

# LT<sup>®</sup> LEGISLAÇÃO DO TRABALHO

Publicação Mensal de Legislação, Doutrina e Jurisprudência

ANO 84 ▪ Nº 4 ▪ ABRIL DE 2020 ▪ SP ▪ BRASIL ▪ ISSN 1516-9154

Diretores Responsáveis

**BEATRIZ CASIMIRO COSTA**

**MANOEL CASIMIRO COSTA**

Conselheiros *in Memoriam*

**ARMANDO CASIMIRO COSTA** (1937-2014)

**AMAURI MASCARO NASCIMENTO** (1989-2014)

**IRANY FERRARI** (1990-2012)

**ARMANDO CASIMIRO COSTA FILHO** (2014-2018)

Conselheiros Honorários

**IVES GANDRA MARTINS FILHO**

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho

**MARIA CRISTINA IRIGOYEN PEDUZZI**

Presidente do Tribunal Superior do Trabalho (2020- 2022)

**NELSON MANNRICH**

Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo

**SÔNIA MASCARO NASCIMENTO**

Desembargadora do TRT da 2ª Região

Coordenação Científica e Doutrinária

**JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO**

Diretor da Escola Superior de Advocacia - ESA, São Paulo

**LORENA DE MELLO REZENDE COLNAGO**

Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst.

▪ **Gabriela Mendizabal Bermudez**

Universidad Autónoma del Est. de Morelos, México

▪ **Gabriela Neves Delgado**

Universidade de Brasília

▪ **Guilherme Guimarães Feliciano**

Universidade de São Paulo

▪ **Jean Michel Servais**

OIT – Universidade de Girona

▪ **Juliana Teixeira Esteves**

Universidade Federal de Pernambuco

▪ **Katerine Bermudes Alarcon**

Universidad Externado de Colombia

▪ **Luciana A. Machado Gonçalves da Silva**

Universidade Federal de Sergipe

▪ **Martha Elisa Monsalve Cuellar**

Instituto Latino-Americano de Direito do Trabalho e da Seguridade Social

▪ **Marco Antonio César Villatore**

Universidade Federal de Santa Catarina

▪ **Maria Cecília Máximo Teodoro Ferreira**

Pontifícia Universidade Católica, Minas Gerais

▪ **Maria Cristina Gajardo Harboe**

Universidade do Chile

▪ **Mário Garmendia Arigón**

Universidad de Punta del Este

▪ **Platon Teixeira de Azevedo Neto**

Universidade Federal de Goiás

▪ **Raúl Saco Barríos**

Universidad Católica do Perú

▪ **Sandoval Alves da Silva**

Universidade Federal do Pará

▪ **Sandro Nahmias Melo**

Universidade Federal do Amazonas

▪ **Sheila Stolz da Silveira**

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

▪ **Stefano Bellomo**

Universidade La Sapienza, Roma

▪ **Susana Barcelón Cobedo**

Universidade Carlos III de Madrid

Conselho Editorial

▪ **Achim Seifert**

University of Jena, Germany

▪ **Andrea Franconi**

Universidad de Buenos Aires

▪ **Augustin Émane**

Universidade de Nantes

▪ **Bento Herculano Duarte Neto**

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

▪ **Carolina Tupinambá**

Universidade Federal do Rio de Janeiro



Fique por dentro do mundo trabalhista com os Periódicos LTr

A melhor maneira de acompanhar o que acontece na área jurídica.

#### Revista LTr

Publicada ininterruptamente desde 1937, a Revista LTr é uma verdadeira Enciclopédia do Direito do Trabalho. Mensalmente você recebe artigos de doutrina assinados por eminentes Mestres e Doutores, jurisprudência selecionada com acórdãos na íntegra do STF, TST e Tribunais Regionais do Trabalho, além da legislação do período e Índices Semestrais.

#### Revista de Previdência Social

Publicação mensal de legislação, doutrina e jurisprudência sobre Previdência Social, com: Artigos assinados por especialistas em Previdência Social; Jurisprudência na íntegra, selecionada por equipe especializada; Legislação do período; Índices semestrais.

#### Suplemento Trabalhista

Publicação semanal, orienta de forma segura, com estudos assinados por especialistas em matéria trabalhista. O assinante recebe índices semestrais e pasta para arquivamento dos Suplementos.

#### Suplemento de Jurisprudência

Publicação semanal, é o resultado de pesquisa cuidadosa das decisões mais importantes sobre o direito material e processual do trabalho. Sem dúvida, é um eficiente instrumento de trabalho oferecido aos operadores do direito para conhecimento das decisões atuais dos Tribunais do Trabalho. O assinante recebe índices semestrais e pasta para arquivamento dos Suplementos.

