exclusões e discriminações que ocorrem dentro e em torno da força de trabalho.

Os trabalhadores, submetidos a acelerados ritmos de produção, sofrem cada vez mais com o estresse, com as exigências de metas abusivas, com o controle do modo, forma e método de trabalho, com o comprometimento das relações interpessoais e, inclusive, com o desrespeito à diversidade. Pressão para atingir metas, sobrecarga e ritmo excessivo de trabalho, segregação dos funcionários, sistema de premiações, divisão de tarefas, estratégias de controle e extrapolação da jornada de trabalho são alguns traços característicos dessa nova organização do trabalho. É nesse contexto que emerge o assédio moral organizacional.

Nesse sentido, o presente artigo objetiva estudar o assédio moral organizacional, nova modalidade assediadora que acarreta inúmeras e graves consequências para a saúde mental do trabalhador, apresentando os seus contornos conceituais, bem como identificando os seus elementos caracterizadores.

2. ASSÉDIO MORAL LABORAL

O assédio moral é um fenômeno enraizado no mundo do trabalho desde os primórdios da sociedade. Entretanto, somente a partir da década de 80, ampliaram-se as discussões e pesquisas acadêmicas, em especial por juristas, médicos, psicólogos e estudiosos da saúde do trabalhador.

A figura do assédio moral foi utilizada pela primeira vez na área da Biologia, mediante pesquisas realizadas por *Konrad Lorez*, na década de 60, acerca do comportamento de um grupo de animais de pequeno porte físico em face da ameaça de um único animal de grande porte (ÁVILA, 2009, p. 17). Na sua obra *Sobre la agresión: el pretendido mal*, Konrad Lorez aborda o instinto da agressão, comum entre os animais e os homens¹. O comportamento adotado pelo grupo de animais, através de intimidações e atitudes agressivas coletivas, principalmente fazendo de presa os animais que os ameaçam, Konrad Lorez denominou de *mobbing*, traduzido por ele como

hostigamiento ou *acosamiento*, que significa perseguição.²

Posteriormente, na década de 70, o médico sueco *Peter Paul Heinemann* utilizou os estudos de Lorez para descrever o comportamento agressivo de crianças com relação a outras dentro das escolas. Para tanto, tomou emprestado da etologia a denominação *mobbing*, vocábulo inglês que significa maltratar, atacar, perseguir (CASTRO, 2012, p. 20).

Na seara laboral, os estudos sobre assédio moral iniciaram-se com as investigações de *Heinz Leymann*, doutor em psicologia do trabalho, alemão, radicado na Suécia, que, em 1984, publicou um pequeno ensaio científico intitulado *National Board of Occupational Safety and Health in Stockholm* sobre as consequências do *mobbing* na esfera neuropsíquica de pessoas expostas a humilhações no ambiente de trabalho (GUEDES, 2003, p. 27).

No Brasil, os debates em torno do assédio moral desenvolveram-se a partir de 2000, com a tradução do livro de *Marie-France Hirigoyen*, psiquiatra francesa, e com a defesa da dissertação de mestrado da médica *Margarida Barreto*, na área de psicologia social. Ressalta-se que o sítio eletrônico www.assediomoral.org.br, fundado em 2001, foi um importante marco no processo de divulgação e conscientização (SOBOLL, 2008, p. 18).

Marie-France Hirigoyen (2002, p. 17) conceitua o assédio moral como “qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho”.

Márcia Novaes Guedes (2003, p. 33), por sua vez, assinala que o assédio moral corresponde a “atitudes humilhantes, repetidas, que vão desde o isolamento, passam pela desqualificação profissional e terminam na fase de terror, em que se verifica a destruição psicológica da vítima”.

Rodolfo Pamplona Filho, Adriana Wyzykowski e Renato Barros (2014, p. 117) conceituam o assédio moral como “um conjunto de condutas abusivas e intencionais, reiteradas e prolongadas no tempo, que visam a exclusão de um empregado específico,

1. Segundo Konrad Lorez, “si uno pudiera ver sin prejuicios al hombre contemporáneo, en una mano la bomba de hidrógeno y en el corazón el instinto de agresión heredado de sus antepasados los antropoides, producto aquélla de su inteligencia e incontrolable éste por su razón, no le auguraría larga vida”. (LORENZ, 2005, p. 60)

2. “Son sobre todo los animales que viven en sociedad los que doquiera lo encuentren atacan al animal de presa que los ameaza. Los ingleses llama a eso *mobbing*, que se puede traducir por *hostigamiento* o, mejor, *acosamiento*. Así se agrupan las cornejas e otras aves para acosar al buho, el gato o cualquier otro carnívoro nocturno cuando lo ven de día”. (LORENZ, 2005, p. 34)

ou de um grupo determinado destes, do ambiente de trabalho por meio do ataque à sua dignidade, podendo ser comprometidos, em decorrência de seu caráter multiofensivo, outros direitos fundamentais, a saber: o direito à integridade física e moral, o direito à intimidade, o direito ao tratamento não discriminatório, dentre outros”.

Lis Soboll e Roberto Heloani (2008, p. 21), por seu turno, entendem por assédio moral “uma situação extrema de agressividade no trabalho, marcada por comportamentos ou omissões, repetitivos e duradouros. Tem como propósito destruir, prejudicar, anular ou excluir e é direcionado a alvos escolhidos (uma ou mais pessoas em especial). Caracteriza-se por sua natureza agressiva, processual, pessoal e mal-intencionada”.

Nesse sentido, a partir das contribuições doutrinárias e acadêmicas, pode-se conceituar o assédio moral laboral como: *a tortura psicológica perpetrada por um conjunto de ações ou omissões, abusivas e intencionais, praticadas por meio de palavras, gestos e atitudes, de forma reiterada e prolongada, que atingem a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador, comprometendo o exercício do labor e, até mesmo, a convivência social e familiar.*

3. MODALIDADES DE ASSÉDIO MORAL

A tortura psicológica intentada por meio de condutas abusivas e intencionais, praticada de forma habitual contra a dignidade e integridade do trabalhador, apresenta as mais diversas motivações e classificações. Nessa senda, o presente capítulo objetiva identificar algumas modalidades de assédio moral, com especial enfoque para o assédio moral discriminatório, assédio moral individual e coletivo, assédio moral estratégico e perverso, assim como assédio moral interpessoal e organizacional.

3.1. Assédio moral discriminatório

O vocábulo discriminação tem suas raízes etimológicas extraídas do termo anglo-americano *discrimination*, que significa “caráter infundado de uma distinção” (BARROS, 2010, p. 1128). Com bem ensina Rodolfo Pamplona Filho (2005, p. 87), no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, o constituinte consagrou, no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, como pilar da ordem jurídica positiva, a isonomia de tratamento entre os indivíduos, o que, por sua vez, não é de fácil observância, tendo em vista as evidentes desigualdades fáticas ocorrentes na realidade prática.

De acordo com o art. 1º da Convenção nº. 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, o termo discriminação compreende “toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão”.

A discriminação no trabalho, como bem preleciona José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2002, p. 40-43), é a negativa ao trabalhador da igualdade necessária para a aquisição ou manutenção do emprego pela adoção de atitudes discriminatórias por parte do empregador, sendo estas entendidas como a forma de exteriorização do preconceito ou, em outras palavras, como o preconceito em sua forma ativa.

Ademais, a discriminação no trabalho pode ser classificada quanto ao momento, quanto à forma, quanto aos efeitos e quanto aos motivos da discriminação. No concernente ao momento, ela pode ocorrer no ato da contratação, como a não admissão de trabalhadores negros, bem como no curso do contrato, através, por exemplo, da delegação de tarefas inferiores, ou, até mesmo, no seu término, como a dispensa de trabalhadores do sexo feminino sob a justificativa de “conter gastos”.

Quanto à forma, a discriminação pode ser direta, através, *v.g.*, da exigência para os candidatos a emprego de certidão de distribuição de ação trabalhista na Justiça do Trabalho, ou indireta, mediante a adoção de medidas ou práticas, como exigências de altura, peso ou provas físicas, que excluam, por exemplo, um maior número de mulheres.

Com relação aos efeitos, antes da contratação eles podem ser a não contratação ou contratação para cargo de nível inferior e durante a contratação os efeitos da discriminação se revestem na extinção do contrato, na preterição do trabalhador à ascensão funcional ou na designação para funções mais penosas ou inferiores (BRITO FILHO, 2002, p. 48-49).

No tocante às razões motivadoras, identificam-se, dentre outras, discriminações por gênero, raça, etnia, orientação sexual, religião, posição política, procedência nacional, procedência regional, origem social, idade, deficiência física, intelectual, sensorial ou mental (BRITO FILHO, 2002, p. 49) e estética³.

Nesse contexto de discriminação no trabalho,

3. A discriminação estética pode ser conceituada como toda a distinção, exclusão ou preferência fundada em fatores de estética como peso, altura, tipo de cabelo, tonalidade de cabelo, manchas e cicatrizes, bem como pela utilização

emerge o *assédio moral discriminatório*, que consiste na tortura psicológica perpetrada por um conjunto de condutas abusivas, intencionais, repetidas e prolongadas que tem como motivação circunstâncias raciais ou étnica, religiosas, etárias, estéticas, de gênero, de orientação sexual, dentre outras diferenças ou particularidades do trabalhador.

O assédio moral discriminatório surge, desse modo, como uma repulsa a determinada peculiaridade da pessoa, apresentando-se geralmente de forma dissimulada, haja vista que a discriminação é proibida legal e constitucionalmente.

3. 2. Assédio moral individual e assédio moral coletivo

O *assédio moral individual* é a violência cometida contra o trabalhador individualmente considerado. Delimita-se, assim, perfeitamente as figuras de agressor e agredido. O assédio moral coletivo *lato sensu*, por sua vez, compreende o assédio moral individual homogêneo, o assédio moral coletivo em sentido estrito e o assédio moral difuso.

O *assédio moral individual homogêneo* viola, de maneira reiterada, os direitos fundamentais de mais de uma pessoa simultaneamente, direitos estes, no entanto, que em sua essência são individuais (MUÇOUÇA, 2011, p. 191). Trata-se, assim, de perseguições a alguns trabalhadores, individualizados por suas características comuns, que se contrapõem aos interesses do empregador (MUÇOUÇA, 2011, p. 191).

Como exemplo do assédio moral individual homogêneo, Renato Muçouça descreve a situação na qual existe um número considerável de empregados prestes a se aposentar, mas o empregador não mais os deseja na empresa e, a fim de forçá-los a pedir demissão, passa a persegui-los ou esvaziar as suas funções (MUÇOUÇA, 2011, p. 191).

O *assédio moral coletivo em sentido estrito* consiste na utilização abusiva do poder diretivo do empregador dirigida indistintamente a todos os empregados, os quais estão ligados com a parte contrária por uma relação jurídica base, qual seja, laborarem na mesma empresa (MUÇOUÇA, 2011, p.

196). Assim, a conduta assediante atinge o ambiente de trabalho, tornando insuportável o convívio social na empresa. Trata-se, dessa forma, de uma afronta sistemática e reiterada à dignidade, à integridade e aos direitos fundamentais do grupo.

O *assédio moral difuso*, consoante lição de Renato Muçouça (2011, p. 201), corresponde a lesão reiterada à saúde psicofísica e ao próprio meio ambiente de trabalho em si mesmo considerado, haja vista que as lesões criadas pelo empregador que assedia seus trabalhadores e deles retira a saúde, atinge pessoas indeterminadas, como familiares, amigos e vizinhos de cada trabalhador assediado. O assédio moral coletivo *lato sensu* pode ser tutelado mediante Ação Civil Pública, ressaltando-se que no tocante ao assédio perpetrado contra direitos individuais homogêneos também podem ser manejadas ações coletivas e ações plúrimas.

3.3. Assédio moral perverso e assédio moral estratégico

O *assédio moral estratégico ou motivado* é aquele que objetiva uma finalidade específica, como, *v. g.*, expulsar o trabalhador da empresa ou impedir que ele seja promovido ou ocupe cargos de comando, ou, ainda, impedir que o trabalhador atinja as metas estabelecidas pela organização (LIMA FILHO, 2009, p. 69). O assédio moral estratégico diferencia-se do *assédio moral perverso ou imotivado*, que, por seu turno, não apresenta uma razão ou causa específica.

Marie-France Hirigoyen (2002, p. 112) pontua que o assédio perverso é praticado para eliminar o outro e, até mesmo, valorizar o próprio poder do assediador, ao passo em que o assédio estratégico objetiva forçar o empregado a pedir demissão, reduzindo-se, assim, os custos da despedida. O assédio moral perverso visa, nesse diapasão, degradar o meio ambiente de trabalho e destruir o trabalhador, por meio de condutas abusivas e hostis. A maior diferença reside, portanto, na motivação da tortura psicológica intentada, uma vez que no assédio moral perverso não existe uma finalidade específica e pré-estabelecida.

3.4. Assédio moral interpessoal e assédio moral organizacional

Consoante conceituação proposta por Lis Soboll (2008, p. 21) o assédio moral é uma situação extrema de agressividade no trabalho, marcada por comportamentos ou omissões, repetitivos e duradouros, que objetivam destruir, prejudicar, anular

por parte do trabalhador de tatuagem, piercings, barba, maquiagem, brincos, determinadas vestimentas, dentre outras adereços. A proibição do uso de braba, bigode, cavanhaque ou costeleta configura-se, na maioria dos casos, como uma modalidade de discriminação estética, tendo em vista que além de impor ao trabalhador um padrão de aparência, acarreta, em muitos casos, grave violação a sua intimidade e imagem. (SANTOS, 2012, p. 118-119.)

ou excluir uma ou mais pessoas. O *assédio moral interpessoal*, nessa senda, é um processo repetitivo e prolongado de hostilidade ou isolamento, direcionado para alvos específicos, geralmente uma ou poucas pessoas, mas sempre as mesmas, com o objetivo de prejudicar, além de ocasionar descompensações na saúde do trabalhador, alterações nas condições de trabalho, desligamento, afastamento, transferência do trabalho ou mudanças na função (SOBOLL; EBERLE, 2009, p. 19).

O *assédio moral organizacional*, por seu turno, refere-se a manifestação coletiva do assédio, constituindo um processo de hostilidades, estruturado via política organizacional ou gerencial da empresa, sendo direcionado para todos os trabalhadores indistintamente ou para alvos determinados a partir de um perfil, como, por exemplo, todas as gestantes ou todos os trabalhadores que a empresa objetiva despedir (SOBOLL; EBERLE, 2009, p. 19). O assédio é utilizado dessa forma como instrumento de gestão e controle dos empregados (GOSDAL; SOBOLL, 2009, p. 35). O assédio moral organizacional será melhor explorado no tópico posterior.

Como elementos diferenciadores do assédio moral interpessoal e do assédio moral organizacional, cumpre evidenciar primeiramente a figura do agressor, tendo em vista que no assédio moral organizacional o agressor será quase sempre o empregador, seus prepostos ou pessoas que tenham poder hierárquico e de organização na empresa, ao passo em que o assédio interpessoal pode ser intentado por superiores hierárquicos ou colegas de trabalho. Em segundo lugar, o assédio organizacional independe da intenção de degradar o ambiente laboral ou destruir o trabalhador, diferentemente do assédio interpessoal, representando, em verdade, uma estratégia de administração pautada na redução de custos, estimulação da produtividade ou obtenção de maior controle sobre os empregados (GOSDAL; SOBOLL, 2009, p. 38).

Outra distinção diz respeito ao caráter dos atos assediadores. No assédio moral interpessoal os ataques são mais velados ou dissimulados, em especial quando se trata de assédio discriminatório, enquanto no assédio organizacional os atos são mais visíveis, sendo percebidos, geralmente, pela coletividade de empregados, como estratégia ou característica da empresa. Além disso, no assédio organizacional, também denominado de institucional, a maior parte dos trabalhadores ou, até mesmo, a sua totalidade, pode ser alvo de ameaças (GOSDAL; SOBOLL, 2009, p. 38-39).

Nesse sentido, com base nas distinções adrede apresentadas, pode-se concluir que o assédio moral organizacional, assim como o assédio moral interpessoal, constitui uma tortura psicológica perpetrada por um conjunto sistemático, repetitivo e prolongado de ações ou omissões de hostilização, que provoca graves intimidações e humilhações aos trabalhadores, atingindo sua dignidade e integridade física e mental.

A diferença reside na finalidade, no alvo, no sujeito ativo, na forma de participação da empresa e no contexto em que as condutas estão inseridas, haja vista que no assédio moral organizacional: busca-se alcançar objetivos institucionais da empresa, como aumento da produtividade, redução dos custos ou controle dos trabalhadores; o alvo das práticas não são trabalhadores específicos, mas sim grande parte dos trabalhadores da empresa ou determinados setores; os assediadores são, via de regra, superiores hierárquicos, prepostos ou gestores; a empresa participa de forma ativa, promovendo e estimulando as práticas de assédio; e as práticas estão inseridas nas políticas e métodos de gestão da empresa.

Dessa forma, podem ser identificadas as seguintes modalidades de assédio moral: assédio moral discriminatório; assédio moral individual e assédio moral coletivo; assédio moral perverso ou imotivado e assédio moral estratégico ou motivado; e, por fim, assédio moral interpessoal e assédio moral organizacional. Convém, nesse diapasão, realizar um estudo mais aprofundado sobre o assédio moral organizacional.

4. ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL: UMA PROPOSTA DE CONCEITUAÇÃO

O assédio moral, conforme anteriormente conceituado, é a tortura psicológica perpetrada por um conjunto de ações ou omissões, abusivas e intencionais, praticadas por meio de palavras, gestos e atitudes, de forma reiterada e prolongada, que atingem a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador.

Nos últimos anos, entretanto, foi detectada uma nova forma de assédio moral. Trata-se do assédio moral organizacional, que está relacionado com práticas de gestão e que alcança um grande número de trabalhadores. Esse tipo de assédio tem como principal objetivo extrair o máximo de produtividade dos empregados, estimulando o isolamento, o egoísmo e a desunião, além de impedir a instituição da solidariedade entre os mesmos.

Conforme conceito proposto por Adriane Reis de Araújo, configura o assédio moral organizacional:

O conjunto de condutas abusivas, de qualquer natureza, exercido de forma sistemática durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e que resulte no vexame, humilhação ou constrangimento de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas e metas da administração, por meio da ofensa a seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos (ARAÚJO, 2012, p. 76).

Desse modo, segundo a autora, o assédio moral organizacional funciona como um instrumento de gestão e de normatização da conduta dos trabalhadores, possibilitando o engajamento e controle de todo o pessoal, a fim de implementar o ritmo e a qualidade da produção, sem que qualquer reivindicação das condições de trabalho seja intentada (ARAÚJO, 2012, p. 78).

Lis Soboll e Thereza Gosdal conceituam o assédio moral organizacional como:

Um conjunto sistemático de práticas reiteradas, inseridas nas estratégias e métodos de gestão, por meio de pressões, humilhações e constrangimentos, para que sejam alcançados determinados objetivos empresariais ou institucionais, relativos ao controle do trabalhador (aqui incluído o corpo, o comportamento e o tempo de trabalho), ou ao custo do trabalho, ou ao aumento de produtividade e resultados, ou à exclusão ou prejuízo de indivíduos ou grupos com fundamentos discriminatórios (GOSDAL; SOBOLL, 2009, p. 37).

O assédio organizacional, consoante lição de Lis Soboll (2008, p. 21), corresponde a um processo no qual a violência está inserida nos aparatos, nas estruturas e nas políticas organizacionais ou gerenciais da empresa, políticas estas que são abusivas e inadequadas e que possuem o propósito de exercer o gerenciamento do trabalho e do grupo, visando produtividade e controle organizacional.