#### LTr Editora

Rua Jaguaribe, 571 - Vila Buarque  
São Paulo/SP - CEP 01224-001  
(11) 2167-1101  
www.ltreditora.com.br

#### Redação

redacao@ltr.com.br

#### Assinaturas

assinaturas@ltr.com.br

#### Serviço de Atendimento ao Cliente

sac@ltr.com.br | (11) 2167-1102

#### Impressão

Gráfica e Editora Pimenta  
Rua Joaquim Távora, 308  
Vila Mariana - São Paulo/SP

#### Editoração Eletrônica

LINOTEC  
Rua Maria Vidotto Lorenzatto, 68  
São Paulo/SP

#### Propriedade da

LTr Editora Ltda.  
CGC 61.534.186/0001-53  
Inscr. Est. 105.842.63.110

---

Apresentação .....	389
<b>DOCTRINA ESTRANGEIRA</b>	
El coronavirus se derrota con solidaridad <i>The coronavirus is defeated in solidarity</i> Cesar Arese.....	391
Prevenção de Riesgos Laborales en el seno de la empresa ante la crisis sanitaria del COVID-19: análisis desde el punto de vista de la legislación Española <i>Prevention of Occupational Risks within the company in the face of the COVID-19 health crisis: analysis from the point of view of Spanish legislation</i> Eduardo E. Taléns Visconti .....	402
Pandemia COVID-19: impacto sociolaboral y su contención por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social <i>COVID-19 pandemic: socio-labor impact and its containment by Labor and Social Security Law</i> Mario Garmendia Arigón .....	411
El suicídio como accidente de trabajo o enfermedad professional em el Uruguay <i>Suicide as a work acidente or professional illness in Yryguat</i> Rodrigo Vázquez Pepe .....	416
<b>DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO</b>	
TAC: do ajustamento de conduta ao acordo de concretização dos direitos humanos – ACDH <i>From the conduct adjustment agreement — CAT to the human rights implementation agreement — HRIA</i> Sandoval Alves da Silva .....	422
<b>DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO</b>	
A teoria da imprevisão no Direito do Trabalho e as Medidas Provisórias números 927 e 936/2020 como instrumentos de enfrentamento dos efeitos da COVID-19 <i>Theory of imprevision in labor law and the provisional measures numbers 927 and 936/2020 as instruments for coping with the effects of COVID-19</i> Alexandre Agra Belmonte.....	437
Coronavírus e trabalho <i>Coronavirus end imploiment</i> Sergio Pinto Martins .....	449
COVID-19 e os impactos sobre os prazos de prescrição e decadência trabalhistas <i>COVID-19 and impacts on labor prescription and decadence deadlines</i> Fausto Siqueira Gaia e Camila Miranda de Moraes.....	456
O resgate do Direito ao Trabalho em tempos de pandemia <i>Rescuing the Right to Work in times of pandemic</i> Valdete Souto Severo e Celso Rodrigues .....	465

## DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Liberdade de classe e liberdade sindical

*Freedom of class and freedom of association*

Marcus Orione ..... 475

## DIREITO AMBIENTAL DO TRABALHO

Os protocolos agroambientais do setor sucroalcooleiro paulista e a mecanização do corte da cana-de-açúcar (2) revisando os dados

*The agri-environmental protocols of the sugar and alcohol sector in São Paulo and the mechanization of sugar cane cutting (2) Reviewing the data*

Guilherme Guimarães Feliciano e Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto ..... 482

## PSICOLOGIA DO TRABALHO

Autópsia psicológica: importante ferramenta para elucidação da causa morte e sua aplicação na Justiça do Trabalho

*Psychological autopsy: important tool for elucidation of the cause of death and its application in labour courts*

Graziela Ambrósio e Roberto Wakahara ..... 490

## LEGISLAÇÃO

Circular CEF n. 897, de 24.03.20 — Suspensão da exigibilidade do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo De Serviço — FGTS referente às competências março, abril e maio de 2020..... 511

Lei n. 13.981, de 23.03. 20 - Limite de renda familiar *per capita* para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada..... 510

Medida Provisória n. 936, de 01.04.20 — Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda..... 502

Medida Provisória n. 944, de 03.04. 20 — Programa Emergencial de Suporte a Empregos ..... 505

Medida Provisória n. 945, de 04.04. 20 — Medidas temporárias em resposta à pandemia decorrente da COVID-19 no âmbito do setor portuário ..... 507

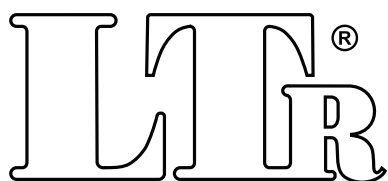
Portaria ME n. 150, de 07.04.20 - Recolhimento de tributos federais, na situação que especifica em decorrência da pandemia relacionada ao coronavírus ..... 510

Resolução CODEFAT n. 857, de 01.04.20 – Abono salarial. Exercício 2020/2021 ..... 509



## PARECERISTAS

Adalberto Martins	Joselita Nepomuceno Borba
Adriana Goulart de Sena Orsini	Luciano Martinez
Adriano de Assis Ferreira	Luiz Eduardo Gunther
Carla Reita Faria Leal	Maíra S. Marques da Fonseca
César Arese	Manoel Carlos Toledo Filho
Cláudio Jannotti da Rocha	Raúl Saco Barrios
Domingos Sávio Zainaghi	Rita de Cássia Andrioli Bazila Peron
Eliana dos Santos Alves Nogueira	Rosângela Rodrigues Dias de Lacerda
Fausto Siqueira Gaia	Sergio Murilo Rodrigues Lemos
Flávio Roberto Batista	Sergio Torres Teixeira
Jair Aparecido Cardoso	Sheila Stolz da Silveira
Jorge Luiz Souto Maior	Zeno Simm



## LEGISLAÇÃO DO TRABALHO

---

Nós, habitantes do Planeta Terra, assistimos perplexos a pandemia causada pela COVID-19, mas em vez de letargia esse fato nos conecta com a vida, inspira a esperança, reforça a solidariedade, além de evidenciar a necessidade de se promover a saúde e segurança no ambiente de trabalho.

A conexão com essa energia boa nos estimula a redimensionar a *Revista LTr*, alinhando-a com os mais notáveis periódicos de produção científica e, por isso, tem atraído o extrato da pesquisa dos mais abalizados pensadores do momento, nacionais e estrangeiros, elevando-a a um patamar realmente distinto.

Vivemos dias em que a reflexão com o tema da saúde desperta o maior interesse, e alie-se a isso o fato de estarmos em pleno *Abril Verde*, movimento marcante que se ocupa com o fomento e a divulgação de técnicas de prevenção de acidentes de trabalho e outros agravos da saúde em ambiente de ocupação produtiva, com foco na vida e não na morbidade.

Este número não é temático, mas revela com nitidez a massiva preocupação de alguns dos melhores cultores da ciência laboral como o sumário indica, marcando a retomada da força do Direito do Trabalho como instrumento de ascensão da dignidade das pessoas em relações de trabalho em sentido abrangente, assegurando a política nacional de trabalho seguro e ainda alargando os seus horizontes.

A COVID-19 e os temas a ela correlatos marcaram a maioria dos trabalhos, como era de se esperar numa publicação que busca ser inovadora.

Precisamos mesmo construir ciência sobre o intrincado ponto e, assim, nesta edição contamos com talentos nacionais e estrangeiros. Vieram do exterior os instigantes textos de César Arese, a nos brindar com *El coronavirus se derrota con solidaridad*; Eduardo E. Taléns Visconti com *Prevención de Riesgos Laborales en el seno de la empresa ante la crisis sanitaria del COVID-19: análisis desde el punto de vista de la legislación Española*; Mario Garmendia Arigón, do Uruguai *Pandemia COVID-19: impacto sociolaboral y su contención por el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, e fechando este extraordinário bloco Rodrigo Vázquez Pepe com o complexo tema *El suicídio como accidente de trabajo o enfermedad profesional em el Uruguay*.

As contribuições nacionais são igualmente marcantes e profundas. Sandoval Alves da Silva oferece-nos o artigo *TAC: do ajustamento de conduta ao acordo de concretização dos direitos humanos – ACDH*; o prestigiado Ministro do TST Alexandre Agra Belmonte contribui com *A Teoria da Imprevisão no Direito do Trabalho e as Medidas Provisórias ns. 927 e 936/2020 como instrumentos de enfrentamento dos efeitos da COVID-19*; igualmente notável o texto gentilmente enviado por Sérgio Pinto Martins, *Coronavírus e trabalho*; oferecem Fausto Siqueira Gaia e Camila Miranda de Moraes a composição *COVID-19 e os impactos sobre os prazos de prescrição e decadência trabalhistas*; e de Valdete Souto Severo e Celso Rodrigues *O resgate de Direito do Trabalho em tempos de pandemia*; Marcus Orione faz importantíssimas considerações em torno *Liberdade de classe e liberdade sindical*, enquanto Guilherme Guimarães Feliciano e Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto exibem a pesquisa que trata dos *Protocolos agroambientais do setor sucroalcooleiro paulista e a mecanização do corte de cana-de-açúcar (2)*; e fechando esta magnífica edição, Graziella Ambrósio e Roberto Wakahara enfrentam a tormentosa questão da *Autópsia psicológica: importante ferramenta para a elucidação da causa da morte e sua aplicação na Justiça do Trabalho*.