Nesse sentido, com base nas definições acima apresentadas, formula-se a seguinte proposta de conceituação: *o assédio moral organizacional consiste na tortura psicológica perpetrada por um conjunto de condutas abusivas e hostis, reiteradas e prolongadas, que estão inseridas na política organizacional e gerencial da empresa, dirigidas a todos os trabalhadores indistintamente ou a um determinado setor ou*

perfil de trabalhadores, cuja finalidade é exercer o controle sobre a coletividade e garantir o alcance dos objetivos institucionais, atingindo gravemente a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador.

5. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DO ASSÉDIO MORAL ORGANIZACIONAL

O assédio moral organizacional apresenta os seguintes elementos caracterizadores: abusividade da conduta, habitualidade, contexto organizacional ou gerencial, natureza coletiva do público alvo, finalidade institucional e ataque à dignidade e aos direitos fundamentais do trabalhador.

A *abusividade* reside na extrapolação dos limites do poder diretivo patronal e na forma perversa e agressiva com que as condutas são praticadas. A título de exemplo, Lis Soboll e Thereza Gosdal identificam as seguintes práticas abusivas:

- a) cumprimento de metas exageradas;
- b) tempo de banheiro controlado;
- c) imposição e controle do que deve ser dito ao cliente;
- d) impossibilidade de apresentação de atestados médicos;
- e) desqualificação do trabalhador, do seu curso e das suas ações;
- f) utilização de técnicas de humilhação e perseguição como estratégia para o estímulo de vendas, em especial através da ridicularização pública dos empregados ou equipes que vendem menos ou não alcançam as metas (GOSDAL; SOBOLL, 2009, p. 38).

Ressalta-se que o mecanismo assediador mais peculiar do assédio moral organizacional consiste na imposição de metas exageradas ou, até mesmo, inatingíveis ao trabalhador e na conseqüente imposição de “prendas” diante do inadimplemento dessas metas.

Além da abusividade da conduta, para que o assédio moral organizacional seja configurado, faz-se necessária a *habitualidade*, ou seja, a reiteração e prolongamento no tempo dos atos assediadores. A violência psicológica organizacional deve ser, portanto, regular, sistemática e perdurar no tempo.

Outro elemento caracterizador do assédio moral organizacional consiste no *contexto institucional ou geracional* em que as atitudes assediadoras estão

inseridas. Assim, figura-se imprescindível que tais práticas estejam inseridas nas estratégias e métodos de gestão, nos aparatos e políticas gerenciais e na divisão do trabalho da empresa.

A natureza coletiva do público alvo também caracteriza o assédio moral organizacional, tendo em vista que essa modalidade de assédio sempre é coletiva *lato sensu*, pois atinge os trabalhadores na perspectiva individual homogênea, coletiva e difusa.

Verifica-se a dimensão individual homogênea do assédio moral organizacional quando as condutas agressivas, estruturadas via política organizacional da empresa, são direcionadas para alvos determinados a partir de um perfil, como, por exemplo, todas as gestantes da empresa, todos os trabalhadores acidentados, todos os trabalhadores que a empresa deseja despedir, mas não quer arcar com os custos da dispensa sem justa causa (SOBOLL; EBERLE, 2009, p. 19).

A dimensão coletiva em sentido estrito do assédio moral organizacional se configura no momento em que todos os trabalhadores de determinada empresa são agredidos indistintamente pelas condutas abusivas ligadas à política empresarial. O mesmo raciocínio vale para determinados grupos ou setores que passam a ser perseguidos pela gestão da empresa.

No que se refere à dimensão difusa, deve-se compreender além de todos os trabalhadores indiscriminadamente atingidos pelas condutas assediadoras, os seus amigos, vizinhos e familiares, cujos laços sociais, diante do assédio, restam seriamente comprometidos, assim como os trabalhadores que venham a ser admitidos futuramente pela empresa.

Outro traço característico dessa modalidade assediadora diz respeito à sua *finalidade institucional*, qual seja, promover atitudes gerenciais abusivas oriundas de uma organização que estimula a competitividade e que está estruturada sobre uma dose significativa de perversidade, além de envolver exigências desmedidas, como o cumprimento de metas inatingíveis (SOBOLL, 2008, p. 23).

Podem ser apontadas como finalidades institucionais:

- a) aumento da produtividade;
- b) diminuição ou redução dos custos;
- c) controle dos empregados;
- d) exclusão de trabalhadores que a empresa não deseja manter em seus quadros, forçando pedidos de demissão e desoneração de verbas rescisórias;
- e) coibição da formação de demandas individuais e coletivas;
- f) controle do tempo e dos métodos de trabalho; entre outros (GOSDAL; SOBOLL, 2009, p. 37).

Por fim, outro componente essencial do assédio moral organizacional consiste na *agressão à dignidade da pessoa humana e à integridade física e mental do trabalhador*. Além disso, esse modalidade assediadora atinge, também, outros direitos fundamentais e sociais, dentre os quais se destaca: o direito ao trabalho; o direito à imagem, vida privada, intimidade e honra; o direito ao meio ambiente de trabalho saudável e seguro; o direito à igualdade nas relações de emprego, direito este, inclusive, que impede a prática de atitudes discriminatórias; o direito à saúde; o direito ao lazer; o direito à liberdade de manifestação do pensamento; o direito à liberdade religiosa; e o direito à liberdade de associação profissional ou sindical.

6. A INFLUÊNCIA DA TECNOLOGIA NA NOVA ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

com o advento das novas tecnologias, relacionadas principalmente à robótica e à informática, bem como à introdução de novas formas de organização e gestão do trabalho, esperava-se que houvesse um desenvolvimento nas relações laborais e uma melhoria nas condições de trabalho, elevando-se a qualidade de vida do trabalhador. Todavia, não foi isso o que ocorreu.

A organização do trabalho, como bem explica João Batista Ferreira (2008, p. 116, se desdobra em duas dimensões, quais sejam: a divisão do trabalho e a divisão dos homens. A divisão do trabalho corresponde à divisão de tarefas e à repartição do modo operatório prescrito. A divisão dos homens, por sua vez, consiste na divisão das relações de poder e no desenho do sistema hierárquico. A organização do trabalho engloba, assim, uma organização horizontal, representada pela divisão de tarefas, e uma organização vertical, relacionada com o escalonamento hierárquico de poder.

Pressão para atingir metas, sobrecarga e ritmo acelerado e excessivo de trabalho, segregação dos funcionários, desconsideração de aspectos éticos e de segurança, sistema de premiações, divisão de tarefas, divisão do tempo, desenho da estrutura hierárquica, estratégias de controle e extrapolação da jornada de trabalho são algumas formas da atual organização do trabalho.

Marie-France Hirigoyen (2002, p. 188-190) aponta como principais características dessa nova organização laboral o estresse, a má comunicação, a padronização e a falta de reconhecimento. Com relação ao estresse, pontua a autora que o excesso de trabalho não é o responsável pelo assédio moral, mas sim o ambiente de trabalho no qual não existem regras internas, nem para comportamentos nem para métodos, e o poder dos chefes não tem limites. Além disso, a evolução das novas tecnologias obriga os trabalhadores a se enquadrarem constante e rapidamente às inovações informacionais, levando “a uma robotização das pessoas”.

A má comunicação, por sua vez, interfere negativamente nas relações entre os trabalhadores. Seja na comunicação verbal, seja através de e-mails, fala-se depressa e vai-se direto ao essencial. Ademais, as novas tecnologias pressupõem a utilização de uma linguagem “técnica” e “codificada”, que exclui os não iniciados. A comunicação mais rápida, em verdade, disfarça a incapacidade desses novos métodos de melhorar as relações interpessoais (HIRIGOYEN, 2002, p. 192). A padronização e a falta de reconhecimento, por outro lado, violam a liberdade de manifestação do pensamento do trabalhador, forçando-o, muitas vezes, a perder sua identidade (HIRIGOYEN, 2002, p. 198-199). As diferenças não são aceitas e as diversidades cada vez menos toleradas.

Exige-se da pessoa uma personalidade resiliente, ou seja, que resiste às adversidades, adaptando-se a um meio ambiente de trabalho perverso, haja vista que “mesmo depois de ‘queimada’, tal como no mito de fênix, é capaz de renascer das próprias cinzas, como se nada tivesse ocorrido, e continuar colaborando para a produção” (HELOANI, 2011, p. 261).

Nessa senda, infere-se que as inovações tecnológicas e informacionais transformaram a sociedade e a organização do trabalho. Por meio da robótica e da informática, tornou-se possível o aumento da produção e a melhoria da qualidade dos produtos e serviços. A nova organização laboral, todavia, conquanto tenha ampliado a produtividade, não melhorou as condições de trabalho. Os trabalhadores, submetidos a acelerados ritmos, sofrem cada vez mais com o estresse, com o controle do modo, forma e método de trabalho, com o comprometimento das relações interpessoais e, inclusive, com o desrespeito à diversidade. O assédio moral encontra no sujeito pós-moderno perverso e na estrutura empresarial desumana terreno fértil para o seu desenvolvimento, consolidando-se a cada dia nessa nova organização laboral.

6. CONCLUSÕES

Evidenciou-se, no presente artigo, que:

1. O assédio moral laboral consiste na tortura psicológica perpetrada por um conjunto de ações ou omissões, abusivas e intencionais, praticadas por meio de palavras, gestos e atitudes, de forma reiterada e prolongada, que atingem a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador, comprometendo o exercício do labor e, até mesmo, a convivência social e familiar.
2. Podem ser identificadas as seguintes modalidades de assédio moral: assédio moral discriminatório; assédio moral individual e assédio moral coletivo; assédio moral perverso ou imotivado e assédio moral estratégico ou motivado; e, por fim, assédio moral interpessoal e assédio moral organizacional.
3. O assédio moral organizacional consiste na tortura psicológica perpetrada por um conjunto de condutas abusivas e hostis, reiteradas e prolongadas, que estão inseridas na política organizacional e gerencial da empresa, dirigidas a todos os trabalhadores indistintamente ou a um determinado setor ou perfil de trabalhadores, cuja finalidade é exercer o controle sobre a coletividade e garantir o alcance dos objetivos institucionais, atingindo gravemente a dignidade, a integridade física e mental, além de outros direitos fundamentais do trabalhador.
4. O assédio moral organizacional é caracterizado pelos seguintes elementos: abusividade da conduta, habitualidade, contexto organizacional ou gerencial, natureza coletiva do público alvo, finalidade institucional e ataque à dignidade e aos direitos fundamentais do trabalhador.
5. As inovações tecnológicas e informacionais transformaram a sociedade e a organização do trabalho. Por meio da robótica e da informática, tornou-se possível o aumento da produção e a melhoria da qualidade dos produtos e serviços. A nova organização laboral, todavia, conquanto tenha ampliado a produtividade, não melhorou as condições de trabalho. Os trabalhadores, submetidos a acelerados ritmos, sofrem cada vez mais com o estresse, com o controle do modo, forma e método de trabalho, com o comprometimento das relações interpessoais e, inclusive, com o desrespeito à diversidade. O assédio moral encontra no sujeito pós-moderno perverso e na estrutura empresarial desumana terreno fértil

para o seu desenvolvimento, consolidando-se a cada dia nessa nova organização laboral

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Adriane Reis de. *O assédio moral organizacional*. São Paulo: LTr, 2012.
- AULER, Sabrina. Sob pressão: cobrança excessiva e metas de produção podem estar adoecendo os bancários. *Proteção*: revista mensal de saúde e segurança do trabalho, Novo Hamburgo, RS, Ano XXIII, Janeiro/2010.
- ÁVILA, Rosemari Pedrotti de. *As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho*. São Paulo: LTr, 2009.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. *Discriminação no trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- CASTRO, Cláudio Roberto Carneiro de. *O que você precisa saber sobre o assédio moral nas relações de emprego*. São Paulo: LTr, 2012.
- FERREIRA, João Batista. Violência e assédio moral no trabalho: patologias da solidão e do silêncio. In: SOBOLL, Lis Andréa Pereira (org.). *Violência psicológica no trabalho e assédio moral*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.
- GOSDAL, Thereza Cristina; SOBOLL, Lis Andrea Pereira, et al. Assédio moral organizacional: esclarecimentos conceituais e repercussões. In: SOBOLL, Lis Andrea Pereira; GOSDAL, Thereza Cristina. *Assédio moral interpessoal e organizacional*. São Paulo: Ltr, 2009.
- GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. São Paulo: LTr, 2003.
- HELOANI, Roberto. Quando alguém se mata no trabalho, o que está querendo dizer? In: BARRETO, Margarida; NETTO, Nilson Berenchtein; PEREIRA, Lourival Batista. *Do assédio moral à morte em si: significados do suicídio no trabalho*. 1. ed. São Paulo: Matsunaga, 2011.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *O assédio moral nas relações laborais e a tutela da dignidade humana do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2009.
- LORENZ, Konrad. *Sobre la agresión: el pretendido mal*. 8. ed. Madrid: Siglo XXI Editores, 2005.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Assédio moral em estabelecimentos bancários* (Cartilha). Brasília: Coordigualdade, 2013.
- MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. *Assédio moral coletivo nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2011.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção n.º 111 da OIT, sobre a Discriminação em matéria de Emprego e Profissão. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/472>> Acesso em: 26 jun. de 2017.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Coleção temas atuais: direito civil & direito do trabalho*. Belo Horizonte: Leitura-thi Editora Jurídica, 2005.
- PRATA, Marcelo Rodrigues. *Anatomia do assédio moral no trabalho: uma abordagem transdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2008.
- SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. A proibição do uso de barba no meio ambiente laboral: uma modalidade de discriminação estética. In: SILVA, Wanise Cabral; MISAILIDIS, Mirta Gladys Lerena Manzo de; BARBATO, Maria Rosaria (Org.). *Direito do Trabalho*. Florianópolis: FUNJAB, 2012.
- SINDICATO DOS BANCÁRIOS DA BAHIA. *Desrespeito no HSBC de Camaçari*. Disponível em: <<http://www.bancariosbahia.org.br/2012/index.php?menu=noticia&cod=11574>>. Acesso em: 04 maio 2014.
- SOBOLL, Lis Andréa Pereira. *Assédio moral/organizacional: uma análise da organização do trabalho*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.
- SOBOLL, Lis Andrea Pereira; EBERLE, André Davi, et al. Situações distintas do assédio moral. In: SOBOLL, Lis Andrea Pereira; GOSDAL, Thereza Cristina. *Assédio moral interpessoal e organizacional*. São Paulo: LTr, 2009.
- WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Assédio moral laboral e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2014.

A prescrição no acidente de trabalho e na doença ocupacional

Rodolfo Pamplona Filho*

Leandro Fernandez**

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Noções conceituais sobre prescrição. 3 Acidente de trabalho e doença ocupacional: compreensão. 4 O prazo prescricional das pretensões fundadas em hipóteses de acidente de trabalho ou doença ocupacional. 5 O termo inicial do prazo prescricional. 6 Conclusões. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

A prescrição é, sem exagero, um instituto cercado de divergências desde seus primórdios. Sua definição, a delimitação dos seus efeitos e a fixação de critérios de distinção em relação à decadência são temas que há muito estão presentes na literatura estrangeira e nacional.

Cabe-nos, aqui, analisar o instigante tema da prescrição de pretensões decorrentes de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais.

Para tanto, empreenderemos, previamente, breve exposição a respeito da delimitação conceitual da prescrição e do tratamento conferido ao instituto pelo Código Civil. É o que será realizado a seguir.

2. NOÇÕES CONCEITUAIS SOBRE PRESCRIÇÃO

A adequada compreensão da prescrição pressupõe o conhecimento da categoria jurídica da pretensão.

Pretensão é a “*posição subjetiva de poder exigir de outrem alguma prestação positiva ou negativa*”¹. A prescrição opera no plano da eficácia², suspendendo (ou encobrimdo, na linguagem de Pontes de Miranda) a eficácia da pretensão³.

Trata-se a pretensão de instituto de direito material, não sendo identificável com a ação processual.

Entretanto, no passado, as formulações teóricas em torno da prescrição frequentemente assumiam a premissa (equivocada) de identificação entre pretensão e ação (em sentido processual), conduzindo à conclusão de que a prescrição atingiria esta.

(*) Juiz Titular da 32ª Vara do Trabalho de Salvador/BA. Professor Titular de Direito Civil e Direito Processual do Trabalho da Universidade Salvador – UNIFACS. Professor Associado da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da UFBA – Universidade Federal da Bahia. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade Baiana de Direito. Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Máster em Estudios en Derechos Sociales para Magistrados de Trabajo de Brasil pela UCLM – Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha. Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Bahia. Membro e Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (antiga Academia Nacional de Direito do Trabalho – ANDT). Presidente da Academia de Letras Jurídicas da Bahia e do Instituto Baiano de Direito do Trabalho. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil, do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFam) e do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil).

(**) Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA. Diretor de Prerrogativas da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região – AMATRA VI (gestão 2018/2020). Professor. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho (IBDT).

1. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, §615, 1. “A pretensão, como se vê, constitui o grau de exigibilidade do direito (*subjetivo*) e a obrigação de submissão ao adimplemento. O direito, enquanto sem pretensão, não é exigível; apenas existe in potentia” (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia: 1ª parte*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 208).
2. “A prescrição não se passa no plano da existência da pretensão, nem no plano da validade do ato jurídico; é fato que ocorre no plano da eficácia, onde se pode perguntar se existe, ou se não existe o efeito prescricional, que é encobrimento da eficácia da pretensão, ou da ação” (grifo no original) (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, §694, 2). A expressão “ação” é utilizada, nesta passagem, em sentido material, não processual.
3. Veremos adiante que o Código Civil de 2002 adotou a ideia de que a prescrição extinguiria a pretensão, o que, com a devida vênia, não se revela como a opção teórica mais precisa, pelos motivos que serão oportunamente expostos.

A noção de prescrição da ação é claramente identificável nos arts. 177 e 178 do Código Civil de 1916⁴.

Na doutrina, Câmara Leal, um dos maiores expoentes brasileiros no estudo da prescrição, conceituava-a como a “*extinção de uma ação ajuizável, em virtude da inércia do seu titular durante um certo lapso de tempo, na ausência de causas preclusivas de seu curso*”⁵.

A confusão possui uma justificativa histórica, relacionada à ampla adoção da teoria concretista da ação, conforme esclarecem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

*De longa data, sabe-se, estão superadas as doutrinas da ação como direito concreto, pelo moderno conceito de ação como sendo direito subjetivo abstrato, totalmente independente do direito material. Esta evolução se deveu à obra de Wach, que demonstrou a fragilidade da teoria concreta, com a possibilidade do ajuizamento da ação declaratória negativa e com a verificação da ação infundada*⁶ (grifos no original).

E prosseguem os ilustrados autores:

*O direito de ação firmou-se como subjetivo e abstrato e completamente autônomo do direito substancial. Deles difere, também, a pretensão, que pode ser definida como a exigência da subordinação de um interesse alheio ao interesse próprio. A pretensão, resistida, ou insatisfeita, enseja a lide*⁷ (grifos no original).

Com efeito, o direito de ação é o direito público, subjetivo e abstrato de provocar a atuação do Estado para obtenção da tutela jurisdicional. Não está submetido, ele próprio, a prazo prescricional.

4. Cuidou-se, por outro lado, no Estatuto Privado de 2002, de evitar o equívoco, conforme se infere da leitura do seguinte excerto da sua Exposição de motivos: “*Ainda a propósito da prescrição, há um problema terminológico digno de especial ressaltar. Trata-se de saber se prescreve a ação ou a pretensão. Após amadurecidos estudos, preferiu-se a segunda solução, por ser considerada a mais condizente com o Direito Processual contemporâneo, que de há muito superou a teoria da ação como simples projeção de direitos subjetivos. É claro que nas questões terminológicas pode haver certa margem de escolha opcional, mas o indispensável, num sistema de leis, é que, eleita uma via, se mantenha fidelidade ao sentido técnico e unívoco atribuído às palavras, o que se procurou satisfazer nas demais seções do Anteprojeto*”.

5. LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 12.

6. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de Direito Civil*. vol. I, tomo II: Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 359.

7. *Ibidem*, p. 359.

Assentada essa premissa, podemos avançar à delimitação conceitual da prescrição.

A **prescrição** consiste em ato-fato jurídico caducificante cujo suporte fático é composto pela inação do titular do direito em relação a uma pretensão exigível e pelo decurso do tempo fixado em lei⁸. Com a oposição da exceção (em sentido material) da prescrição ou, na atualidade, sua pronúncia *ex officio*, encobre-se a eficácia da pretensão⁹. Não há, entretanto, extinção do direito¹⁰, da ação processual ou da própria pretensão.

A percepção de que a prescrição não extingue o direito nem a pretensão confere sentido a duas questões jurídicas relevantes.

Se a prescrição extinguisse a pretensão, teríamos, na *renúncia* à prescrição, um direito que permaneceria desprovido de pretensão e, pois, de exigibilidade, o que alijaria a figura da renúncia de efeitos concretos. O devedor renunciaria à prescrição, mas o credor não poderia dele exigir a prestação. Daí afirmar Pontes de Miranda que, com “*a prescrição, não se extinguiu a pretensão e, pois, não morreu a obrigação: ambas continuaram. Pretensão e*

8. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, § 665, 1 e 3. Vide, ainda: “*Os atos-fatos jurídicos caducificantes (casos de caducidade sem ilicitude) concretizam-se naquelas situações que constituem fatos jurídicos, cujo efeito consiste na extinção de determinado direito e, por consequência, da pretensão, da ação e da exceção dele decorrentes, como ocorre na decadência e na preclusão, ou no encobrimento somente da pretensão, da ação ou da exceção, conforme acontece na prescrição, independentemente de ato ilícito de seu titular. (...) Essas hipóteses em que a caducidade se dá independentemente de ato culposos, e, portanto, não constitui eficácia de ato ilícito, configuram atos-fatos jurídicos, uma vez que não se leva em consideração qualquer elemento volitivo como determinante da omissão (= inação) de que resultam. O suporte fático do fato jurídico que tem por efeito a caducidade sem culpa é constituído, geralmente, por dois elementos: transcurso de determinado lapso de tempo (= fato) + inação do titular do direito (= ato). Se houve ou não vontade quanto à omissão, é dado absolutamente irrelevante; importa, apenas, o transcurso do tempo sem ação do titular do direito, o que caracteriza, precisamente, o ato-fato*” (grifos no original) (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 200 e 202).

9. *Ibidem*, § 691, 1.

10. “*Quando se diz que ‘prescreveu o direito’, emprega-se elipse reprovável, porque em verdade se quis dizer que o ‘direito teve prescrita a pretensão (ou a ação), que dele se irradiava, ou teve prescritas todas as pretensões (ou ações) que dele se irradiavam. Quando se diz ‘dívida prescrita’ elipticamente se exprime ‘dívida com pretensão (ou ação) prescrita’; portanto dívida com pretensão encobridel (ou já encoberta) por exceção de prescrição*” (*Ibidem*, § 662, 6). Registramos que Pontes de Miranda, aqui, ao empregar o vocábulo “ação”, refere-se à ação em sentido material (relacionada à impossibilidade do direito), não à ação em sentido processual.

*obrigação são efeitos; a prescrição só se passa no plano da eficácia: torna-a encobrável; alegada, encobre-a. Com a renúncia, o devedor fá-la não encobrável*¹¹.

Da mesma maneira, se a prescrição importasse na extinção do direito e da pretensão, o devedor que efetuasse o pagamento de dívida prescrita realizaria *pagamento indevido*, podendo postular a *repetição*. Não é isso, todavia, que ocorre, não sendo cabível repetição do indébito por adimplemento de dívida cuja pretensão está prescrita, regra prevista no art. 970 do Código Civil de 1916 e no art. 882 do Diploma Civil de 2002. Novamente invocando o magistério de Pontes de Miranda, há de se reconhecer que tal preceito não decorre apenas da previsão legal, mas da própria lógica do instituto da prescrição¹².

Respeitadas as variações de enfoque conferidas por cada autor, é possível afirmar que há razoável consenso na doutrina clássica¹³ acerca dos requisitos da prescrição: a inércia do titular do direito em relação a uma pretensão exigível e o decurso do tempo fixado em lei. A existência de boa-fé do

devedor, fator previsto no Livro IV¹⁴ das Ordenações Filipinas como imprescindível para a fluência do prazo prescricional, perdeu sua relevância com o passar do tempo, sendo declarada indiferente já na Consolidação das Leis Civis¹⁵ de Teixeira de Freitas.

O primeiro pressuposto evidencia que somente é possível cogitar-se da deflagração do prazo prescricional a partir da exigibilidade¹⁶ do direito. Fala-se, neste momento, na existência da *actio nata*¹⁷.

Violado o direito, surge a pretensão, iniciando-se, então, o prazo prescricional. Nessa ordem de ideias, assenta Pontes de Miranda que a “*prescrição inicia-se ao nascer a pretensão; portanto, desde que o titular do direito pode exigir o ato, ou a omissão. A pretensão supõe o direito, que é prius; pode ser posterior a ele, e.g., se há dia para o vencimento e exigibilidade*”¹⁸.

11. *Ibidem*, § 695, 6.

12. “O devedor que paga a dívida não pode repetir o pagamento: tornou não encobrável a eficácia do fato jurídico, ou a descobriu, se já alegada, e ao mesmo tempo solveu a dívida, ou satisfaz a pretensão. O que apenas renuncia à prescrição faz inencobrável a eficácia; e deixa para momento posterior solver a dívida ou satisfazer a pretensão” (*Ibidem*, § 695, 6).

13. Vide, por exemplo: “Os requisitos da prescrição se reduzem a dois: a negligência ou inação do titular do direito e o decurso do tempo” (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, p. 290). “Quatro são os elementos integrantes, ou condições elementares, da prescrição: 1º – existência de uma ação exercitável (*actio nata*); 2º – inércia do titular da ação pelo seu não exercício; 3º – continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; 4º – ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional” (LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 11). “Três são os requisitos da prescrição extintiva: a) inércia do credor; b) o decurso do tempo; c) a invocação dela por qualquer interessado, requisito esse que, em casos especiais, não se exige, como mais adiante será evidenciado. É dispensável o requisito da boa-fé” (SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista prático*. v. III. 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 372). “A prescrição ocorre quando o seu suporte fático se compõe. No suporte fático da exceção, é preciso que estejam: a) a possibilidade da pretensão ou ação (não é necessário que exista a pretensão ou ação, razão por que o que não é devedor, mas é apontado como tal, pode alegar a prescrição, exercer, portanto, o *ius exceptionis temporis*); b) a prescribibilidade da pretensão ou da ação; c) o *tempus* (transcurso do prazo prescricional), sem interrupção, e vazão de exercício pelo titular da pretensão ou da ação” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, §665, 1).

14. Título LXXIX. Se alguma pessoa fôr obrigada à outra em alguma certa cousa, ou quantidade, por razão de algum contracto, ou quase-contracto, poderá ser demandado até trinta annos, contados do dia, que essa cousa, ou quantidade haja de ser paga, em diante. E passados os ditos trinta annos, não poderá ser mais demandado por essa cousa ou quantidade; por quanto por a negligencia, que a parte teve, de não demandar em tanto tempo sua cousa, ou divida, havemos por bem, que seja prescripta a acção, que tinha para demandar. Porém esta Lei não haverá lugar nos devedores, que tiverem má fé porque estes taes não poderão prescrever per tempo algum, por se não dar occasião de peccar, tendo o alheo indevidamente.

15. Art. 854. Nesta prescripção, só motivada pela negligencia do credor, não se-exige o requisito da bôa fé.

16. “É nesse termo que há nascimento da pretensão e, de regra com ele, ação nascida, *actio nata*. Antes, não, e qualquer referênciã seria a ação *nondum nata*” (ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no Código Civil de 2002*. 4 ed. rev., ampl. e atual. Campinas: Servanda Editora, 2008, p. 604).

17. A locução *actio nata*, como é intuitivo, encontra sua origem no direito romano. Seu uso é amplamente difundido até a atualidade. Deve o leitor manter-se atento, apenas, para não ser induzido a, em razão da terminologia, associar a figura à ação em sentido processual, pelas razões expostas anteriormente.

18. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., §665, 7. “Mas há um ponto que deve ficar bem ressaltado, porque interessa fundamentalmente às conclusões do presente estudo: os vários autores que se dedicaram à análise do termo inicial da prescrição fixam esse termo, sem discrepância, no nascimento da ação (*actio nata*), determinado, tal nascimento, pela violação de um direito. Savigny, por exemplo, no capítulo da sua monumental obra dedicado ao estudo das condições da prescrição, inclui, em primeiro lugar, a *actio nata*, e acentua que esta se caracteriza por dois elementos: a) existência de um direito atual, suscetível de ser reclamado em juízo; e b) violação desse direito” (AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis in MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: Direito Civil*, Parte Geral. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 38). Sobre o tema, registre-se, ainda, a ponderação de Ísis de

Essa diretriz foi consagrada no **art. 189¹⁹ do Código Civil de 2002**, estando explicitada, também, no **Enunciado n.º 14²⁰ das Jornadas de Direito Civil**.

Assentadas as necessárias premissas conceituais, impõe-se o avanço à compreensão dos contornos conceituais do acidente de trabalho e da doença ocupacional.

3. ACIDENTE DE TRABALHO E DOENÇA OCUPACIONAL: COMPREENSÃO

A partir da disciplina veiculada pelos arts. 19 a 21 da Lei n.º 8.213/91, é possível identificar três modalidades de infortúnios relacionados ao trabalho: o acidente típico, as doenças ocupacionais e os acidentes por equiparação.

Valendo-nos da sistematização elaborada pelo Ministro Cláudio Brandão em trabalho de profundo fôlego acadêmico, podemos apresentar as seguintes distinções entre o acidente e as doenças ocupacionais:

a) o acidente é caracterizado, em regra, pela subitaneidade e violência, ao passo que a doença decorre de um processo que tem certa duração, embora se desencadeie num momento certo, gerando a impossibilidade do exercício das atividades do empregado;

b) no acidente a causa é externa, enquanto a doença, em geral, apresenta-se internamente, num processo silencioso peculiar às moléstias orgânicas do homem;

c) o acidente pode ser provocado intencionalmente, ao passo que a doença não, ainda que seja possível a simulação pelo empregado;

d) no acidente a causa e o efeito, em geral, são simultâneos, enquanto na doença o mediatismo é a sua característica²¹.

O **acidente típico** consiste em “um evento, em regra, súbito, ocorrido durante a realização do trabalho por conta alheia, que acarreta danos físicos ou psíquicos à pessoa do empregado, capazes de gerar a morte ou a perda, temporária ou permanente, de sua capacidade laboral²²”.

A figura da **doença ocupacional** é gênero abrangente da doença profissional e da doença do trabalho.

Doença profissional (“*ergopatias, tecnopatias, idiopatias, doenças profissionais típicas, doenças profissionais verdadeiras ou tecnopatias propriamente ditas*”²³) é “aquela peculiar a determinada atividade ou profissão”, vindo a “produzir ou desencadear certas patologias, sendo certo que, nessa hipótese, o nexo causal da doença com a atividade é presumido²⁴”.

Por sua vez, a **doença do trabalho** (“*mesopatias, moléstias profissionais atípicas, doenças indiretamente profissionais, doenças das condições de trabalho, enfermidades profissionais indiretas, enfermidades profissionais impropriamente tidas como tais ou doenças do meio*”²⁵), “apesar de igualmente ter origem na atividade do trabalhador, não está vinculada necessariamente a esta ou aquela profissão. Seu aparecimento decorre da forma em que o trabalho é prestado ou das condições específicas do ambiente de trabalho²⁶”.

A seu turno, os **acidentes por equiparação** encontram-se previstos no rol de situações heterogêneas contido no art. 21 da Lei n.º 8.213/91.

É relevante registrar que a ocorrência de alguma das hipóteses indicadas nos mencionados dispositivos legais importará no reconhecimento do acidente de trabalho (*lato sensu*) para fins previdenciários, não necessariamente ensejando a responsabilidade civil do empregador, a qual apenas existirá se presentes seus pressupostos (conduta, nexo de causalidade, dano, podendo ou não exigir-se a presença de culpa, de acordo com

Almeida: “Diante das observações supra, não é difícil concluir que não se inserem no campo da prescrição nem os direitos futuros, entre os quais se incluem o direito condicional e o direito eventual, nem, por muito mais forte razão, uma expectativa de direito. E isso porque não é lícito reprovar (ou punir) o credor, por não ter agido numa época em que continuava na incerteza de seu direito, tendo em vista que a exigibilidade dele dependia da ocorrência de fato (ou de condição) ainda não verificado (...). Seria um absurdo perder-se um direito antes que pudesse ser exercido” (ALMEIDA, Ísis de. *Manual da prescrição trabalhista*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1990, p. 28).

19. Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206.
20. Enunciado n.º 14. 1) O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo; 2) o art. 189 diz respeito a casos em que a pretensão nasce imediatamente após a violação do direito absoluto ou da obrigação de não fazer.

21. BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 165.

22. *Ibidem*, p. 132.

23. BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 166.

24. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 50.

25. BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 168.

26. OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Op. cit., p. 50.

o enquadramento num caso de responsabilidade subjetiva ou objetiva).

Tratando-se de acidente de trabalho ou doença ocupacional passível de responsabilização patronal, é possível a formulação de uma série de postulações decorrentes de diversas lesões: danos materiais (dano emergente, lucro cessante), danos morais, perda de uma chance, dano estético, dano sexual²⁷, dano biológico, dano à saúde²⁸...

Sob a perspectiva jurídica uma das mais tormentosas questões envolvidas na apreciação de lides decorrentes de acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais refere-se à prescrição, temática objeto de análise a seguir.

4. O PRAZO PRESCRICIONAL DAS PRETENSÕES FUNDADAS EM HIPÓTESES DE ACIDENTE DE TRABALHO OU DOENÇA OCUPACIONAL

Quanto ao prazo prescricional para o exercício das pretensões decorrentes de acidente de trabalho ou doença ocupacional, as divergências doutrinárias foram agravadas por razões de competência jurisdicional.

A apreciação das lides entre obreiro e empregador decorrentes de acidente de trabalho (*lato sensu*) foi inserida no âmbito de competência da Justiça do Trabalho com a Emenda Constitucional n.º 45/04²⁹, o que somente veio a ser reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do **Conflito de Competência n.º 7204**³⁰, em

27. Vide, por exemplo, a Apelação 9079708-44.2003.8.26.0000, Tribunal de Justiça de São Paulo, 9ª Câmara de Direito Público, Relator Desembargador Gonzaga Franceschini, Data do julgamento: 19/08/2009, decisão mencionada em SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013, p. 225. Saliente-se que, *no decisum*, não consta expressamente a locução “dano sexual”, a qual viria a ser utilizada pela doutrina para identificar a lesão à integridade física da pessoa que inviabiliza a fruição (por ela própria ou seu parceiro) de uma vida sexual regular.

28. Em perspectiva crítica à criação de nomenclaturas específicas aos denominados “novos danos indenizáveis”: “A prática da adjetivação de danos parece não apenas ser atécnica, mas também perigosa, resultando não numa ampliação da proteção à pessoa, mas uma redução. Ao se enumerar todas as situações merecedoras de tutela, dando nomes próprios a cada dano decorrente delas, corre-se o risco de entender que um dano, quando não esteja dentro das hipóteses enumeradas, não mereça proteção, restringindo, portanto, a tutela à pessoa. A dignidade não comporta limitações, bem como, qualquer dano que a ofenda. (...) O caminho a se seguir parece ser o de entender a dignidade como um valor unitário inerente a todo o ser humano, que não admite fracionamento ou enumeração. Dentro desta concepção, tendo em mente que qualquer lesão à pessoa em sua dignidade caracteriza-se como dano moral, permite-se que a cláusula geral de proteção à dignidade humana funcione de maneira aberta, porosa, adequando-se às mais diversas situações de risco” (PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. *A Torre de Babel das novas adjetivações do dano*. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3477>).

29. Após analisar a evolução da legislação anterior à Constituição Cidadã sobre a matéria, destacando a ressalva contida no art. 142, §2º, da Constituição de 1967, manifesta-se o Ministro Cláudio Brandão: “O cenário jurídico-constitucional, contudo, sofreu significativa mudança com o advento da Carta Constitucional de 1988, em virtude da supressão da regra excepcionadora, o que autorizaria a concluir-se que, a partir de então, as demandas passaram a ser da competência da Justiça do Trabalho” (BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p. 365).

30. “CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-) EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária – haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa –, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, não de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do *Magno Texto*. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF,

29/06/2005. Na oportunidade, em modulação dos efeitos da decisão, esclareceu a Suprema Corte que “as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, não de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então”.

É interessante observar que o reconhecimento da nova competência deflagrou acesa discussão em torno do prazo prescricional não apenas quanto ao tema em si (uma vez que a Justiça Comum aplicava, até então, o prazo do Código Civil), como também reavivou os debates em relação às pretensões de pagamento de indenização por danos morais em geral.

Após anos de divergências em todas as instâncias do Judiciário Trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou a matéria, quando da apreciação do E-RR 2700-23.2006.5.10.0005³¹, sob a relatoria do Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, estabelecendo os seguintes parâmetros:

a) ocorrência do termo inicial³² da prescrição a partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/04 (30/12/ 2004):

por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho” (CC 7204, Relator Ministro Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2005).

31. “RECURSO DE EMBARGOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL E MATERIAL. DOENÇA PROFISSIONAL. EMPREGADO APOSENTADO POR INVALIDEZ. LESÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DO CC. AÇÃO AJUIZADA APÓS A EDIÇÃO DA EC 45/2004. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. *Necessário examinar a prescrição da pretensão a indenização por dano moral, em face de acidente de trabalho, quando o reconhecimento da lesão é anterior à vigência do Código Civil de 2002 (vigência a partir de 11 de janeiro de 2003), em 13.4.2001 e a ação trabalhista foi ajuizada após a vigência da EC 45/2004, em 17.1.2006. Diante da tese da c. Turma de que o marco para verificação da doença profissional deve se dar pela data da concessão de aposentadoria por invalidez, é de se aplicar a regra de transição, para consagrar a prescrição trienal, no presente caso, conforme determinam os arts. 206, §3º, c/c 2.028 do Código Civil de 2002, iniciando-se a contagem em 11.1.2003, data da vigência do novo Código. Se a prescrição começou a correr, da data da lesão, antes da EC 45, não é possível aplicar-se a prescrição trabalhista, sob pena de ferimento ao princípio da segurança jurídica, sendo relevante para o exame da prescrição que se observe a data da lesão, com o fim de estabilização das relações jurídicas. Embargos conhecidos e desprovidos” (E-RR 2700-23.2006.5.10.0005, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 22/05/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 22/08/2014).*

32. A questão da definição do termo inicial do prazo prescricional será examinada adiante.

aplicação do prazo prescricional trabalhista (cinco anos no curso do contrato, observado o biênio posterior à cessação do vínculo);

b) ocorrência do termo inicial da prescrição antes da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/04 (30/12/2004):

b.1) a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11/01/2003): prescrição trienal (CC/02, art. 206, §3º, inciso V);

b.2) antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11/01/2003), aplicação da **regra de transição** prevista no art. 2.028³³ do CC/02:

b.2.1) se, em 11/01/2003, houver decorrido mais de dez anos de fluência do prazo, manutenção da prescrição vintenária prevista no art. 177 do CC/16 (contada, obviamente, a partir do seu termo inicial);

b.2.2) se, em 11/01/2003, não houver decorrido mais de dez anos de fluência do prazo, aplicação da prescrição de três anos (CC/02, art. 206, §3º, inciso V), contados a partir de 11/01/2003.