Temos, portanto, temas fascinantes a desafiar a nossa inteligência rumo ao reconhecimento crescente do Direito do Trabalho.

Trata-se, pois, de uma Revista científica com capacidade de reunir pesquisas provenientes de centros de renomadas universidades ao redor do mundo, como revelam as credenciais dos professores doutores que subscrevem este número, aportando uma doutrina verdadeiramente qualificada, com sedutores argumentos que nos motivam e fazem ver mais longe.

Em fim, algo produzido com satisfação e cientificidade para quem gosta de Direito do Trabalho e quer produzir continuamente.

Boa leitura!

Planeta Terra, abril de 2020.

**VITOR SALINO DE MOURA EÇA**

Doutor em Direito. Professor do PPGD da PUC-Minas. Juiz do Trabalho em Belo Horizonte.  
Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho — ABDT e da Academia Brasileira de  
Direito da Seguridade Social — ABDSS.

EL CORONAVIRUS SE DERROTA CON SOLIDARIDAD<sup>(\*)</sup>*The coronavirus is defeated in solidarity*

César Arese (\*\*)

**ABSTRACT:** Con punto de partida y conclusión en una obra literaria de Adolfo Bioy Casares, se traza un panorama abreviado pero analítico del impacto laboral de la pandemia de coronavirus en las relaciones laborales de Argentina de carácter individual y colectivas. Desde los valores y principios del Derecho del Trabajo, se revisan la prohibición de despidos y suspensiones, el pago de remuneraciones de los días sin prestación de servicios, la modificación de condiciones de trabajo y las innovaciones en materia de trabajo remoto. El coronavirus como enfermedad profesional, a su vez, genera controversias y se enuncian fórmulas aplicables para el tratamiento de las contingencias. En lo colectivo, se evalúan en especial la institución del Procedimiento Preventivo de Crisis y la valoración de las actividades y servicios considerados esenciales con respecto al ejercicio de la huelga. Se propone al Derecho del Trabajo como instrumento colaborativo para solucionar los impactos jurídicos de la pandemia y se reflexiona sobre el rol de la solidaridad como principio.

**KEYWORDS:** Despidos. Suspensiones. Servicios esenciales.

**ABSTRACT:** With a starting point and conclusion in a literary work by Adolfo Bioy Casares, an abbreviated but analytical panorama of the labor impact of the coronavirus pandemic on individual collective labor relations in Argentina is drawn. From the values and principles of Labor Law, the prohibition of dismissals and suspensions, the payment of wages for days without provision of services, the modification of working conditions and innovations in remote work are reviewed. Coronavirus as an occupational disease, in turn, generates controversy and formulates applicable formulas for the treatment of contingencies. Collectively, the institution of the Crisis Preventive Procedure and the evaluation of the activities and services considered essential with respect to the exercise of the strike are especially evaluated. Labor Law is proposed as a collaborative instrument to solve the legal impacts of the pandemic and the role of solidarity as a principle is reflected on.

**KEYWORDS:** Dismissals. Suspensions. Essential services.

**SUMARIO:** I. El Derecho del Trabajo en la crisis. II. Impactos y respuestas. III. La estabilidad absoluta temporal y continuidad del nexo laboral. A. Prohibición temporal de despidos. B. Efectos concreto. C. El sistema de estabilidad. D. Constitucionalidad de los decretos 34/19 y 329/20 relativos a la continuidad del vínculo laboral. IV. Prevención y cuidado antes que nada. V. El coronavirus como enfermedad profesional. A. Una enfermedad “no listada” pero lista para contagiarse. B. Si hay exposición y contagio debe haber cobertura. C. Acciones de amparo. VI. Suspensiones de prestación laboral por aislamiento y pago de salarios. VII. Condiciones de trabajo fuertemente alteradas. A. Los trabajadores de servicios esenciales y continuidad de las tareas. B. El nuevo “*iusvariandi* coronavirus”. C. Se borran ciertas fronteras laborales. D. Irrupción generalizada del teletrabajo. VIII. El instrumento esencial del derecho colectivo. A. Procedimiento Preventivo de Crisis Económico-Sanitaria. B. ¿Nuevos servicios esenciales en materia de huelga? C. Suspensión de actividades sindicales y el derecho de huelga. IX. Final de la “Guerra del Cerdo”

## I. El Derecho del Trabajo en la crisis

En su novela “Diario de la Guerra del Cerdo” (1969), Adolfo Bioy Casares narra la persecución letal que sufren los ancianos a manos de los jóvenes. La historia se desarrolla en el barrio porteño Palermo, Buenos Aires, que compartió con su amigo y co autor de varias obras, Jorge Luis Borges. Aquellos jóvenes asesinos y violentos bien podrían parangonarse con el coronavirus –también joven y mortal en muchos casos–, porque atacan más virulentamente, valga la

redundancia, a la gente de tercera edad. La historia tendrá un buen final para el protagonista Isidoro Vidal, pero lo reservamos para las conclusiones.

En forma casi instantánea el mundo del trabajo, pero en particular el mundo del trabajo, fue impactado por la pandemia del coronavirus. Pero además, de modo casi instantáneo y feroz. Las crisis de naturaleza económica y ocupacional son recurrentes, con diversidad de intensidades, desde antaño y particularmente en los últimos treinta años. Pero ahora, esas emergencias se agregan a las del coronavirus o son consecuencia de la pandemia. En cualquier caso, la emergencia sanitaria laboral llegó a todos los sitios laborales e indaga e interpela a todos los actores sociales, trabajadores y sus sindicatos, empresarios y sus cámaras o asociaciones y, fundamentalmente a los gobiernos y a todos los niveles.

El Derecho del Trabajo es un eterno compañero de viaje de las crisis, fundamentalmente de carácter

(\*) Nota: todas las disposiciones normativas citadas y las dictadas en el marco de la pandemia se pueden encontrar y ampliar en los sitios <<https://www.boletinoficial.gob.ar/>>; <<http://www.infoleg.gob.ar/>> y <<https://www.boletinoficial.gob.ar/busquedaAvanzada/busquedaEspecial>>. En particular este último, actualiza las normas oficiales emitidas sobre coronavirus.

(\*\*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, postdoctorado y Profesor de Derecho del Trabajo de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

económico. Ya en sus ideas fundacionales, para Hugo Sinzheimer, son los derechos fundamentales laborales los que enfrentan la contradicción esencial en las relaciones de trabajo para lograr el equilibrio y el Derecho del Trabajo “es el primer Derecho que ese rebela contra el libre juego de las relaciones de poder y su azaroso resultado”<sup>(1)</sup>. Es que si en esta coyuntura de crisis sanitaria y parálisis de muchas actividades, se deja librado a los trabajadores a las fuerzas del mercado, de las relaciones de poder o a los protagonistas resolverlas libremente, el resultado es obvio.

No sólo por apoyarse en Derechos Humanos el Derecho del Trabajo es imprescindible. Es que al mismo tiempo, no debe ser visto como un enemigo o un impedimento para enfrentar y superar las crisis con el menor costo humano y material. Es un instrumento valioso y primordial, desde el punto de vista *estricto sensu*, porque contiene valores y principios inalienables. Pero a la vez es útil para encontrar soluciones efectivas e inmediatas para prevenir y solucionar conflictos.

Pues bien, casi todo está alterado: prevención de riesgos, estabilidad, derechos y obligaciones, horario, prestaciones de trabajo, cambios de condiciones de trabajo, categorización del coronavirus como siniestro laboral, aceleración del teletrabajo, procedimientos preventivos de crisis económico-sanitaria y nuevas formas de negociación individual y colectiva. Aquí sólo abordan algunos de ellos, aunque parezcan numerosos.

## II. Impactos y respuestas

Argentina ingresó en 2019 en una nueva crisis económica con caída en todos los indicadores sociales (pobreza, empleo, ingresos, etc.). Pero ahora se agregó la crisis del coronavirus por lo que, según la Oficina de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en Argentina<sup>(2)</sup>, se produciría un descenso del 2 % del PBI pero también hay estimaciones del 3,8% del PBI. El peor escenario significaría que 340.000 personas quedarían desocupadas. Pero la información es peor aún para un sector de trabajadores: quienes más sufrirán el desempleo serán mujeres, trabajadores informales, independientes o monotributistas y del cuidado en los hogares.

Es apreciable una fuerte reacción gubernamental con respaldo de la sociedad de optar por la alternativa sanitaria, solidaria y social, antes que la de carácter meramente “productivista” que una parte del país justifica por la crisis económica aguda. Esa crisis incluye un *default* de hecho en sus pagos a acreedores

externos por ejemplo y una renegociación con el Fondo Monetario Internacional.

De ahí que con observaciones, OIT, realiza una “valoración positiva de la respuesta de Argentina ante la crisis”. Las respuestas son múltiples, variadas y exceden en mucho el ámbito laboral<sup>(3)</sup>. Se repasan aquí algunas de las que adoptó Argentina, sin agotar el tema y advirtiéndose que es absolutamente dinámico y cambiante. Se han emitido decenas de dispositivos legales como la creación del Fondo de Garantía para la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, créditos para abonar sueldos, Programas de Recuperación Productiva (REPRO), especiales que sustituyen parte de salario en empresa en crisis, refuerzo y prórroga del seguro de desempleo, incentivo del teletrabajo y una gran cantidad de medidas de carácter económico como por ejemplo, el establecimiento de precios máximos para alimentos de la canasta básica y productos de primera necesidad.