Como se observa, o critério adotado acaba por vincular a competência ao prazo prescricional, interpretação que, com a devida vênia, não se mostra tecnicamente a mais adequada. A definição do prazo de prescrição não está atrelada ao órgão julgador, mas à natureza jurídica da relação e, de acordo com a disciplina legal, às partes nela envolvidas. Em verdade, sob essa ótica, desde sempre o prazo deveria ter sido o trabalhista.

No entanto, é inegável que a exegese adotada pelo TST visava a solucionar problemas concretos e um grave quadro de insegurança jurídica, evitando, ainda, que as partes fossem surpreendidas com a alteração do prazo de prescrição. Sem dúvida, sob a perspectiva da responsabilidade institucional e do papel uniformizador e pacificador de controvérsias da Corte, a decisão foi louvável.

A Orientação Jurisprudencial n.º 5, item IV, da Segunda Turma do Tribunal Regional do

33. Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.

Trabalho da 9ª Região sistematiza (com sutil diferença apenas em relação à data de início da aplicação da prescrição trabalhista) os critérios definidos pelo TST:

IV – Prazo. Os prazos prescricionais para a pretensão de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente de trabalho ou doença a ele equiparada observarão os seguintes parâmetros:

a) termo inicial ocorrido até 10.01.1993: prescrição de 20 anos (art. 177 do CCB/1916), não incidindo regra de transição (art. 2028, CCB 2002);

b) termo inicial ocorrido entre 11.01.1993 e 10.01.2003: prescrição de 3 anos (art. 206, § 3º, V, do CCB/2002), com início da contagem a partir da vigência do novo Código Civil, por incidência da regra de transição (art. 2028 do CCB 2002);

c) termo inicial ocorrido entre 11.01.2003 e 31.12.2004: prescrição de 3 anos (art. 206, V, do CCB 2002), mesmo que a ação tenha sido ajuizada após a vigência da EC 45/2004 e perante a Justiça do Trabalho;

d) termo inicial ocorrido a partir de 01.01.2005: prescrição de 5 anos, até o limite de 2 anos após a extinção do contrato de trabalho (art. 7º, XXIX, da CF/1988), tendo em vista as alterações introduzidas pela EC 45/2004.

Também no sentido da aplicação da prescrição trabalhista após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/04 são o **Enunciado n.º 420³⁴ das Jornadas de Direito Civil**, a **Súmula n.º 91³⁵ do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região**, a **Súmula n.º 102³⁶ do Tribunal Regional do Trabalho da**

34. 420. Não se aplica o art. 206, § 3º, V, do Código Civil às pretensões indenizatórias decorrentes de acidente de trabalho, após a vigência da Emenda Constitucional n. 45, incidindo a regra do art. 7º, XXIX, da Constituição da República.

35. Súmula n.º 91 – PRESCRIÇÃO. ACIDENTE DO TRABALHO OU DOENÇA A ELE EQUIPARADA. Aplica-se o prazo prescricional previsto no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal à pretensão de pagamento de indenização por danos patrimoniais e extrapatrimoniais decorrentes de acidente de trabalho ou de doença a ele equiparada ocorridos após a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004.

36. 102. ACIDENTE DE TRABALHO OU DOENÇA A ELE EQUIPARADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. I – As ações indenizatórias decorrentes de acidente de trabalho ou doença a ele equiparada em que a ciência inequívoca da lesão ocorreu antes da Emenda Constitucional n. 45/2004 estão sujeitas ao prazo prescricional previsto no Código Civil, observadas as regras de direito intertemporal. II – Para as ações cuja ciência inequívoca ocorreu após a Emenda Constitucional n. 45/2004, o prazo a ser observado é o de cinco anos, respeitado o limite de dois anos a contar do término do vínculo de emprego (art. 7º, XXIX, da CF).

12ª Região e a Súmula n.º 70³⁷ do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

A **Súmula n.º 4³⁸ do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região** proclama a inviabilidade de aplicação da prescrição trabalhista em ações ajuizadas anteriormente ao advento da EC n.º 45/04.

O **Enunciado n.º 45³⁹ da Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho** acolhe a tese da aplicação do prazo geral de prescrição previsto no Código Civil, tema que já foi analisado quando da abordagem a respeito da indenização por danos morais.

Superada a questão da definição do prazo, cumpre avançar para um tema que gerou (e prossegue gerando) severas divergências doutrinárias e jurisprudenciais: a **identificação do dies a quo⁴⁰** do prazo prescricional nas pretensões decorrentes de acidente de trabalho ou doença ocupacional.

5. O TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL

Ao abordar a temática do termo inicial do prazo de prescrição nas hipóteses em análise, uma primeira referência importante é o **Enunciado n. 230 da Súmula de Jurisprudência Predominante do**

37. 70. ACIDENTE/DOENÇA DO TRABALHO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA LESÃO POSTERIOR À 30/12/2004. VIGÊNCIA DA EC 45/2004. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO TRABALHISTA. Aplica-se a prescrição trabalhista a que alude o art. 7º, XXIX, da CF/88, bienal ou quinquenal, a depender do caso, às pretensões indenizatórias decorrentes de acidente/doença do trabalho quando a ciência inequívoca da lesão ocorrer após 30/12/2004, quando já vigorava a EC 45/2004.

38. 4. Nos processos em que se discute indenização por dano, remetidos pela Justiça Estadual, em observância ao que determina a Emenda Constitucional Nº 45/2004, não incide o prazo prescricional previsto no artigo 7º, XXIX da Constituição Federal e no artigo 11 da CLT.

39. 45. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. A prescrição da indenização por danos materiais ou morais resultantes de acidente do trabalho é de 10 anos, nos termos do artigo 205, ou de 20 anos, observado o artigo 2.028 do Código Civil de 2002.

40. Vale lembrar, a propósito, a ponderação do mestre Orlando Gomes, meditando acerca do delicado problema da identificação do termo inicial do prazo prescricional: “Para que o prazo possa calcular-se corretamente, interessa determinar o momento exato em que a prescrição começa a correr. A regra intuitiva é de que seu início coincide com o instante em que a pretensão pode ser exercida (actioni nondum natae non praescribitur). A dificuldade reside, porém, na fixação desse momento” (grifos no original) (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20 ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 386).

Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “A prescrição da ação de acidente do trabalho conta-se do exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade”.

O verbete veicula um direcionamento inicial quanto à matéria, evidenciando não ser possível considerar, *a priori*, como termo inicial da prescrição a data de surgimento dos primeiros sintomas de doença ou da expedição da CAT ou mesmo a data da concessão do auxílio-doença.

Em relação a alguns acidentes de trabalho, já é possível concluir de maneira definitiva no tocante às suas repercussões sobre a capacidade laborativa no próprio dia da sua ocorrência⁴¹. Por outro lado, os efeitos de outros acidentes apenas são passíveis de precisa delimitação com o decurso de algum tempo⁴². Assim, quanto aos acidentes típicos, o enunciado possui o mérito de não estabelecer, de maneira absoluta, o dia do evento como o termo inicial da prescrição.

No que diz respeito às doenças ocupacionais, é sabido que, em inúmeras situações, seu desenvolvimento ocorre de maneira progressiva, afetando paulatinamente a integridade física e a capacidade para o trabalho⁴³.

Relativamente a esses casos e aos de acidentes típicos cujos efeitos somente podem ser identificados com o passar do tempo, o verbete possui uma grave dificuldade: o “*exame pericial que comprovar a enfermidade ou verificar a natureza da incapacidade*” é realizado, em inúmeras hipóteses, antes da estabilização das repercussões do infortúnio sobre a saúde e a capacidade laboral do obreiro, refletindo apenas um quadro inicial e precário da doença ou dos efeitos do acidente. Logo, a utilização de tal parâmetro redundava frequentemente no reconhecimento da

deflagração do prazo prescricional antes mesmo da consolidação da lesão a ser compensada e, portanto, da ciência do trabalhador quanto ao seu real estado de saúde, o que colide frontalmente com a teoria da *actio nata*.

Visando a compatibilizar o marco de início da contagem da prescrição com tal teoria, o **Superior Tribunal de Justiça** editou o **Enunciado nº 278 da sua Súmula de Jurisprudência**, com a seguinte redação: “*O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral*”.

A Alta Corte Trabalhista tem acolhido o critério consagrado pelo STJ, o qual se encontra explicitado, também, no **Enunciado nº 46⁴⁴ da Jornada de Direito e Material e Processual do Trabalho**, no **Enunciado nº 579⁴⁵ das Jornadas de Direito Civil**, na **Súmula nº 32, item I⁴⁶, do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região** e na **Súmula nº 63⁴⁷ do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região**.

A grande questão que se apresenta é: quando, efetivamente, haverá a ciência inequívoca da incapacidade laboral?

No julgamento do E-RR 92300-39.2007.5.20.0006⁴⁸, sendo Redator Designado para o acórdão o

41. “*Há lesões instantâneas com resultados instantâneos, a exemplo da queda do alto de um andaime que causa dor física, nada mais*” (CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho: Curso e Discurso*. São Paulo: LTr, 2016, p. 105).

42. “*A título de ilustração, os braços e pernas esmagados por prensas mecânicas podem causar lesão e desconforto progressivos, nascendo o interesse de reparação muito após a dor da amputação, ou somente quando a necrose ou apoptose do membro parcialmente perdido não for mais suportável*” (Ibidem, p. 104).

43. “*Dos males oriundos da absorção do amianto, pode-se dizer que o derrame pleural no mesotelioma é comum e recidivante, podendo ressurgir quando passados mais de cinco anos da primeira vez em que foi diagnosticado; os sintomas da placa pleural podem revelar-se entre três e trinta anos; os da asbestose, de quinze a quarenta anos, pois curtos ou longos, às vezes muito longos, são os períodos de latência, tudo a fazer variado e incerto o tempo do diagnóstico definitivo*” (Ibidem, p. 104).

44. 46. ACIDENTE DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. O termo inicial do prazo prescricional da indenização por danos decorrentes de acidente do trabalho é a data em que o trabalhador teve ciência inequívoca da incapacidade laboral ou do resultado gravoso para a saúde física e/ou mental.

45. 579. Nas pretensões decorrentes de doenças profissionais ou de caráter progressivo, o cômputo da prescrição iniciar-se-á somente a partir da ciência inequívoca da incapacidade do indivíduo, da origem e da natureza dos danos causados.

46. 32, I – A prescrição da pretensão de reparação de dano, defluente de acidente ou doença profissionais, tem seu marco inicial na data da ciência inequívoca da perda da capacidade laboral (súmulas 278/STJ e 230/STF).

47. 63. ACIDENTE DE TRABALHO. DOENÇA OCUPACIONAL. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM DO PRAZO. TERMO INICIAL. A contagem do prazo prescricional, nas ações que buscam a reparação dos danos decorrentes de acidente de trabalho ou de doença ocupacional a ele equiparada, inicia-se no momento em que o trabalhador tem ciência inequívoca da incapacidade laboral.

48. “*PRESCRIÇÃO. MARCO INICIAL. DANO MORAL E MATERIAL. INDENIZAÇÃO. DOENÇA OCUPACIONAL. LER/DORT. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA LESÃO. REVOGAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO. EMPREGADO REABILITADO. RETORNO AO TRABALHO 1. As doenças ocupacionais relacionadas às – Lesões por Esforço Repetitivo – e aos – Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho – LER/DORT – constituem típica síndrome associada ao trabalho, de acometimento progressivo da saúde do empregado, o que, por essa razão, dificulta a identificação do momento em que se dá a ciência*”

Ministro João Oreste Dalazen, a **SDI-I do TST definiu balizas** para a identificação desse momento:

- a) a data concessão da aposentadoria por invalidez;
- b) inexistindo aposentadoria por invalidez, a data em que o empregado retorna ao trabalho, seja totalmente reabilitado, seja readaptado em outra função⁴⁹.

Conquanto decisões da Corte proferidas posteriormente à mencionada supra indiquem que, com ela, houve pacificação do tema, é certo que vários acórdãos, da mesma época ou posteriores, adotam outros critérios para a definição do marco da ciência inequívoca da incapacidade: data da decisão de concessão da aposentadoria por invalidez⁵⁰; data

do trânsito em julgado da decisão de concessão da aposentadoria por invalidez⁵¹; data do trânsito em julgado de decisão em ação anterior, em que foram reconhecidos a existência de doença ocupacional e o direito à garantia provisória de emprego⁵².

Em todas essas hipóteses visualizadas na jurisprudência do TST, é inegável que o trabalhador não poderia alegar ignorância em relação à sua condição de saúde. Ocorre que, com a devida vênia, os critérios adotados não prestigiam a teoria da *actio nata*. A ciência inequívoca da incapacidade, em regra, existe desde momento anterior às balizas acolhidas no âmbito do TST.

Parece-nos que a matéria demanda reflexão à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Em junho de 2014, quando do julgamento do REsp 1.388.030, sob a sistemática dos recursos repetitivos, a Segunda Seção do STJ firmou seu entendimento a respeito do momento de ocorrência da ciência inequívoca:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEGURO DPVAT. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO CARÁTER PERMANENTE DA INVALIDEZ. NECESSIDADE DE LAUDO MÉDICO. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: 1.1. O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez. 1.2. Exceto nos casos de invalidez permanente notória, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez depende de laudo médico, sendo relativa a presunção de ciência. 2. Caso concreto: Inocorrência de prescrição, não obstante a apresentação de laudo elaborado quatro anos após o acidente. 3. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO (REsp 1388030/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 11/06/2014, DJe 01/08/2014).

Em razão da oposição de embargos declaratórios, o órgão fracionário pronunciou-se novamente sobre o tema, explicitando de maneira mais detalhada a tese esposada:

inequívoca da lesão ensejadora de danos moral e material, em sua completa extensão. 2. A fixação do marco inicial da contagem do prazo prescricional no tocante ao pleito de indenização por danos moral e material decorrentes do acometimento de LER/DORT demanda a identificação, caso a caso, do momento em que o empregado tomou conhecimento da real extensão da moléstia profissional. Desarrazoado exigir-se do empregado o exercício precoce do direito de ação se ainda não consolidada a extensão do dano durante a evolução da doença ou no curso de processo de reabilitação. 3. Na trilha desse entendimento, a jurisprudência da SbdI-1 do TST, reiteradamente, considera a concessão da aposentadoria por invalidez como marco inicial do prazo prescricional. Precedentes. 4. Se não há aposentadoria por invalidez, mas regresso do empregado às atividades laborais, após revogação do auxílio-doença previdenciário, o marco inicial do fluxo do prazo prescricional é a data em que o empregado retorna ao trabalho, seja totalmente reabilitado, seja readaptado em outra função, em virtude de incapacidade parcial para o trabalho. Somente a partir daí o empregado tem exata noção da extensão da lesão causada em virtude da doença profissional, em relação ao nível de gravidade, e, conseqüentemente, no tocante a virtuais limitações daí advindas. 5. Embargos de que se conhece, por divergência jurisprudencial, e a que se nega provimento" (E-RR 92300-39.2007.5.20.0006, Relator Ministro João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 12/09/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013).

49. Em sentido próximo, temos a *Súmula n.º 8 do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região: "ACIDENTE DE TRABALHO. DOENÇA OCUPACIONAL. PRESCRIÇÃO. Nos termos da Súmula 278 do STJ o prazo prescricional para o ajuizamento de ação indenizatória por acidente de trabalho ou doença ocupacional começa a fluir da ciência inequívoca da incapacidade laboral do segurado, que ocorrerá: a) a partir da concessão da aposentadoria pelo órgão previdenciário, quando o acidente ou a doença ocupacional resultam em aposentadoria por invalidez; b) da data em que cessou o auxílio doença/acidente previdenciário, quando há retorno ao trabalho, por alta médica; c) da data da juntada aos autos de ação indenizatória, do laudo pericial que reconheceu a existência de acidente ou doença ocupacional, quando o empregado retorna ao trabalho e continua com sequelas decorrentes do infortúnio".* Salientamos, a propósito, que a *Orientação Jurisprudencial n.º 5, itens II e III, da Segunda Turma do mesmo Regional* possui redação praticamente idêntica à do verbete anteriormente transcrito.
50. E-ED-RR 210200-43.2006.5.18.0003, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 08/08/2013,

Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 16/08/2013.

51. AIRR 2352-92.2012.5.02.0465, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Data de Julgamento: 28/09/2016, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/09/2016.
52. E-ED-RR 125300-90.2007.5.17.0013, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 18/05/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 02/06/2017.

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBSCURIDADE. OCORRÊNCIA. SANEAMENTO DO 'DECISUM'. 1 – ALTERAÇÃO DA TESE 1.2 DO ACÓRDÃO EMBARGADO NOS SEGUINTE TERMOS: “1.2. Exceto nos casos de invalidez permanente notória, ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez depende de laudo médico.” 2 – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, SEM EFEITOS INFRINGENTES” (EDcl no REsp 1388030/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 12/11/2014).

No teor do acórdão, foram fixadas ainda algumas relevantes noções:

- a) nem sempre em casos de lesão imediata haverá ciência inequívoca da lesão e de sua extensão (*“Interessante destacar que o fato de a invalidez permanente ser uma consequência imediata do acidente, não implica, necessariamente, ciência inequívoca da vítima. A perda do baço, por exemplo, somente chegará ao conhecimento de uma vítima leiga em Medicina se essa informação lhe for prestada por um médico. Nesses casos, ainda que a lesão seja imediata, a ciência da vítima só ocorrerá em momento posterior”*);
- b) o decurso do tempo ou a ausência de tratamento médico não são fatores capazes, isoladamente, de conduzir à conclusão de que a vítima possui ciência da consolidação da lesão, especialmente em um País em que, dramaticamente, o sistema público de saúde não oferece serviços com a prontidão que seria minimamente desejável, de modo que é possível que o sujeito conviva com o agravo à saúde sem ter, ainda, conhecimento da estabilização das repercussões do infortúnio (*“Essa questão deve ser contextualizada a realidade brasileira em que a maioria das vítimas se submetem a tratamento médico e fisioterápico custeado pelo SUS (Sistema Único de Saúde), que sabidamente é bastante demorado nesses casos em que não há mais risco de vida. Desse modo, o fato de a vítima não persistir no tratamento iniciado, não pode ser utilizado para fulminar seu direito à indenização, se não há previsão legal nesse sentido”*);
- c) na apreciação dos aclaratórios, a Ministra Maria Isabel Gallotti, em seu voto, exemplificou situações nas quais é possível que vítima possua inquestionavelmente ciência

da realidade do seu estado de saúde antes mesmo da produção de laudo médico (*“Mas há outras circunstâncias, passíveis de apuração na instrução e valoração pelo juízo de origem, como documentos, a própria confissão da parte, ou sua comprovada conduta incompatível com o desconhecimento da invalidez permanente, passíveis de aferição pelas instâncias ordinárias”*).

O posicionamento explicitado na apreciação do recurso repetitivo veio a ser consagrado no **Enunciado n.º 573 da Súmula de Jurisprudência** da Corte, com a seguinte redação: *“Nas ações de indenização decorrente de seguro DPVAT, a ciência inequívoca do caráter permanente da invalidez, para fins de contagem do prazo prescricional, depende de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução”*.

Os parâmetros adotados pelo Superior Tribunal de Justiça parecem-nos os mais adequados para a abordagem da questão.

Em regra, a ciência inequívoca ocorrerá quando da cientificação do obreiro em relação a laudo médico (produzido, por exemplo, na ação movida em face da autarquia previdenciária ou na reclamação ajuizada em face do empregador) que ateste a consolidação do agravo à saúde decorrente de acidente do trabalho ou doença ocupacional.

Se o laudo indicar, *verbi gratia*, que a doença possui desenvolvimento progressivo ou tempo de latência alongado (o que ocorre, por exemplo, com enfermidades decorrentes do contato com o amianto) ou que o acidente, por sua natureza, gera sucessivas repercussões negativas, estando em curso o agravamento da situação fisiológica do trabalhador, obviamente não será deflagrado o prazo prescricional. Diga-se o mesmo em relação às situações em que o laudo demonstra que, após o retorno ao trabalho, as condições de desempenho das atividades na empresa importam na piora da saúde do empregado, que, sob outras circunstâncias, já estaria completamente recuperado⁵³. Por isso, é muito importante que o Magistrado e os Advogados das partes formulem ao perito questionamentos a respeito da estabilização

53. *“E se a doença osteomuscular relacionada ao trabalho é agravada pelas condições de trabalho impostas ao empregado que já recebeu o inditoso diagnóstico de LER-DORT? A prevalecer a opinião de que o transcurso do prazo prescricional, a partir da ciência inequívoca da patologia, faz prescrita a pretensão reparatória, imuniza-se o empregador que*

ou não do estado de saúde do empregado, além, claro, da ocorrência ou não de incapacidade, de sua extensão e de seu caráter permanente ou temporário.

Excepcionalmente, é possível que o trabalhador tenha ciência da consolidação do seu quadro de saúde antes da produção do laudo médico, seja em razão da visualização imediata das consequências do evento danoso, seja em razão do acesso a essa informação por outros meios (imagine, por exemplo, a situação do obreiro que realiza exames particulares e descobre tal dado, mas não os acosta à reclamação trabalhista, vindo, porém, diante do Juiz, a admitir ter conhecimento do seu real estado de saúde).

Por essas razões, entendemos que os critérios de identificação do termo inicial do prazo prescricional consagrados pelo STJ são mais adequados à teoria da *actio nata*.

Assim, **em nossa visão**, acolhendo o raciocínio desenvolvido pelo Tribunal da Cidadania, a **ciência inequívoca da consolidação do estado de saúde do trabalhador**, para fins de contagem do prazo prescricional, depende de laudo médico, exceto nos casos de invalidez permanente notória ou naqueles em que o conhecimento anterior resulte comprovado na fase de instrução. Reiteramos, todavia, por dever de lealdade intelectual, não ser este o posicionamento do Tribunal Superior do Trabalho.

Assentadas essas premissas, vale recordar que o conhecimento da estabilização do quadro de saúde do obreiro pode ocorrer apenas **após a extinção do contrato de trabalho**. Nesse caso, o prazo prescricional será **bienal**, por força da incidência da parte final do inciso XXIX do art. 7º da CF/88.

6. CONCLUSÕES

Por fim, sintetizamos a seguir o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho:

1) Quanto ao prazo prescricional das pretensões fundadas em acidente do trabalho ou doença ocupacional:

- a) **ocorrência do termo inicial da prescrição a partir da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/04 (30/12/2004):** aplicação do prazo prescricional trabalhista (cinco anos no curso do contrato, observado o biênio posterior à cessação do vínculo);

b) ocorrência do termo inicial da prescrição antes da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/04 (30/12/2004):

- b.1) **a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11/01/2003):** prescrição trienal (CC/02, art. 206, §3º, inciso V);

- b.2) **antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002 (11/01/2003),** aplicação da **regra de transição** prevista no art. 2.028 do CC/02:

- b.2.1) **se, em 11/01/2003, houver decorrido mais de dez anos** de fluência do prazo, manutenção da prescrição vintenária prevista no art. 177 do CC/16 (contada, obviamente, a partir do seu termo inicial);

- b.2.2) **se, em 11/01/2003, não houver decorrido mais de dez anos** de fluência do prazo, aplicação da prescrição de três anos (CC/02, art. 206, §3º, inciso V), contados a partir de 11/01/2003.

2) **O termo inicial do prazo prescricional dá-se com a ciência inequívoca da consolidação do estado de saúde do trabalhador, o que se verifica, de acordo com a visão predominante na Corte:**

- a) na data concessão da aposentadoria por invalidez;
- b) inexistindo aposentadoria por invalidez, na data em que o empregado retorna ao trabalho, seja totalmente reabilitado, seja readaptado em outra função;
- c) há decisões que fixam o *dies a quo* na data da decisão de concessão da aposentadoria por invalidez, na data do trânsito em julgado da decisão de concessão da aposentadoria por invalidez e na data do trânsito em julgado de decisão em ação anterior, em que foram reconhecidos a existência de doença ocupacional e o direito à garantia provisória de emprego.

BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA, Ísis de. *Manual da prescrição trabalhista*. 2 ed. São Paulo: LTr, 1990.
- ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no Código Civil de 2002*. 4 ed. rev., ampl. e atual. Campinas: Servanda Editora, 2008.

persevera na exposição do empregado aos fatores de risco que o fizeram adoecer, quando lhe devia oferecer terapia e procedimento de reabilitação" (CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho: Curso e Discurso*. São Paulo: LTr, 2016, p. 104).

- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis in MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui (Org.). *Coleção doutrinas essenciais: Direito Civil*, Parte Geral. v. 5. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.
- BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do trabalho e responsabilidade civil do empregador*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2015.
- CARVALHO, Augusto César Leite de. *Direito do Trabalho: Curso e Discurso*. São Paulo: LTr, 2016.
- FERNANDEZ, Leandro; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Tratado da Prescrição Trabalhista: Aspectos Teóricos e Práticos*. São Paulo: LTr, 2017.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 20 ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2002. Atualizado por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia: 1ª parte*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Tomo V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- _____. *Tratado de Direito Privado: Parte Geral*. Tomo VI. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de Direito Civil*. vol. I, tomo II: Parte Geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional*. 6 ed. São Paulo: LTr, 2011.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ANDRADE JÚNIOR, Luiz Carlos Vilas Boas. *A Torre de Babel das novas adjetivações do dano*. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3477>.
- SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado: principalmente do ponto de vista prático*. v. III. 7 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2 ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2013.

Análise econômica do direito: o uso do argumento econômico na decisão judicial

Ronaldo Nunes Ferreira*

RESUMO: Trata-se de uma abordagem teórica, mas de alcance prático, fundada na metodologia da Análise Econômica do Direito-AeD, voltada à interação entre a Ciência Jurídica e a Ciência Econômica, especialmente na aplicação dos métodos, postulados e ferramentas da Economia à Ciência do Direito. O uso do argumento econômico para melhor interpretar e aplicar o Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Interação. Economia. Direito. Argumento econômico. Aplicação nas decisões judiciais.

ABSTRACT: This is a theoretical approach, but of practical scope, based on the methodology of Economic Analysis of Law-AeD, focused on the interaction between Legal Science and Economic Science, especially in the application of methods, postulates and tools from Economics to Science of the Right. The use of the economic argument to better interpret and apply the law.

KEYWORDS: Interaction. Economy. Right. Economic argument. Application in court decisions.

1. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO - AED

A Análise Econômica do Direito (AeD) é uma proposta de aplicação de ferramentas, postulados e leis da Ciência Econômica, em especial da microeconomia e da economia comportamental, na ciência jurídica, com o objetivo de fazer diagnóstico e prognose do comportamento humano, a partir dos incentivos conferidos pelas normas jurídicas e decisões judiciais.

A utilidade em se apropriar dos argumentos e categorias econômicas em prol da ciência jurídica pode ser vista sob diversas perspectivas.

A aplicação mais trivial seria a apropriação do conceito de determinado instituto da Economia para solucionar uma questão jurídica, como exemplo entender o termo “mercado relevante”, “monopólio”, visando solucionar uma questão de concorrência ou antitruste.

Outra utilidade é a de se interpretar e aplicar o Direito adotando o argumento econômico e sua racionalidade para mensurar as consequências da decisão judicial ou do arranjo normativo a ser adotado. Decidir não somente com base na análise do conteúdo da norma, mas fazer um exercício de prognose para mensurar as consequências tal como se procede nas questões da Economia.

Também é possível a adoção dos diversos institutos e categorias da economia comportamental, campo da Ciência Economia, para diagnosticar e propor política de gestão do Poder Judiciário e racionalização dos processos. Exemplo é a teoria da perspectiva¹, a qual rendeu ao psicólogo Daniel Kahneman, o prêmio Nobel de economia em 2002. A descoberta pode ajudar a desenvolver mecanismos de racionalização do acesso ao Poder Judiciário ou definir critérios mais eficientes de inibição da litigância de má-fé e procrastinatória.

Numa primeira análise as Ciências da Economia e do Direito parecem inconciliáveis. No Direito se busca, a partir da crítica da legalidade e da interpretação da norma, o valor justiça. A Economia parte da crítica dos custos e da escassez tendo como norte a eficiência e almeja ser científica. As categorias jurídicas são diversas em uma e outra. São categorias jurídicas do Direito: a norma como objeto, as classificações dicotômicas entre direito público e privado, civil e penal. A Economia estuda as categorias jurídicas da escassez, da maximização do bem-estar e o postulado da escolha racional, o equilíbrio e a lógica do uso de meios visando melhores resultados.

(*) Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Católica do Salvador/BA.; Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia – UFBA; Pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto Excelência (JUSPODIVM).; Procurador do Estado da Bahia; Residente à Rua da Fauna, Condomínio Veredas do Sol, casa 229, Bairro Jaguaribe – 41.613-058 – Salvador – Bahia; Telefone 71 3237 7732, 71 98825 2320 – email: ronaldo.ferreira@pge.ba.gov.br – Data da elaboração: janeiro de 2020.

1. Teoria que concluiu que as pessoas valorizam as perdas certas duas vezes mais que o ganho de igual valor. (Prospect Theory – Daniel Kahneman)

A aparente incomunicabilidade entre esses campos do saber é tratada pela doutrina de Bruno Salama. Por sua eloquência, merece destaque:

Enquanto o Direito é exclusivamente verbal, a Economia é também matemática; enquanto o Direito é marcadamente hermenêutico, a Economia é marcadamente empírica; enquanto o Direito aspira ser justo, a Economia aspira ser científica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade. Isso torna o diálogo entre economistas e juristas inevitavelmente turbulento, e geralmente bastante destrutivo. (O que é Direito e Economia” – pag. 1 – artigo Bruno Meyerhof Salama)

Apesar de diferença de método e objeto entre as disciplinas, a partir dos estudos de Ronald Coase, Richard Posner e Guido Calabresi, ganhou força a disciplina ou Escola de “Direito e Economia” ou “Análise Econômica do Direito - AeD”.

Conforme lecionam Ejan Mackaay e Stéfhanne Rousseau (Rachel Sztajn, 2015, p. 8), a ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor compreender o Direito não é nova. Essa proposição remonta a Maquiavel, Hobbes e Locke. Adam Smith, em 1776, na sua célebre obra “A riqueza das nações” tratou da relação entre as duas ciências e de estabelecer a importância da interdisciplinaridade no tratamento de suas leis.

Modernamente, a visão trazida pela AeD tem sua primeira contribuição em 1937, quando Ronald Coase, um dos expoentes da Escola, inaugura modernamente esse movimento, tendo como epicentro os Estados Unidos da América. Na ocasião, publicou o artigo “The Nature of Firm”. Ainda incipiente, a AeD ganhou força, na década de 1960, na Escola de Chicago – EUA, e por conta disso o movimento teve como laboratório o sistema *Common Law*. Ainda merecem destaque como representantes da Escola Richard Posner, Guido Calabresi e Gary Becker.

Há um consenso de que quando se fala em Economia associa-se à ideia de dinheiro. O dinheiro não tem valor em si. É meio de facilitar trocas, intercambiar. Segundo Alexandre Versignassi, o dinheiro serve para a manicure comprar pão sem necessariamente ter que fazer as unhas do padeiro. (CRASH – Uma breve história da economia, pag. 23, 2019). Também não se resume a Economia a tratar de juros, emprego e renda. Economia trata de preferências, de utilidades. A economia mensura consequências a partir da decisão (escolha) comportamental em um contexto de mercado.

Daí ser chamada de ciência das escolhas ou da escassez.

São consideradas questões econômicas: Porque a taxa de juros no Brasil é alta? Qual a carga tributária ideal para se fazer justiça distributiva no país? No entanto, perguntar: Porque estupradores costumam atacar entre 5h da manhã e 8h30 min da manhã ou à noite? Porque os advogados juntam cópia integral dos autos para instruir um agravo de instrumento quando a lei elenca algumas peças específicas? Quais as regras de licitação e do contrato poderiam gerar um alinhamento de vontades entre prestador e tomador de serviços, na relação contratual de terceirização? Essas perguntas são tão econômicas quanto as primeiras e podem ser objeto de estudo da AeD por economistas e cientistas sociais, incluindo juristas.

Assim, a Escola tem a proposta de ajudar a resolver problemas como: reduzir a ocorrência de estupros, compreender porque algumas leis são aceitas e cumpridas pela sociedade e outras não. Pode também auxiliar na concreção dos direitos fundamentais, que requerem decisões sobre recursos escassos e que sempre são decisões disjuntivas. A aplicação da metodologia econômica ao campo jurídico tem amplo escopo e pode ser útil a todas as áreas do Direito, do direito da responsabilidade civil até penal.

A abordagem do Direito a partir de postulados econômicos divide-se em dois níveis, a saber:

- 1) análise dos efeitos das normas (**descritiva**), que se relaciona ao impacto das leis, decisões e regulamentos no comportamento dos indivíduos no que se refere às suas escolhas e comportamentos; e
- 2) abordagem normativa (**prescritiva**) em que se busca identificar os efeitos das normas e, fazendo juízo de valor, comparar estes efeitos com aqueles provenientes de outras possíveis normas, visando identificar qual seria a norma ou atuação jurídica mais eficiente comparativamente.

A análise descritiva aponta os efeitos, incentivos e resultados dos arranjos legais do ordenamento jurídico e tenta responder: Quais as conseqüências da aplicação dessa norma ou decisão? A abordagem prescritiva atua na perspectiva que enfatiza a comparação entre as normas e arranjos possíveis, e, fazendo **juízo de valor**, busca identificar melhores resultados possíveis, responder: Qual o melhor arranjo ou arquitetura do direito para esse caso concreto específico?

2. PREMISSAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO – AeD

2.1. O postulado da Escolha Racional e a Estrutura de Incentivos

Racionalidade, para AeD, é conceito técnico. Dizer que o agente econômico é racional significa que cada pessoa possui gostos específicos chamados de preferências.

Como destaca Ivo Gico Jr. (2019, pag.24), essas preferências são consideradas completas, transitivas e estáveis. Ter preferências completas significa que não importam as escolhas disponíveis, os indivíduos serão sempre capazes de decidir. Transitividade significa que se o agente prefere A a B e B a C, então ele deve preferir A a C. É uma questão de coerência. Por fim, as preferências são consideradas estáveis para que a teoria tenha validade. A estabilidade das preferências impõe que se as pessoas mudam de comportamento é porque alguma coisa ao seu redor mudou e não suas preferências.

A escolha racional enuncia que o indivíduo se comporta na busca da maximização de sua satisfação e bem-estar, procurando aumentar sua utilidade e minimizar seu sofrimento/prejuízo. A racionalidade do agente econômico aperfeiçoa-se nas suas escolhas quando, munido de informações, decide entre um bem e outro, entre pagar um preço ou incorrer em um custo em prol de um valor ou utilidade. Nesse exercício de escolha, os valores são aferidos por vezes em aspectos de ordem material ou subjetivo, sempre numa relação custo-benefício.

Há uma racionalidade intrínseca que se espera do indivíduo quando se vê frente a uma escolha/decisão. Esse é o personagem principal da economia e do mercado livre.

A escassez, oposta à noção de abundância, é um fato econômico inexorável e essa contingência da vida gera diversos efeitos, positivos e negativos, na vida do homem enquanto inserido no mercado, em sentido amplo, e na sociedade. Se a escassez impõe escolhas, o ser humano, que possui uma intrínseca racionalidade, vai usar esta ferramenta em prol da melhoria de sua satisfação, de seu bem-estar.

Partindo da ideia de que os indivíduos são sensíveis a incentivos, a racionalidade humana caminha na direção de buscar melhorar sua condição ou evitar a piora do *status quo*. Assim, tende a se mover em busca de melhorias de sua condição de vida material, social, emocional e espiritual, sempre estimulado por incentivos e prêmios.

Essa constatação da racionalidade intrínseca conecta a Ciência Econômica e a Ciência Jurídica, uma vez que as normas jurídicas e as decisões judiciais funcionam como verdadeiros incentivos (preços implícitos) aos destinatários das normas, que diante das injunções legais exercem a racionalidade intrínseca em busca da melhor condição e vantagem, sempre vislumbrando a maximização de sua satisfação.

A arquitetura do Direito inexoravelmente induz ou inibe determinados tipos de comportamentos, que podem ser no sentido de aceitar e se conformar às normas ou negá-las e, assumir subterfúgios.

3. A CIÊNCIA ECONÔMICA – OBJETO, MÉTODO, CATEGORIAS

3.1. Finalidade: eficiência alocativa

A ciência econômica tem como dilema e missão a alocação ótima de recursos, que são limitados, em prol da satisfação das necessidades ilimitadas das pessoas. É conhecida como a ciência da escassez.

Sabe-se que na vida o ser humano convive com a escassez dia a dia, o que demanda decisões e escolhas. A escassez é fato econômico inexorável e a economia tem a difícil e principal missão de alocar, da melhor maneira possível, os escassos recursos existentes em prol das necessidades crescentes do ser humano. É a busca da eficiência alocativa, que se traduz na maximização da satisfação frente ao menor custo possível.

Toda vez que se impõem decisões ou escolhas aos indivíduos, surgem condutas passíveis de análise econômica. Daí se dizer que a moderna economia abrange o estudo de toda forma de comportamento em contexto de tomada de decisões.

3.2. Objeto e método

A ciência econômica tem como objeto a atividade humana em um ambiente de mercado² e se utiliza do método de investigação do comportamento humano, enquanto em interação e deliberação nesse espaço de mercado.

Por conta dessa abordagem, a Economia alcançou considerável avanço no campo da deliberação humana e atua no estudo da teoria dos jogos, da

2. Espaço onde ocorrem negócios livremente, não sujeito a hierarquias e amarras. O sistema de preços é auto-regulável.

public choice, nos fenômenos como “o efeito manada”, “a carona” e o “bastião” e outros.

3.3. A Economia poder ser útil ao Direito?

E porque o Direito deve dialogar e se aproximar da Economia?

Luciano Benetti Timm (Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível, 2008, p. 57) sintetiza a resposta:

- 1) Porque a Economia é a ciência que descreve de maneira suficientemente adequada o comportamento do ser humano em interação no mercado;
- 2) Porque a Economia é uma ciência comportamental que atingiu respeitável e considerável padrão científico, sendo hoje uma das grandes estrelas dentre as ciências sociais aplicadas pelo grau de comprovação matemático e econométrico dos seus modelos.
- 3) Porque a ciência econômica se preocupa com a eficiência no manejo dos recursos sociais escassos para atender às necessidades ilimitadas.

Esse diálogo interdisciplinar se torna mais profícuo se levar em conta que as ciências sociais adquiriram, no último século, elevado grau de desenvolvimento no estudo do comportamento humano, ao contrário do Direito, que embora tenha a função de regular comportamentos, carente de estudos na área comportamental.

Algumas ferramentas conceituais podem ser apropriadas da Economia e se prestam a orientar as reflexões jurídicas e as decisões. Modelos e conceitos econômicos desenvolvidos são úteis a prever comportamentos e podem ser adotados pelo operador do Direito que decide, pelo gestor que escolhe a política pública e pelo legislador que cria a lei. É a busca da melhor interpretação e aplicação da norma jurídica pelo uso do “Argumento Econômico”.

3.4. Categorias econômicas

3.4.1. Custos de transação

A crítica econômica se inicia pela análise dos custos. A frase popular “tudo tem seu custo” é verdadeira e aponta para o custo de oportunidade, que é o custo de “não fazer algo”. Se eu decidir comprar um automóvel, optei por não me utilizar de taxi ou de fazer uma assinatura anual de um veículo.

Participar de um congresso traz o custo de diminuir a convivência familiar e social. Este custo se torna agudo nas decisões profissionais e deve ser levado em conta.