Claramente, el gobierno puso el centro de imputación en el combate al coronavirus pero a la vez, conteniendo las consecuencias sociales antes que las de carácter económico, al menos durante el primer período de la crisis. Es más, podría decirse que pudiendo existir justificaciones técnicas para morigerar las medidas preventivas con su esfuerzo fiscal y freno económico (aislamiento obligatorio durante un largo lapso), se siguió la opción por la preservación de la salud y puestos de trabajo. Un gran desafío.

## III. La estabilidad absoluta temporal y continuidad del nexo laboral

### A. Prohibición temporal de despidos

La medida más impactante y de efectos más directos en las relaciones de trabajo es la cuestión de la estabilidad laboral. Debe recordarse que cualquier despido no justificado, lleva la sanción de la duplicación indemnizatoria durante seis meses, desde el 13.12.2019 mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) Nro. 34 que declaró la emergencia ocupacional. Queda por analizar, si la crisis sanitaria significará con el tiempo y puede ser alegada, una causal objetiva de extinción del vínculo laboral y por lo tanto, exorbita la protección legal. Materia de prueba seguramente y de ponderación jurídica.

Sin embargo, al agudizarse la crisis el gobierno dictó la prohibición de despidos y suspensiones por sesenta días a partir del 31.3.2020, mediante DNU 329. Es interesante remarcar que la norma toma como fundamentos las obligaciones asumidas por el país al ratificar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ya que, para “preservar la paz social, corresponde adoptar medidas transitorias, proporcionadas y razonables, con el fin de garantizar el derecho de toda persona a tener la

(1) Sinzheimer, Hugo, *Crisis Económica y Derecho del Trabajo* (1933). *Cinco estudios sobre la problemática humana y conceptual del Derecho del Trabajo*, Madrid, Servicio de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1984, PDF, p. 96.

(2) OIT, Oficina para la Argentina, Christoph Ernst y Elva López Mourelo, Nota técnica, *El COVID-19 y el mundo del trabajo en Argentina: impacto y respuestas de política*, Buenos Aires, 2/4/20. Disponible en <[https://www.ilo.org/buenosaires/publicaciones/documentos-de-trabajo/WCMS\\_740742/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/buenosaires/publicaciones/documentos-de-trabajo/WCMS_740742/lang-es/index.htm)>.

(3) Ver nota 1 y OIT, *Ibid idem*, p. 24 y sig. y Cuadro 3, Resumen de las medidas de respuesta al impacto laboral del COVID-19 en Argentina.



oportunidad de ganarse la vida mediante su trabajo, que le asegure condiciones de existencia dignas para ellas y para sus familias”.

Aparte de las reglas específicas constitucionales de protección del trabajo (art. 14 bis de la Constitución Nacional), también se remarca que en el documento “Las normas de la OIT y el Covid 19 (Coronavirus)” de la OIT, 23.3.2020, se invoca la Recomendación 166 sobre terminación de la relación de trabajo (relativa al convenio 158). Allí se indica “la necesidad de que los gobiernos implementen medidas dirigidas a paliar los efectos nocivos en el mundo del trabajo, en particular en lo referido a la conservación de los puestos de labor”<sup>(4)</sup>. Apúntese lo siguiente: Argentina no ha ratificado ese convenio, pero constituye derecho interpretativo a los fines de fundar una medida de este tipo.

Por otro lado, ese DNU otorga un nuevo significado al art. 1733 del Código Civil y Comercial de la Nación sobre fuerza mayor sobre fuerza mayor y además, recuerda que la jurisprudencia del Corte Suprema de Justicia en su inciso b) considera al trabajador o trabajadora como sujetos de “preferente tutela” (caso “Aquino” de 2004) Esto último, implica el retorno de la buena doctrina del más alto tribunal en materia protectoria sobre la base de principios y valores contenidas en instrumentos supranacionales, conocida como la “Primavera Laboral” porque su primer fallo fue conocido el 21 sep. 2004, comienzo de la primavera austral<sup>(5)</sup>.

### B. Efectos concreto

El DNU 329, no solo prohíbe los despidos sin justa causa y por las causales de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor (art. 1) y “las suspensiones por las causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo” (art. 2) sino que, en caso de producirse “no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones”.

El gobierno impuso así como medio de preservar los puestos de trabajo, la estabilidad absoluta temporal de los trabajadores, salvo causa justificada de despido, de carácter general, sin excepciones como los trabajadores de estatutos especiales que carecen de estabilidad relativa pero que ahora la tendrían temporalmente (construcción, por ejemplo).