Os custos de transação são todos os custos que se incorrem o agente econômico nas trocas e nos acordos seja na pesquisa de informação, na celebração dos acordos, na fiscalização do cumprimento contratual. Cooter e Ulen (2010, p. 105) definem custos de transação como custos das trocas ou comércio. Os autores orientam que uma transação comercial possui três elementos. O primeiro é localizar um parceiro comercial. Ou seja, isto requer achar alguém que queira comprar o que determinado indivíduo está vendendo ou vender o que este pretende comprar. No segundo momento, uma negociação tem de ser fechada entre os parceiros comerciais e poderá resultar na redação de um acordo. Por fim, depois de se ter alcançado uma negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida.

Abaixo apresentam-se algumas contingências relativa aos custos de transação:

Custos de transação mais baixos	Custos de transação mais elevados
- Bem ou serviço padronizado	- Bem ou serviço único
- Direitos claros ou simples	- Direitos incertos e complexos
- Poucas partes	- Muitas partes
- Partes amistosas	- Partes hostis
- Partes que se conhecem	- Partes que não se conhecem
- Comportamento sensato	- Comportamento insensato
- Intercâmbio instantâneo	- Intercâmbio retardado
- Sem contingências	- Contingências numerosas
- Baixos custos de monitoramento	- Altos custos de monitoramento
- Penalidades baratas	Penalidades dispendiosas

Da análise se percebe a **importância do comportamento humano** para compor as transações e definir o grau de dificuldade do acerto, de modo que a organização da Economia e os arranjos legais

do Direito devem coordenar as ações dos indivíduos para buscar reduzir os custos de transação e garantir uma situação ótima de negociação. **Eis o papel do Direito de adotar cláusulas jurídico-persuasivas de modo a induzir o comportamento harmonioso e eficiente que se deseja.**

A Análise Econômica do Direito tem essa ambição de facilitar a operação do livre-mercado e, a de “mimetizar o mercado” por meio da determinação, mediante a norma ou decisão judicial, do desfecho que seria mais provável caso as transações de mercado fossem viáveis. Trata-se de valorizar o papel funcional do Direito de diminuir os custos de transação, buscando arranjos jurídico-legais mais eficientes, maximizadores de bem-estar.

3.4.2. Escassez

Os indivíduos vivem em um mundo de recursos escassos. Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo o que quisessem e nas quantidades que quisessem. Mas num mundo de recursos escassos os indivíduos precisam realizar escolhas.

3.4.3. Equilíbrio

O equilíbrio é o padrão comportamental iterativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente. Uma lei, por exemplo, é o resultado que surge – é um ponto de equilíbrio, portanto – quando todos os agentes políticos estão maximizando seus interesses através do processo político. O ponto de equilíbrio é interessante à medida em que tem como característica ser uma posição sem desperdício, portanto, eficiente.

3.4.4. Eficiência

O termo “eficiência” tem diversas acepções. Eficiência aqui mencionada diz respeito à maximização de ganhos e minimização de custos. Dessa ótica, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos. Trata-se da eficiência sob o critério do “ótimo de Pareto”³.

3. Uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se não for possível melhorar a situação, ou, mais genericamente, a *utilidade* de um *agente*, sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico.

3.5. Economia comportamental: Aspectos gerais

3.5.1. Erros previsíveis e sistemáticos nas decisões e julgamento sob risco e incerteza

A aferição do grau de racionalidade de uma escolha se dá no momento em que a decisão é tomada, entre as alternativas disponíveis, dada uma carga de informação e de conhecimento disponível ao agente. No entanto, o modelo da escolha racional tem uma variável chave, que é a informação. Essa variável possui duas faces, que são **o grau de ignorância** e a **natureza do viés informacional**.

Exatamente por conta dessa variável, a informação necessária/completa a gerar uma decisão racional, é que o modelo da escolha racional precisa ser entendido como uma aproximação da realidade, como um modelo teórico útil, que serve como ferramenta de análise comportamental, mas com limitações de ordem informacional.

Assim, é possível a constatação de escolhas aparentemente irracionais entre os indivíduos, no mercado de transações e que são explicadas pela forma, quantidade e qualidade das informações que o indivíduo possui, no momento da escolha, e ainda dependente da natureza dessa informação.

A par das limitações de escolha, Herbert Simon (Sztajn. Rachel, 2015, pag. 32-33) construiu sua crítica denominada “Racionalidade Limitada”.

Simon pesquisou o comportamento e as decisões humanas e defendeu que o postulado da racionalidade intrínseca é irrealista como descrição das decisões humanas, uma vez que depende do tratamento da informação e quase sempre os seres humanos não dispõem de informações em situações mais complexas, pela incapacidade de inventariar e tratar corretamente todas as opções disponíveis. Assinalou que a teoria da limitação racional também sugere que os seres humanos tendem a tratar com simplificação as situações que demandem escolhas e adotar sistemas e regras simplificados (psicologia heurística) diante de questões complexas e inéditas, que demandem escolhas mais sofisticadas. (Sztajn. Rachel, 2015, pag. 35)

A racionalidade está impregnada nas decisões e escolhas que fazemos a todo momento. No entanto, pesquisas demonstram que em determinadas situações como aquelas que envolvem incerteza e risco, o indivíduo não se comporta de maneira racional, como esperado. Os erros sistemáticos em

que incorrem as pessoas, nas decisões complexas e arriscadas, foi objeto de pesquisa por psicólogos e cientistas sociais, entre eles os psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky e o economista Richard H. Thaler. É o campo da economia comportamental.

3.5.2. *Decisões e julgamentos sob risco e incerteza*

O conceito econômico de racionalidade do ser humano é um padrão teórico. Estudos comportamentais das últimas 4 décadas colocam em dúvida a ideia de racionalidade humana e apontam no sentido de que os indivíduos cometem erros previsíveis e sistemáticos. (Thaler, Richard, 2019, pag 16)

Como ciência comportamental por excelência, a ciência econômica ganhou impulso especial na área do comportamento humano nas últimas décadas. São protagonistas deste avanço os psicólogos israelenses Daniel Kahneman e Amos Tversky, que em suas pesquisas na área da psicologia comportamental descobriram e mapearam o modo como pensamos e fazemos nossas escolhas e julgamentos. Os estudos de Kahneman, voltados ao modo de pensar e decidir, renderam ao autor o prêmio Nobel de Economia, em 2002. Também merece destaque as pesquisas do economista Richard H. Thaler na área comportamental, que mereceu o prêmio Nobel de economia em 2017.

Kahneman (2012, pag 1-607) através de suas pesquisas no campo da psicologia comportamental, concluiu que o indivíduo pensa de dois modos: um rápido, que é intuitivo e automático, e outro modo devagar, que é reflexivo e consciente. Trata-se respectivamente do sistema 1 (automático) e o sistema 2 (reflexivo).

O sistema 1 opera sem esforço mental e é rápido e intuitivo, enquanto o sistema 2 age com atividades mentais profundas, incluindo cálculos complexos. Quando pensamos em nós mesmos estamos nos identificando com o sistema 2, que raciocina e tem crenças, faz escolhas e decide, mas é do sistema 1 intuitivo que se originam as sensações e impressões que são as fontes das crenças e escolhas deliberadas do sistema 2 reflexivo. O sistema impulsivo/intuitivo pode gerar padrões de ideias complexas, mas somente o sistema 2 mais lento pode construir pensamentos ordenados. (Kahneman, 2012, pag 29)

Algumas atividades automáticas exercidas pelo sistema 1 são: detectar se um objeto está mais distante que outro; detectar hostilidade ao ouvir uma voz; ler palavras em grandes cartazes; orientar em relação à fonte de um som repentino. As operações

do sistema 2 reflexivo são diversificadas, geralmente exigem atenção e são interrompidas quando a atenção é desviada para outra atividade. Exemplo de atividade: Dizer a alguém seu número de telefone; concentrar-se na voz de uma determinada pessoa dentro de uma sala cheia e barulhenta; comparar dois equipamentos complexos e decidir qual tem o custo benefício eficiente.

Os autores Kahneman e Tversky concluíram que em geral decidimos e julgamos por regras gerais, em consequência da interação desses dois modos de pensar, o intuitivo e o reflexivo. E os 2 pesquisadores identificaram 3 heurísticas, regras gerais de pensamento, e os vieses associados a cada uma dessas heurísticas.

A partir da descoberta e mapeamento dessas regras gerais de pensamento, foi possível entender que quando pensamos, decidimos e julgamos sob incerteza (Kahneman, Tversky, 1974, pag. 524), especialmente em situações mais complexas e inéditas, os indivíduos cometem erros e falhas sistemáticos, induzidos por estas regras de heurística e vieses comportamentais.

3.5.3. *Heurísticas e vieses*

Muitas decisões e julgamentos estão baseados em crenças relativas à probabilidade de eventos incertos, como a culpa de um réu ou a cotação futura do dólar. Normalmente as pessoas decidem com base em regras gerais do tipo “é provável que”, apoiando-se em um número limitado de princípios que reduzem as tarefas complexas de avaliar probabilidades e predizer valores ou associações. Essas são as heurísticas.

Daniel Kahneman e Amos Tversky publicaram em 1974 o artigo “Julgamento sob incerteza: Heurísticas e Vieses” (2012, pag. 524). O trabalho descreveu as 3 heurísticas que são empregadas no julgamento sob incerteza: a) A **representatividade**, que é empregada quando se pede às pessoas para julgar a probabilidade de que um objeto ou evento A pertença à classe ou processo B; b) **Disponibilidade** de ocorrências ou situações, que é muitas vezes empregada quando se pede às pessoas para estimar a frequência de um evento ou a plausibilidade de um acontecimento particular; c) **Ancoragem**, que é o ajuste a partir de uma âncora ou referência, e é normalmente empregada na previsão numérica quando um valor relevante encontra-se disponível. Essas 3 regras gerais (heurísticas) são muito utilizadas e eficazes, mas levam a erros sistemáticos e previsíveis no julgamento.

4. AS DECISÕES JUDICIAIS E OS EFEITOS DE SEGUNDA ORDEM

As decisões judiciais possuem um efeito de segunda ordem que afeta a toda a sociedade. Gera precedente, sinaliza uma posição do Poder Judiciário, incentiva a conciliação ou inibe, caso a jurisprudência seja de entendimentos flexíveis. Afeta especialmente a segurança jurídica, que é artigo de primeira necessidade numa sociedade que gera riqueza e expectativas a partir de um contrato.

O Poder Judiciário cada vez mais tem sido chamado a ocupar uma posição de orientador de política pública e legislador. Isso se deve a alguns motivos, a saber: Passa-se por tempos de políticas progressistas com ações afirmativas, de concreção de princípios constitucionais, de transformações no Direito com o neoconstitucionalismo e com a funcionalidade do direito civil.

Com isso é possível notar um fenômeno do aumento do uso do “Argumento Econômico” nas decisões judiciais.

5. A UTILIDADE DO ARGUMENTO ECONÔMICO PARA MELHOR INTERPRETAR E APLICAR O DIREITO

Um possível conceito de “Argumento Econômico” é a apropriação explícita de conceitos, leis e ferramentas econômicas para melhor interpretar e aplicar o direito.

O argumento econômico é útil especialmente quando se está diante da aplicação de princípios e regras em que se demanda mensurar as suas consequências. Exemplo é a interpretação e aplicação de um princípio constitucional em um caso concreto. Outra utilidade é na análise teleológica dos princípios e regras legais.

6. O ARGUMENTO ECONÔMICO É PLENAMENTE UTILIZADO EM NOSSAS DECISÕES JUDICIAIS – 2 CASOS PRÁTICOS

6.1. STF – ADI 1946 – Limite de cobertura pelo RGPS da licença gestante

Nesse caso o uso do argumento econômico foi utilizado para aplicar substancialmente o princípio constitucional da igualdade entre gêneros e a da proibição de diferenças por sexo.

No voto condutor todo o percurso da fundamentação e a *ratio decidendi* se orientou pelo argumento econômico, sob o prisma da Análise Econômica do Direito. Houve ponderação das consequências, aliada à interpretação normativa.

Na decisão discutiu-se a constitucionalidade do art. 14 da E.C nº 20/98 que trouxe a disposição de que a previdência social responderia por apenas R\$ 1.200,00 por mês, durante a licença da gestante e que o empregador responderia, sozinho, pelo restante.

O relator argumentou que vigendo tal norma, estaria estimulada a opção do empregador pela contratação do trabalhador masculino e propiciada a discriminação que a Constituição Federal buscou combater. (art. 5º, I e 7º, XXX, CF/88). Disse ainda que estaria estimulando o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que fossem suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não responder pela diferença.

6.2. STF – Competência da Justiça Comum para julgar causas de previdência privada

Em fevereiro de 2013, o STF decidiu que a justiça comum é competente para julgar casos de previdência complementar privada. A decisão foi proferida nos Recursos Extraordinários (REs) 586453 e 583050, de autoria da Fundação Petrobrás de Seguridade Social (Petros) e do Banco Santander Banespa S/A.

Constou da ementa:

Competência para o processamento de ação ajuizada contra entidade de previdência privada e com o fito de obter complementação de aposentadoria. Afirmação da autonomia do Direito Previdenciário em relação ao Direito do Trabalho. Litígio de natureza eminentemente constitucional, **cuja solução deve buscar trazer maior efetividade e racionalidade ao sistema**. Recurso provido para afirmar a competência da Justiça comum para o processamento da demanda.

Observa-se na decisão o argumento econômico e o viés da Análise Econômica do Direito. A decisão representou mais segurança jurídica para o contrato previdenciário, as regras dos planos e, consequentemente, para o patrimônio dos próprios participantes, ajudando a reduzir o passivo judicial dos planos.

A versão anterior da Súmula partia do princípio de que a relação entre a entidade de previdência

e o participante era uma continuação do contrato trabalhista. Assim, entendia-se que o contrato previdenciário devia seguir as leis e a interpretação da Justiça do Trabalho.

Na prática, o entendimento gerava preços implícitos, à medida em que um associado individualmente poderia ganhar uma ação judicial contra um fundo de pensão, isso implicaria um aumento no passivo futuro do plano. Se considerarmos todos os associados que ingressaram com ações coletivas contra a Entidade, em caso de perda judicial o impacto seria muito significativo. Isso poderia até mesmo comprometer a solvência do plano e pôr em risco o pagamento dos benefícios.

O Argumento econômico está impregnado na *ratio decidendi* da decisão do STF. Com efeito, com o novo entendimento, consolida-se o entendimento jurídico de que nenhum benefício previdenciário pode ser pago sem que tenha havido a contribuição correspondente e observadas as regras do plano. Esse é o princípio básico de solvência de um plano de previdência que, para ser sustentável, necessita que o montante a ser pago como benefício corresponda ao montante contribuído mais a rentabilidade obtida durante a fase de acumulação da reserva.

O impacto na previdência complementar fechada, sobretudo nos planos de benefício definido, a regra da solidariedade estaria vencida e o resultado seria a insuficiência de recursos para cobrir os compromissos.

7. CONCLUSÃO

A Análise Econômica do Direito, adotando leis e postulados da Economia, traz à tona uma racionalidade subjacente das normas jurídicas e os seus efeitos. A proposta é a leitura das regras jurídicas pelos efeitos de estímulo ao comportamento humano.

O que se quer é desfazer a separação rígida que historicamente impediu o contato entre esses dois campos do conhecimento humano, propondo o emprego efetivo de categorias econômicas na decisão judicial como forma de articular uma ciência jurídica mais consonante com as consequências econômicas, sociais e políticas.

A interação disciplinar pode conduzir a um Direito mais próximo da realidade. Voltar-se para o futuro de forma a influenciar a ação dos indivíduos através de conjunto de incentivos e obstáculos que advém das normas jurídicas. É dizer, adotar uma lógica de prevenção, analisando a lei e sua estrutura antes de cumprir seus efeitos, decidir eficientemente

qual norma legal e qual decisão judicial adotar, mensurando suas consequências.

Essa metodologia traz ferramentas para o legislador e operador do direito, focaliza os institutos jurídicos pelos fundamentos econômicos, vislumbrando arranjos normativos condizentes com a eficiência, gerando decisões e políticas públicas melhores.

A leitura da norma jurídica pela Economia atua tanto na análise da eficiência alocativa do Direito, quanto no estudo dos custos de transação envolvidos. Ao Direito cabe o papel de minimizar custos, viabilizar acordos, garantir eficiência nas alocações de recursos escassos frente às necessidades ilimitadas. As normas jurídicas possuem este caráter instrumental de induzir comportamentos, pacificar conflitos, direcionar para as soluções aceitáveis.

A grande sabedoria que este ramo do Direito e Economia traz é a ideia de que o Operador do Direito não pode olhar apenas para a árvore e decidir, mas enxergar toda a floresta, antes de realizar sua hermenêutica, sabendo de antemão que “Não há almoço de graça”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Amaral, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. 2ª edição – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- Cooter, Robert; Ulen Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco A. da Costa. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, Título: Law and economics.
- Giacomoni. James. *Orçamento público*/James Giacomoni. – 14. Ed, ampliada, revista e atualizada – 2 reimpr. – São Paulo: Atlas, 2008.
- Kahneman, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar* / Daniel Kahneman: tradução Cássio de Arantes Leite – 1ª ed. – Rio de Janeiro: objetiva, 2012.
- Leal, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios* / Rogério Gesta Leal. Brasília: ENFAM, 2010.
- Mackaay, Ejan. *Análise econômica do direito*/EjanMackaay, Stéphane Rousseau. Tradução Raquel Sztajn, 2. Ed. São Paulo, Atlas, 2015.
- Posner. Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*/ Richard A. Posner; tradução Teresa Dias Carneiro; revisão técnica Francisco Bilac M. Pinto Filho – Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- ROMITA. Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 3 ed. Ver. E aumentada – São Paulo: LTr, 2009.
- SARLET. Ingo Wolfgang. Luciano BenettiTimm. *Direitos fundamentais, Orçamento e “reserva do possível”*. Organizado por Ingo Wolfgang Sarlet, Luciano Benetti

- e Ana Paula de Barcellos et.. Porto Alegre. Livraria do advogado. Editora 2008.
- THALER, Richard H. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade* / Richard H. Thaler, Cass R. Sunstein: tradução Ângelo Lessa – 1ª ed. – Rio de Janeiro: objetiva, 2019.
- TIMM. Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*/Alexandre Bueno Caleb-et al. Organizado por Luciano Benetti Timm – 3. Ed. – Indaiatuba, SP: Editora foco, 2019.
- VERSIGNASSI. Alexandre. *Crash: uma breve história da economia*. 1. Ed. – Rio de Janeiro: Harper Collins Brasil, 2019.
- WOLKART. Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil. Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*/Erik Navarro Wolkart – São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2019.
- Artigo:**
- Licitações e eficiências em compras públicas: um estudo de caso para a Universidade Federal de Pelotas. Revista EALR. V.9, nº 3, p 208-228, setembro-dezembro 2018.
- “O que é Direito e Economia” – Bruno Meyerhof Salama

Consequências do estresse em magistrados do trabalho: adoecimento e Síndrome de Burnout

Samildes Silva Magalhães*

Jair Nascimento Santos**

RESUMO: Este trabalho decorre de uma pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa e quantitativa, cujo objetivo geral foi analisar as consequências do estresse em magistrados trabalhistas que atuam em varas da Justiça do Trabalho da 5ª Região (TRT5). O fundamento teórico ancorou-se, principalmente, nas consequências do estresse, considerando os principais autores que fundamentaram este objeto, focando-se principalmente no adoecimento e Síndrome de *Burnout*. Os indivíduos da pesquisa foram, ao todo, dezesseis magistrados trabalhistas, nos quais foram buscados os dados estudados neste trabalho.

PALAVRAS-Chave: Magistrados do Trabalho; Estresse; Adoecimento; Síndrome de *Burnout*.

INTRODUÇÃO

O termo Magistrado tem origem na língua latina, derivado de *magistratus*, que, por sua vez, surgiu de *magister*, vocábulo que significa chefe ou superintendente. A palavra latina *magistratus* tanto significa o cargo de governar (magistratura) como pessoa que governa (magistrado). “Os magistrados são detentores do *imperium*, um poder absoluto [...] um poder de soberania [...]” (SANTIAGO, 2016).

Isso remete a Bourdieu (1965, p. 14), o qual defende a existência desse poder simbólico que

[...] se define na relação entre os que exercem o poder e os que lhe estão sujeitos, sendo o poder invisível exercido com a cumplicidade dos que não querem saber que lhe estão sujeitos ou que o exercem. Ele constrói a realidade estabelecendo uma ordem, um sentido imediato do mundo.

Os símbolos (capital simbólico) de poder na Magistratura são: toga, cetro, beca etc.

Biancamano (2016, p. 3), ao tratar da relação decisor/receptor, ressalta que “[...] a certeza da imparcialidade da decisão torna juiz e jurisdicionado elos de uma mesma cadeia, aquele que se conhece como decisor de litígios e, este, como receptor da decisão”. Com isso, a autora retoma a discussão sobre o duplo papel do magistrado, referindo que esse representa a imparcialidade na decifração do normal social para atuar na solução dos litígios e a autoridade administrativa na direção das unidades da organização, sem a interferência de um sobre o outro, superando dificuldades no exercício da função. Há a necessidade de adequação de um modelo que contemple os deveres operacionais e administrativos para que o Poder Judiciário cumpra com seu papel constitucional, assim como para que o Magistrado consiga desempenhar um papel eficaz na sua dupla função.

Vieira e Costa (2013, p. 928) chamam a atenção para o fato de que o Poder Judiciário brasileiro, nos últimos anos, tem sofrido grande pressão social por mudanças em razão da denominada “crise do judiciário” e que uma das causas dessa crise é “[...] a carência em aspectos relacionados à gestão, que inclui o número insuficiente de recursos humanos e a falta de planejamento e de formação gerencial dos magistrados”.

Pelo levantamento bibliográfico realizado para subsidiar este artigo, ressalta-se que a primeira grande pesquisa da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra, 2008) foi em 2008, em parceria com o CESIT e UNICAMP. A pesquisa contou com a participação de 792 dos cerca de 4.000 magistrados brasileiros, ou seja, mais de 20% da população pesquisada.

A Anamatra (2011) continuou com parcerias com universidades e, em 2011, apoiou uma pesquisa da Fundação de Pesquisa da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) convocando os magistrados associados a responderem um questionário sobre a situação de saúde e exercício profissional. Esta pesquisa confirmou que o trabalho desses é intenso, ocorrendo inclusive em finais de semana e férias, sob

(*) Mestre em Administração do Programa de Pós-Graduação em Administração da Universidade Salvador (UNIFACS).

(**) Professor do Programa de Pós-Graduação em Administração da Universidade Salvador (UNIFACS) e do Curso de Administração da Universidade do Estado da Bahia (UNEB).

condições precárias. O adoecimento foi frequentemente referido pelos participantes, como pontuou Assunção: [...] a proporção de magistrados do trabalho que relataram doença do coração, hipertensão e depressão é maior do que a proporção dos respondentes da população geral, além do uso de medicamentos para depressão, ansiedade, alterações do sono, diabetes, reumatismo, hipertensão, transtornos mentais comuns. (ANAMATRA; ASSUNÇÃO, 2011, p. 14-15).

Nesse mesmo ano, a Anamatra (2011, p. 2) revelou que: 33% dos juízes estiveram de licença médica; nos últimos 30 dias (anteriores à coleta dos dados), 26% deixaram de realizar tarefas habituais devido a problema de saúde; 41,5% tinham diagnóstico de depressão; 17,5% usavam remédios para depressão; 54% informaram que dormiam mal; 28% encontravam-se tristes; e 51% disseram ser frequentemente vítimas de insônia. Em 2014, essa mesma Associação (ANAMATRA, 2014, p. 2) trouxe uma outra discussão: “Volume de processos tem aumentado o número de licenças médicas de juízes”, revelando que os magistrados do trabalho estavam cansados e estressados diante da adoção de metas e da implantação do processo eletrônico e que esses trabalhavam, em média, 9h por dia, não dando conta do volume de trabalho. O então Presidente da Anamatra ressaltou que os dados eram preocupantes considerando as doenças ocupacionais e que pioraram com a implantação do processo eletrônico. Acrescentou: “Há ainda um grau de tendência ao suicídio altíssimo entre juízes em geral. Com base nisso, a Entidade deve pleitear no CNJ flexibilização das metas para 2015, que leve em consideração a preservação da saúde” (ANAMATRA, 2014, p. 2).

Diante do exposto, a questão norteadora desta pesquisa ficou assim formulada: “Quais as consequências do estresse em magistrados trabalhistas que atuam em varas da Justiça do Trabalho da 5ª Região (TRT5)?”, sendo que o objetivo principal se consistiu em analisar as consequências do estresse, focando-se principalmente no adoecimento e Síndrome de *Burnout*, em magistrados trabalhistas que atuam em varas da Justiça do Trabalho da 5ª Região (TRT5).

1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

1.1. Estresse

Um dos muitos aspectos do trabalho no modo de produção capitalista é a coerção sobre quem trabalha (dentro e fora da empresa). Essa coerção é um dos principais fatores de adoecimento dos trabalhadores. Sobre o enfrentamento do “adoecer”, Selye (1965 apud Filgueiras e Hippert, 1999, p. 2) aponta

que “[...] a probabilidade de adoecer vai depender de como o indivíduo avalia e enfrenta esse estímulo e da sua vulnerabilidade orgânica”. As conclusões deste teórico demonstram que a maneira como cada pessoa reage aos estressores é um fator decisivo para o aparecimento ou a evolução das doenças.

Braga, Zille e Marques (2008, p. 187), em estudo com 168 gerentes (umas das funções dos magistrados), verificaram que 89% apresentavam quadro de estresse e, desses, 52% tinham algum problema de saúde: hipertensão, diabetes, gastrite, hipotireoidismo, obesidade, esofagite, dislipidemia, doença do refluxo e etc. Já em 2014, os mesmos autores afirmaram que o estresse é um indutor de doenças como: as cardíacas, com destaque para o infarto agudo do miocárdio precocemente; hipertensão; acidente vascular encefálico (AVE); cefaleia tensional; gastrite; úlcera gástrica; abuso de álcool e drogas. Ao investigarem os problemas de saúde, encontraram os seguintes resultados: “[...] 27% da amostra relataram apresentar algum tipo de doença: a maior incidência, 64,3%, doenças gástricas; 21,4%, doenças alérgicas; 5,7%, hipertensão; 1%, infarto cardíaco” (Idem).

1.2. Adoecimento

Lipp e Tanganeli (2006, p. 11) pesquisaram sobre “Stress ocupacional de magistrados da Justiça do Trabalho” com “[...] 75 juízes do TRT15, visando o levantamento do nível de estresse [...] 71% apresentaram sintomas de estresse [...] Com isso, confirmaram que, do estresse, decorrem doenças como: diabetes; câncer; úlceras gástricas; gastrites; doenças inflamatórias; colites; obesidade; problemas dermatológicos e sexuais. Além das patologias físicas e mentais, houve também diminuição na capacidade de concentrar-se e de pensar de modo lógico, com consequente queda de produtividade.

Na Magistratura, algumas situações levam ao adoecimento ou até mesmo ao suicídio. Nesse sentido, Teixeira (2013) destaca a depressão e assinala: “Um juiz em depressão é tão danoso para a sociedade como um médico ou policial sem condições de exercerem seu trabalho”.

1.3. Síndrome de burnout

Quando o estresse chega à exaustão, pode emergir a Síndrome de *Burnout*. Essa caracteriza-se, portanto, como uma resposta de enfrentamento à cronificação do estresse ocupacional, resultado de um processo de tentativas prolongadas de lidar com condições de estresse no trabalho. Em geral, atinge profissionais que lidam diretamente com pessoas,

como nas áreas de Educação e Recursos Humanos, além de profissionais como: bombeiros, policiais, advogados, médicos e magistrados. O termo *Burnout* (composição de *burn* - queima - e *out* - exterior) sugere que a pessoa com esse tipo de síndrome consome-se física e emocionalmente (CAMELO, 2010).

De acordo com Hespanhol (2005, p. 153), “As consequências potencialmente negativas que podem advir de lidar inadequadamente com o *stress* podem se repercutir a um nível físico, psicológico ou comportamental e causar custos tanto ao indivíduo, como às organizações e a sociedade em geral”. O autor chama a atenção para os efeitos do estresse no âmbito profissional e pessoal, sob a forma de sintomas ou de doenças (psiquiátricas, assim como taxas elevadas de suicídios, alcoolismo e outras toxicodependências) e, como consequência, a Síndrome de *Burnout*.

Hespanhol (2005) e Caramelo (2010) confirmam que este termo foi utilizado pela primeira vez, em 1970, por Freudenberg, a fim de designar uma síndrome de exaustão e de desilusão em trabalhadores voluntários da saúde mental, devido à inadequação nas recompensas esperadas. Ainda segundo aqueles estudiosos, Freudenberg publicou um livro sobre esgotamento (exaustão) que se tornou referência sobre o fenômeno. Os autores acrescentam que, em 1970, a terminologia e o conceito desse construto multidimensional expandiram para diversas áreas através da utilização do *Maslach Burnout Inventory* (MBI). O inventário foi criado por Maslach e Jackson (1981), os quais definiram a Síndrome de *Burnout* (SB) sob uma perspectiva social-psicológica, a mais aceita atualmente. “Esta perspectiva considera a síndrome como uma reação à tensão emocional crônica causada por se lidar excessivamente com pessoas” (MASLACH; JACKSON, 1981, p. 108).

As subescalas da Síndrome de *Burnout* são: “exaustão emocional”, “despersonalização” e “ausência ou baixa realização pessoal”. Entre os que usaram o MBI estão Carloto e Câmara (2004), Hespanhol (2005), Caramelo (2010) e, em suas pesquisas, assumiram as mesmas subescalas e as respectivas definições de Maslach e Jackson (1981), ou seja, uma perspectiva social-psicológica. Carloto e Câmara (2004, p. 501) lembram que o MBI “[...] avalia índices de *Burnout* de acordo com os escores de cada dimensão [subescala] sendo que altos escores em exaustão emocional e despersonalização e baixos escores em ausência ou baixa realização pessoal (esta subescala é inversa) indicam alto nível de *Burnout* [...]”.

O MBI elaborado por Maslach e Jackson (1981) é utilizado exclusivamente para a avaliação da Síndrome de *Burnout*, sendo o instrumento de avaliação de desgaste profissional mais utilizados em

todos os artigos e publicações que focam o tema. Na versão primeira, esse inventário era composto por 47 itens/afirmativas e, depois, 25 (CARLOTTO; CÂMARA, 2004). Por fim, foi traduzido para o português e adaptado para o Brasil por Lautert (1995) e Tamayo (1997), sendo auto aplicado e totalizando 22 itens/afirmações.

Caramelo (2010) e Hespanhol (2005) assinalam que os efeitos potencialmente negativos do *Burnout* podem manifestar-se como sintomas físicos, psicológicos e comportamentais:

- a) sintomas físicos: fadiga constante e progressiva (o sintoma mais referido pela maioria das pessoas acometidas), mialgias ou dores osteoarticulares, distúrbios do sono, cefaleias (geralmente tensional), perturbações gastrointestinais (gastrites, náuseas, vômitos, diarreias e perda ou ganho exagerado de apetite), imunodeficiência, transtornos cardiovasculares (hipertensão arterial, palpitações, insuficiência cardiorrespiratória), distúrbios do sistema respiratório, disfunção sexual, alterações menstruais;
- b) sintomas psíquicos: falta de atenção e concentração, alterações da memória (de fixação e evocação), lentificação do pensamento, sentimento de alienação, sentimento de solidão, impaciência, sentimento de impotência, instabilidade emocional, baixa autoestima, astenia, desânimo, disforia, depressão, sentimento de desconfiança que pode evoluir para paranoia;
- c) sintomas comportamentais: negligência ou escrúpulo defensivo, condutas aditivas (tabaco, ingestão excessiva de bebidas alcoólicas, café, consumo de substâncias ilegais), irritabilidade, aumento da agressividade, incapacidade de relaxar, dificuldade na aceitação de mudanças, perda de iniciativa, comportamentos de alto risco, suicídio.

1.4. Terapia EMDR

Desde a década 1990, investigações têm mostrado que pessoas expostas a eventos estressantes prolongados, repetidos ou múltiplos têm maior possibilidades de apresentar sintomas de Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT) quando comparados a pessoas que sofreram um único evento estressante. Portanto, o risco de TEPT e distúrbios associados aumenta com o número de exposições. Além disso, vários estressores (como o câncer) podem exacerbar os sintomas de TEPT, devido ao seguinte:

- a) o trauma inicial pode diminuir os recursos de enfrentamento de uma pessoa e
- b) a pessoa pode estar enfrentando TEPT clínico ou subclínico quando novos estressores aparecem (JARERO; ARTIGAS, 2020).

A Terapia *Eye Movement Desensitization and Reprocessing* (EMDR ou Dessensibilização e Reprocessamento através de Movimentos Oculares) é uma abordagem abrangente que trata do armazenamento fisiológico de memória e como essa interpreta a experiência. A mudança é entendida como um subproduto do reprocessamento, devido a uma alteração do armazenamento da memória. A Terapia EMDR destina-se a abordar experiências perturbadoras que contribuem para problemas na vida cotidiana. As redes de memórias são a base da doença e da saúde (SHAPIRO, 2017).

O sistema físico de processamento de informação, assim como outros sistemas corporais, é naturalmente estruturado visando a saúde e sua conexão com redes de memórias adaptativas. Quando uma experiência é processada com sucesso, seja ela positiva ou negativa, é armazenada de forma adaptativa, integrando-se a outras semelhantes do próprio indivíduo ou de outros. Rupturas no sistema de processamento de informações, devido a um estado elevado de perturbação decorrente de experiências adversas de vida, resultam em memórias que são processadas de maneira inadequada e armazenadas de forma mal adaptativa (SHAPIRO, 2017).

Segundo Jarero e Artigas, (2020), a eficácia da terapia EMDR pode ser ampliada, incluindo intervenções individuais e em grupo, com base no modelo do processamento adaptativo da informação (PAI), especialmente desenhada para tratar indivíduos ou grupos grandes e pequenos (terapia familiar) que vivem com experiências adversas prolongadas, atuais ou passadas recentes.

Em um estudo controlado, randomizado, com 65 pacientes do sexo feminino com sintomas de TEPT relacionados ao câncer, os participantes através de protocolos específicos foram capazes de reprocessarem suas memórias patogênicas relacionadas à doença com eficiência semelhante (apenas 6 sessões) e eficácia (redução de sintomas) (JARERO; GIVAUDAN; OSORIO, 2018).

Os protocolos de tratamento precisam ser mais sensíveis em relação aos pacientes expostos a estresses contínuos, considerando que os sintomas de estresse vêm de uma exposição passada, direta ou indireta, bem como possíveis lesões por eventos traumáticos futuros (*flash-forward*) (KAMINER; EAGLE; CRAWFORD-BROWNE, 2016).

2. METODOLOGIA

Esta é uma investigação exploratória, qualitativa e quantitativa, **pois os dados/evidências foram extraídos de questionários fechados e de entrevistas semiestruturadas, apresentados em depoimentos/declarações.**

O *locus* da pesquisa foi o TRT5. Os contatos iniciais para a realização do estudo foram com a Presidência da Associação dos Magistrados Trabalhistas (AMATRA 5), gestão 2015-2017, a qual fez a intermediação com a Presidência do TRT5 e com os magistrados trabalhistas titulares das 39 varas.

O projeto apresentado ao TRT5 já havia sido aprovado pelo Comitê de Ética e Pesquisa da Universidade Salvador (Unifacs). Posteriormente, foi entregue a carta solicitando a anuência para a realização da pesquisa, assim como o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE), respeitando o previsto na Resolução 466/2013 (BRASIL, 2013). Então, o TRT5 concedeu a anuência para a coleta dos dados/evidências.

Os indivíduos participantes da pesquisa foram 16 magistrados titulares das 39 varas do TRT5. Portanto, a partir da escolha do tipo de investigação, foram seguidas as orientações de Neves (1996) e Günther (2006), sendo utilizado um questionário estruturado, com perguntas fechadas e de múltipla escolha, e um formulário semiestruturado para a entrevista. Esses instrumentos foram precedidos de uma carta de apresentação.

Na análise dos dados/evidências, recorreu-se à análise categorial ou temática, uma das técnicas da Análise de Conteúdo (BARDIN, 1977). Foram realizadas a pré-análise, exploração do material, tratamento dos resultados, inferência e interpretação. Nessa fase, foram observadas as regras de exaustividade, da representatividade, da homogeneidade e de pertinência. Na exploração dos dados/evidências, foram aplicados os questionários e realizadas as entrevistas.

Após o recebimento dos questionários e realização das entrevistas, procedeu-se a leitura fluente dos dados/evidências, os quais foram registrados em matrizes e (re)codificados, além de identificadas subcategorias e categorias empíricas relativas ao adoecimento, a Síndrome de *Burnout*. Os dados/evidências resultantes das entrevistas foram apresentados em forma de depoimento/declarações, muitas vezes em complementação (LÜDKE; ANDRÉ, 1986).

3. RESULTADOS

Os dados demográficos da população estudada estão descritos na tabela 1.

Tabela 1 - Dados demográficos da população estudada

Dado avaliado	NP*	%
Gênero		
- Feminino	10	62
- Masculino	6	38
Estado civil		
- Solteiro	3	19
- Casado	12	75
- Viúvo	1	6
Faixa etária		
- 37 a 49 anos	8	50
- 50 a 62 anos	8	50
Idade de ingresso no curso de direito		
- 21 a 22 anos	10	62
- 23 a 24 anos	6	38
Idade de ingresso na Magistratura		
- 26 a 29 anos	8	50
- 30 a 33 anos	6	38
- Acima de 33 anos	2	12
Tempo de Magistratura		
- 9 a 13 anos	6	38
- 14 a 18 anos	1	6
- 19 a 23 anos	2	12
- 24 a 28 anos	6	38
- Acima de 28 anos	1	6
Pós-graduação		
- Especialização	16	100
- Mestrado	5	31
- Doutorado	3	19
Função		
- Judicante e Administrativa	15	94
Jornada de trabalho semanal		
- 40h	1	6
- 44h	2	13
- 46h	4	25
- 48h	2	13

Dado avaliado	NP*	%
- 60h	1	6
- Ilimitada	6	37
Média de horas de estudo semanais		
- 1 a 4 horas	10	63
- 5 a 8 horas	5	31
- Acima de 8 horas	1	6
Turnos de trabalho		
- 2 turnos	11	69
- 3 turnos	5	31
Média de audiências por mês		
- 140 a 160	2	12
- 161 a 180	6	39
- 181 a 200	4	25
- Acima de 200	2	12

*NP = Número de participantes

Em relação às consequências do estresse, como já assinalado anteriormente, optou-se por utilizar duas categorias teóricas (adoecimento e Síndrome de *Burnout*), as quais foram tratadas com base na estatística descritiva, verificando números absolutos e relativos, ficando a prioridade determinada para cada categoria marcada.

Considerando a primeira categoria, foram identificados: nas entrevistas, a análise transversal proposta por Bardin (1977) revelou alguns indicativos de adoecimento, ou seja: enxaqueca e problemas relacionados com ligamentos e músculos (E1); tendinite com dor e gastrite que evoluiu para úlcera (E2).