Es de aclarar que, si bien en 2002 por ley 25561 y sus prorrogas, se suspendieron los despidos por casi cinco años, se dio la posibilidad de despedir mediante el pago de la duplicación indemnizatoria (luego se

fue disminuyendo esta carga). Y como decía el DNU 34 de 2019, duplica las indemnizaciones. Pero estas dos disposiciones admiten salidas tarifadas lo que suaviza sus efectos. De hecho, no se conocieron casos de nulidad de despidos y de reinstalaciones de trabajadores cuando empleador despido personas.

En cambio el DNU 329 no admite otra posibilidad que la estabilidad, porque declara un despido como un acto nulo e ineficaz, prosiguiendo la relación laboral con percepción de haberes. Es decir, una estabilidad completa y temporal *ope legis*. El trabajador podría aceptar el despido, pero allí operaría hasta el 12 de junio de 2020, el DNU 34, duplicando las indemnizaciones más los salarios desde el despido hasta la caducidad de la prohibición de los despidos sin causa. Luego de este acto, continuará en vigencia cuando el DNU 329 hasta que también haya concluido su vigencia y si no resulta que se prorrogue.

### C. El sistema de estabilidad

Las regulaciones legales admiten la estabilidad relativa indemnizada según el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo<sup>(6)</sup> con variantes agravadas por estatutos profesionales o por sanciones relativas a las registración defectuosa o mora en el pago de indemnizaciones; estabilidad absoluta como en el caso de representantes sindicales o empleados públicos, según art. 14 bis de la Constitución Nacional y la reinstalación en casos de despido discriminatorio según normas sobre derechos fundamentales del orden nacional y supranacional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (caso “Álvarez” del 7.12.2007 y muchos otros). Asimismo, se ha dictado la reinstalación de trabajadores en caso de violarse los procedimientos destinados a prevenir despidos y suspensiones en el marco de la crisis, según lo dispuesto por el 98 y siguientes de la Ley Nacional del Empleo Nro. 24013. Conforme el art. 98 de la LNE y las disposiciones de los decretos 328/88, 264/02 y 265/02, el PPC es prácticamente obligatorio en forma general, aunque el 1043 de 2018 haya pretendido atemperarlo. Eventualmente, la autoridad de aplicación está autorizada a actuar de oficio o a requerimiento de la parte sindical. La hipótesis son variadas pero en términos generales, el decreto 328/88 abre el procedimiento cuando se verifican “suspensiones, reducciones de la jornada laboral o despidos por causas económicas o falta o disminución de trabajo a la totalidad o parte de su personal” (art. 1). Empero el art. 98 de la LNE restringe las medidas proyectadas pero amplía las causas del PPC a “despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas”. En cualquier caso, es un condicionamiento que,

(4) La Recomendación 166 subraya “que todas las partes interesadas deberían tratar de evitar o limitar en todo lo posible la terminación de la relación de trabajo por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, sin perjuicio para el funcionamiento eficaz de la empresa, establecimiento o servicio, y esforzarse por atenuar las consecuencias adversas de toda terminación de la relación de trabajo por estos motivos, para el trabajador o trabajadores interesados.”.

(5) Sobre esta materia, ver Arese, César, *Derechos Humanos Laborales*, Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2014, cap. II, “Principiología laboral de la Corte Suprema de Justicia”.

(6) LCT, Art. 245. “Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor (...).”.

obviamente, es evadido por las empresas mediante la aplicación de esas medidas por “goteo”.

Lo importante es que, el incumplimiento con el procedimiento puede provocar el dictado por parte de la autoridad administrativa de aplicación de una resolución declarando nulas las medidas y restableciendo los nexos laborales según lo previsto en el art. 104 LNE. Esas medidas son frecuentes en el ámbito administrativo aunque no en todas las jurisdicciones porque dependen de decisiones políticas. Son frecuentes las dictadas por el Ministerio de Trabajo de Córdoba, pero no ocurre lo mismo en otros lares.

Asimismo, creció en la intervención de la justicia, en la misma disposición. Causaron estrépito en ese sentido los casos dictados por la CNAT, Sala X en “Barreto Víctor y otros c/ Industrias Lear de Argentina SRL s/ medida cautelar”, sentencia del 16/12/2014<sup>(7)</sup>; Sala VI, en “Gómez Leandro Javier y ot. c/ Pepsico de Argentina SRL s/ Medida Cautelar”, del 13-7-17 en que mediante una cautelar se mandó a reinstalar al conjunto del personal de la empresa que había cerrado para trasladar la planta y Sala V, en “Sindicato de Prensa de la Ciudad de Buenos Aires y otros c/ Télam Soc. del Estado s/ medida cautelar”, 22-ago-2018 en que se dispuso el despido de 354 trabajadores sobre una planta total de 878, por supuesta reestructuración empresarial. En este caso, se remarcó el incumplimiento con el PPC, sino también sobre la procedencia de las acciones de incumplimiento contractual 1710 al 1713 y preventiva de daño del artículo 1740 del CCC<sup>(8)</sup>.