Marquei com a Médica do Trabalho pra conversar. A gente tem se preocupado em enxergar **adoecimento**. Então, se o nível de **adoecimento** já está alto, a probabilidade é de ser maior ainda. A Anamatra, através do atual Presidente, tá fazendo um questionário sobre **adoecimento**. [...] (E1)

Depois de 7 anos na Magistratura, quando eu já estava extremamente desgastada, seguiu um período que quase **entrei num processo de bulimia** por não conseguir nem comer. (E3)

Eu acho que a gente julga muitos processos em que há ligação de assédio, de estresse pelo trabalho, de rinite, de **adoecimento**, e a gente não se olha muito. (E4)

A Anamatra (2011) reforça os dados encontrados, ao revelar que a proporção de magistrados do trabalho que relataram doença do coração, hipertensão e depressão, além de obesidade, ansiedade e alterações do sono, é maior do que a proporção dos respondentes da população geral.

Lipp e Tanganeli (2006), numa pesquisa com magistrados do trabalho do TRT15, identificaram que 71% deles apresentaram sintomas de estresse. Além disso, a partir do estresse, apresentaram doenças como: diabetes; câncer; úlceras gástricas; gastrites; doenças inflamatórias; colites; problemas dermatológicos (micoses, psoríase e queda de cabelo); problemas relacionados à obesidade; problemas sexuais como impotência e frigidez. Apresentaram também diminuição na capacidade de concentrar-se e de pensar de modo lógico com consequente queda de produtividade.

Pesquisas com outras categorias de trabalhadores também revelam a relação entre trabalho, estresse e adoecimento.

Zille, Braga e Marques (2014) assinalam que 27% da amostra de gerentes (uma das funções dos magistrados) informaram apresentar algum tipo de doença: 64,3%, doenças gástricas; 21,4%, doenças alérgicas; 5,7%, hipertensão; 1% sofreu infarto cardíaco. Encontraram ainda Acidente Vascular Encefálico (AVE), cefaleia tensional e abuso de álcool e de drogas.

Marques, Martins e Cruz Sobrinho (2011), em pesquisa documental e descritiva com servidores públicos, no período de 2007 a 2009, concluíram que os transtornos mentais e comportamentais e as doenças do sistema osteomuscular e do tecido conjuntivo predominaram na população pesquisada.

No entanto, Filgueiras e Hippert (1999) assinalam que a probabilidade de adoecer vai depender de como o indivíduo avalia e enfrenta esse estímulo e da sua vulnerabilidade orgânica.

Quanto à segunda categoria de adoecimento, foi introduzido o *Maslach Burnout Inventory* (MBI) no questionário aplicado com os participantes, contendo as 22 afirmativas na ordem crescente do MBI e não na ordem de cada subescala: “Exaustão Emocional”, “Despersonalização” e “Ausência de Realização Pessoal”.

Na Tabela 2, são apresentadas as 22 afirmativas do MBI conforme o número de vezes que cada uma foi assinalada pelos respondentes, sendo agrupadas por prioridade.

Tabela 2 – Maslach Burnout Inventory (MBI).

P	NA	Afirmativas do MBI	NP	%
1	8	Sinto que o meu trabalho é desgastante	15	94
2	6	Sinto que trabalhar com pessoas todo o dia me cansa	14	88
	14	Sinto que estou a trabalhar em demasia		
3	2	Quando termino a minha jornada de trabalho sinto-me esgotado	13	81
	3	Quando me levanto pela manhã e me deparo com outra jornada de trabalho, já me sinto esgotado		
	16	Sinto que trabalhar em contato direto com as pessoas me eleva os níveis de stress		
4	11	Fico preocupado que este trabalho me esteja a enrijecer emocionalmente	11	69
5	9	Sinto que estou a exercer influência positiva na vida das pessoas, através do meu trabalho	10	63
	22	Parece-me que as pessoas que atendo me culpam por alguns dos seus problemas		
6	4	Sinto que posso atender facilmente às pessoas que tenho que atender	9	56
	13	Sinto-me frustrado com o meu trabalho		
7	1	Sinto-me emocionalmente decepcionado com o meu trabalho	8	50
	10	Sinto que me tornei mais duro com as pessoas, desde que comecei este trabalho		
8	7	Sinto que trato com muita eficiência os problemas das pessoas que tenho que atender	7	44
	17	Sinto que posso criar, com facilidade, um clima agradável no meu trabalho		
	19	Acredito que consigo criar coisas valiosas neste trabalho		
	20	Sinto-me como se estivesse no limite das minhas capacidades		

P	NA	Afirmativas do MBI	NP	%
9	15	Sinto que realmente não me importa o que ocorra com as pessoas as quais tenho que atender profissionalmente	6	38
	21	No meu trabalho lido com os problemas emocionais com muita calma		
10	18	Sinto-me estimulado depois de ter trabalhado diretamente com quem tenho que atender	4	25
11	5	Sinto que estou a tratar algumas pessoas com as quais me relaciono no meu trabalho como se fossem objetos impessoais	3	19
	12	Sinto-me muito vigoroso no meu trabalho		

Nota: NA = Número das afirmativas do MBI de acordo com as subescalas.

- Corresponde à subescala *Exaustão Emocional*;
- Corresponde à subescala *Despersonalização*; e,
- Corresponde à subescala *Realização Pessoal*.

Quanto aos efeitos da Síndrome de *Burnout* nos magistrados trabalhistas, foram obtidas as seguintes informações: do total de participantes desta pesquisa, 88% assinalaram sintomas físicos; 69%, sintomas psíquicos; 12%, sintomas comportamentais; 6%, não marcaram nenhuma das opções.

Tabela 3 – Efeitos da Síndrome de *Burnout* nos magistrados trabalhistas.

Efeitos da Síndrome de Burnout		Np*	%
Tipo de sintomas	Sinais e sintomas defensivos		
Físicos	Fadiga constante e progressiva, mialgias ou dores osteoarticulares, distúrbios do sono, cefaleia (geralmente de tensão), enxaqueca, perturbações gastrointestinais (gastrites, náuseas, vômitos, diarreia, perda ou ganho exagerado de apetite), imunodeficiência, transtornos cardiovasculares (hipertensão arterial, palpitações, insuficiência cardiorrespiratória), distúrbios do sistema respiratórios, disfunção sexual, alterações menstruais.	14	88

Efeitos da Síndrome de Burnout		Np*	%
Tipo de sintomas	Sinais e sintomas defensivos		
Psíquicos	Falta de atenção e desconcentrado, alterações de memória (de fixação e evocação), lentificação do pensamento, sentimento de alienação, sentimento de solidão, impaciência, sentimento de impotência, instabilidade emocional, baixa autoestima, astenia, desânimo, disforia, depressão, sentimento de desconfiança que pode evoluir para paranoia.	11	69
Comportamentais	Aumento da agressividade, incapacidade de relaxar, dificuldade na aceitação de mudanças, diminuição e iniciativa, ingestão de bebidas alcoólicas e de café em demasia.	2	12
	Nenhuma das opções	1	6

*NP = Número de participantes

Complementando esta análise, do total de participantes (magistrados trabalhistas, componentes da amostra), 19% marcaram apenas sintomas físicos; 6%, apenas sintomas comportamentais; 44% assinalaram sintomas físicos e comportamentais; 25%, sintomas físicos, psíquicos e comportamentais; 6%, nenhuma das opções. Para ilustrar, ressaltou-se que:

1. um participante que marcou apenas a situação que caracteriza os efeitos físicos, grifou: *“Sinto fadiga constante e progressiva, mialgias ou dores osteoarticulares, problemas de sono”*;
2. um outro participante que assinalou as três situações, em relação aos efeitos físicos, grifou: *“Sinto fadiga constante e progressiva, problemas de sono, cefaleia (tensão muscular), gastrites e distúrbios do sistema respiratórios”*. Quanto aos efeitos psíquicos, grifou: *“Tenho sentimento de solidão, impaciência, sentimento de impotência, instabilidade emocional”*. Em relação aos efeitos comportamentais, grifou: *“Sinto-me irritado, incapaz de relaxar, com dificuldade de aceitar mudanças. Tenho reduzido as minhas relações interpessoais e bebido café em demasia”*;
3. ainda outro participante que marcou apenas a situação que caracteriza os efeitos

comportamentais, grifou: “*Sinto-me irritado, agressivo, incapaz de relaxar.*”

Os magistrados costumam ficar muitas horas em frente ao computador, prejudicando a visão e gerando lesões por esforço repetitivo, pelo uso do *mouse*. A fim de tentar amenizar esses efeitos, o TRF4 instalou um programa no computador para que a máquina trave de tempos em tempos para o juiz e/ou servidor descansar. Trata-se de uma estratégia que pode ser estendida aos demais Tribunais (ANAMATRA, 2014). Vale ressaltar ainda a indicação do então Presidente da Anamatra que, ao constatar tendência ao suicídio por juízes, solicitou ao CNJ a flexibilização das metas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como ponto de partida a seguinte questão: “quais as consequências do estresse em magistrados trabalhistas que atuam em varas da Justiça do Trabalho da 5ª Região (TRT5)?” e os resultados mais relevantes foram:

1. quanto ao adoecimento – alterações do sono, cefaleia, doenças gástricas (gastrite e/ou úlcera) e depressão foram os sintomas mais comuns. Nas entrevistas, a análise transversal apresentou indicativos de adoecimento: assédio moral e psicológico, além de estresse;
2. em relação à Síndrome de *Burnout* – todos os participantes assinalaram afirmativas de “Exaustão”, sinalizando para uma situação de risco. Quanto aos efeitos dessa síndrome, 88% marcaram sintomas físicos; 69%, sintomas psíquicos; 12%, sintomas comportamentais.

Diante desses resultados, pode-se considerar que a questão que norteou este estudo foi pertinente e que os métodos, técnicas, instrumentos de pesquisa e, especialmente, o tipo de análise/interpretação, foram adequados ao objeto em foco. Os resultados alcançados são, em grande parte, corroborados pela literatura referenciada, indicando que as consequências do estresse fazem parte do dia a dia do trabalho dos magistrados do TRT5. Os resultados são relevantes e podem contribuir, especialmente, para a região Nordeste, uma vez que, nessa região, não há pesquisa científica (publicada) que aborde este tema.

Na contemporaneidade, percebe-se muitas pesquisas com diagnósticos na área organizacional,

mas com uma lacuna de resolução para a problemática. Neste sentido, a proposta de intervenção ao estresse ocupacional surge como uma inovação e com possibilidade de reduzir o comprometimento organizacional. Segundo Meyer e Herscovitch (2001), o comprometimento organizacional acontece entre a ligação psicológica do indivíduo e a organização, tornando-se a força estabilizadora ou facilitadora que dará direção ao comportamento ou conferindo o sentido de pertencimento social ou organizacional.

Nesta perspectiva, ainda a partir da análise dos dados e os resultados desta pesquisa, o “olhar” da psicóloga que existe na pesquisadora emergiu com o conhecimento e prática sobre o *estresse/distresse* ocupacional. Este caminho percorrido possibilitou receber, no consultório pacientes/trabalhadores, inclusive os magistrados com indicativos de estresse ou com estresse já instalado ou com consequências deste evento que assolou o século XXI.

Contudo, as inquietações aumentaram e a pesquisadora desenvolveu um projeto de intervenção para o estresse ocupacional. Esse propõe o desenvolvimento de ações de assistência psicológica a funcionários identificados com estresse agudo e continuado, com o intuito de promover redução da angústia e assegurar a qualidade em suas atividades laborais e sociais. A iniciativa tem como objetivo ajudar o funcionário atendido a alcançar um estado de funcionamento adaptativo e/ou facilitar o acesso ao próximo nível de cuidados psicológicos, evitando o Transtorno de Estresse Pós-Traumático (TEPT).

5. REFERÊNCIAS

- ANAMATRA. **Volume de processos tem aumentado número de licenças médicas de juízes**. São Paulo, out. 2014. Disponível em: <http://www.anamatra.org.br/index.php/anamatra-na-midia/volume-de-processos-tem-aumentado-numero-de-licencas-medicas-de-juizes>. Acesso em: 21 jul. 2016.
- **Anamatra divulga resultado de pesquisa sobre saúde dos magistrados trabalhistas**. São Paulo, maio, 2011. Disponível em: <http://www.amatra5.org.br/noticias/anamatra-divulga-resultado-de-pesquisa-sobre-saude-dos-magistrados-trabalhistas>. Acesso em: 21 jul. 2016.
- ; ASSUNÇÃO, A. A. **Situação de saúde e condições do exercício profissional dos magistrados trabalhistas do Brasil**. Faculdade de Medicina da UFMG. Brasília, 2011. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/attachments/article/54/00002920.pdf>. Acesso em: 22 maio 2017.

- _____; CESIT; UNICAMPI. **Trabalho, justiça e sociedade: o olhar da magistratura do trabalho sobre o Brasil do século XXI**. Campinas, SP, 2008. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/54/00000990.pdf>>. Acesso em: 6 maio 2017.
- BARDIN, Lawrence. **Análise de conteúdo**. Tradução de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Martins Fontes, 1977.
- BIANCAMANO, M. R. **Magistratura: uma leitura de cunho histórico-administrativo**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/.../magistratura_mart-da-rocha-biancamano.doc>. Acesso em: 9 set. 2016.
- BOURDIEU, P. **Sobre o poder simbólico**. Tradução por Fernando Tomaz. Lisboa: Difel/Bertrand, 1965.
- BRAGA, C. D.; ZILLE, I. P.; MARQUES, A. L. Estresse no trabalho: estudo de caso com gerentes que atuam em uma instituição financeira nacional de grande porte. **Revista de Ciências da Administração**, v. 10, n. 21, p. 175-96, maio/ago. 2008. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=273520258008>>. Acesso em: 3 set. 2020.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução Nº 466, de 12 dez. 2012. Atualiza a Resolução Nº 196/96, de 10 out. 1996, do Conselho Nacional de Saúde/Ministério da Saúde, que aprova diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 13 jun. 2013. n. 12, seção 1, p. 59. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2013/res0466_12_12_2012.html>. Acesso em: 1 jan. 2016.
- CARAMELO, R. F. R. **Síndrome de Burnout e a sua relação com o trabalho dos médicos**. 2010. 21 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/53383/2/Sndrome%20de%20Burnout%20e%20a%20sua%20rel%20ao%20com%20o%20trabalho%20dos%20mdicosx.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2017.
- CARLOTTO, M. S.; CÂMARA, S. G. Propriedades psicométricas do Maslach Burnout Inventory em uma amostra multifuncional. **Estudos de Psicologia (Campinas)**, v. 24, n. 3, jul./set., 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-166X2007000300004>. Acesso em: 24 maio. 2017.
- FILGUEIRAS, J. C.; HIPPERT, M. I. S. A polêmica em torno do conceito de estresse. Brasília, DF, **Psicologia: Ciência e Profissão**. Brasília, v. 19, n. 3, 1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98931999000300005>. Acesso em: 22 abr. 2017.
- GÜNTHER, H. Pesquisa qualitativa versus pesquisa quantitativa: esta é a questão? **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, Brasília, v. 22, n. 2, p. 201-10, maio/ago. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v22n2/a10v22n2.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2017.
- HESPANHOL, A. Burnout e stress ocupacional. **Revista Portuguesa Psicossomática**, Porto, Portugal, v. 7, n. 1-2, p. 153-162, jan./dez. 2005. Disponível em: <<http://docplayer.com.br/32890596-Revista-portuguesa-de-psicossomatica-issn-sociedade-portuguesa-de-psicossomatica-portugal.html>>. Acesso em: 3 jan. 2017.
- JARERO, I; ARTIGAS, L. AIP model-based Acute Trauma and Ongoing Traumatic Stress Theoretical Conceptualization. **Revista Iberoamericana de Psicotraumatología y Disociación**, v. 10, n. 1, p. 1-10, 3. ed. 10 abr. 2020. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/322144707_AIP_model-based_Acute_Trauma_and_Ongoing_Traumatic_Stress_Theoretical_Conceptualization>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- JARERO, I; GIVAUDAN, M; OSORIO, A. Randomized Controlled Trial on the Provision of the EMDR Integrative Group Treatment Protocol Adapted for Ongoing Traumatic Stress to Female Patients with Cancer-Related Posttraumatic Stress Disorder Symptoms. **Journal of EMDR Practice and Research**, v.12, n. 3, p. 94-104. 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1891/1933-3196.12.3.94>>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- KAMINER, D.; EAGLE, G.; CRAWFORD-BROWNE, S. Continuous traumatic stress as a mental and physical health challenge: case studies from South Africa. **Journal of Health Psychology**. V. 23, n. 8, p. 1038-1049, 17 abr. 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1177/13591053166642831>>. Acesso em: 27 jul. 2020.
- LAUTERT, L. **O desgaste profissional do enfermeiro**. 1995, 276 f. Tese (Doutorado em Psicologia) – Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Faculdade de Psicologia, Universidade Pontifícia de Salamanca, Salamanca, Espanha, 1995. Disponível em: <[file:///C:/Users/vivin/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/000117551%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/vivin/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/000117551%20(1).pdf)>. Acesso em: 19 dez. 2019.
- LIPP, M. E. N.; TANGANELLI, M. S. Stress ocupacional de magistrados da justiça do trabalho. TRT da 15ª Região. **Estudos Jurídicos**, ano 3, n. 1, jul. 2006. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1502503/Stress+Ocupacional++de+Magistrados+da+Justi%C3%A7a+do+Trabalho.pdf/e7465065-f7ea=4-38a8-71e379-efe88391b;jsessionid=7DB263FFCD4B2B303B4D1207BA54DE0E.lr1?version=1.0>>. Acesso em: 4 maio. 2017.
- LÜDKE, M.; ANDRÉ, M. **Pesquisa em Educação**. São Paulo: EPU, 1986.
- MARQUES, S. V. D.; MARTINS, G. B.; CRUZ SOBRINHO, O. Saúde, trabalho e subjetividade: absentismo-doença de trabalhadores em uma universidade pública. **Cadernos EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 9, número especial1, jul. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pi

- d=S1679-39512011000600012 >. Acesso em: 18 jul. 2016.
- MASLACH, C.; JACKSON, S. E. The measurement of experienced burnout. **Journal of Occupational Behaviour**, University of California, Berkeley, USA, v. 2, p. 99-113, 1981. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/job.4030020205>>. Acesso em; 11 dez. 2019.
- NEVES, J. L. Pesquisa qualitativa: características, usos e possibilidades. **Caderno de Pesquisa em Administração**, São Paulo, v. 1, n. 3, jul./dez. 1996. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v22n2/a10v22n2.pdf>>. Acesso em: 22 abril. 2017.
- SANTIAGO, E. Magistrado. **Infoescola**. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/magistrado/>>. Acesso em: 20 jul. 2016.
- SELYE, H. A. **Stress: a tensão da vida**. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1965.
- SHAPIRO, F. **Eye movement desensitization and reprocessing**: Basic principles, protocols and procedures, 3rd ed., in press. New York: Guilford Press, 2017.
- TAMAYO, R. M. **Relação entre a Síndrome de Burnout e os valores organizacionais no pessoal de enfermagem de dois hospitais públicos**. 1997. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília. Brasília, 1997.
- TEIXEIRA, P. F. *A depressão entre os juízes*. dez. 2013. Disponível em: <<http://jornalggm.com.br/noticia/a-depressao-entre-os-juizes>>. Acesso em: 15 maio. 2017.
- VERGARA, S. C. **Métodos de pesquisa em administração**. 6. ed. São Paulo: Atlas. 2015.
- VIEIRA, L. J. M.; da COSTA, S. G. Liderança no judiciário: o reconhecimento de magistrados como líderes. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 47, n. 4, p. 927-948, jul./ago. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/vivin/Downloads/9640-21967-1-PB.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2016.
- ZILLE, L. P.; BRAGA, C. D.; MARQUES, A. L. Estresse no trabalho: um desafio para os gestores das organizações brasileiras. **REGE**, v. 21, n. 3, p. 401-13, jul./set. 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/vivin/Downloads/S1809227616301916_S350_pt.pdf>. Acesso em: 3 jan. 2017.