#### *D. Constitucionalidad de los decretos 34/19 y 329/20 relativos a la continuidad del vínculo laboral*

Ciertamente modificar temporalmente una ley de fondo sobre despidos mediante un DNU genera prevenciones sobre la constitucionalidad de la medida. Frente al art. 16 de la ley 25.561 y la larga estela de DNU posteriores de prórroga, se levantaron voces impugnando su adecuación normativa constitucional.

(7) Se dijo: “...Que la inobservancia de Industrias Lear de Argentina S.R.L. a la regulación legal al omitir instar el procedimiento preventivo de crisis, tal como resulta de los expedientes administrativos que fueron requeridos y corren por cuerda (Exptes. 1-2015-1624740 y 1-2015-162894) genera, en el marco cautelar, verosimilitud del derecho acerca de la subsistencia de los vínculos laborales; y en particular, porque el segundo de los expedientes mencionados, que fue iniciado por Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor (entidad sindical que si está legitimada para instar el procedimiento de crisis –conf. art. 99, ley 24.013-), muestran de modo claro, que Industrias Lear de Argentina S.R.L., con invocación a una situación de crisis, suspendió y despidió personal, sin haber recurrido al procedimiento antes aludido (ver fs. 56 y sgtes.), privando a los accionantes, por esa vía, de su derecho a transitar (si bien representados por la asociación sindical) el trámite administrativo impuesto con la finalidad de encontrar una solución a la vigencia de sus contratos de trabajo. Que el diseño del Procedimiento Preventivo de Crisis está pensado también para que la empleadora pueda canalizar sus problemas económicos atenuando la conflictividad en un ámbito de concertación y de paz social...”

(8) En similar sentido Juzg. Nacional de 1RA Inst. el Trabajo Nro. 22, en “Sindicato de Prensa de la Ciudad de Buenos Aires c/Telam SA”, 13.7.18.

Quien escribe estas líneas se inclinó abiertamente por la constitucionalidad en varios trabajos<sup>(9)</sup> y ratifica su posición frente a los DNU 34/19 y 329/20.

Es que, en el caso del DNU 34 se declaró formalmente la emergencia ocupacional y Dec. 329 fue dictado en base a la ley 27.541 de 2019 que declaró “la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, y deléganse en el Poder Ejecutivo nacional, las facultades comprendidas en la presente ley en los términos del artículo 76 de la Constitución Nacional, con arreglo a las bases de delegación establecidas en el artículo 2º, hasta el 31 de diciembre de 2020” (art. 1). De tal forma, aparecen fuentes jurídico formales no objetables. Pero además, en ambos casos se fundan en bases materiales concretas, el legislador otorga preponderancia a la protección constitucional del derecho al trabajo o al empleo y afrontar la contingencia del despido arbitrario (art. 14 y 14 bis CN) con un medio fuerte o reforzado frente a los atributos del derecho de propiedad y de libertad de industria del empleador preservados por los arts. 17 y 14 CN que justifican la disponibilidad sobre los puestos de trabajo mediante el pago de una indemnización.

En cuanto al medio del DNU empleado, hay que destacar en primer lugar que los medios jurídicos o instrumentales empleados no vienen a convertir en el órgano emisor del DNU en un Poder Legislativo en sí. Existe la posibilidad de una revisión judicial de la constitucionalidad sustancial de los instrumentos bajo análisis, pero no se advierte que transgreda los parámetros de existencia real y manifiesta de emergencia, fin público, transitoriedad y razonabilidad de los instrumentos empleados, conforme la conocida doctrina de la CSJN establecida a partir de “Peralta Luis y otros c/Estado Nacional” (CS 27.12.90). El fin público de las medidas resiste cualquier análisis y la transitoriedad de la disposición ahuyenta esos cuestionamientos.

En lo relativo a la razonabilidad, es cierto que la norma significa una carga económica anexa para los empleadores y que se puede invocar afectación del derecho de propiedad (art. 17 CN). Esa mayor carga económica empero, no se presenta contraria a la protección contra el despido arbitrario o la garantía de retribución justa consagrada el art. 14 bis de la CN ya que este no indica sus modalidades ni graduación o procedimientos para la puesta en marcha de esa garantía. Ello queda derivado a la legislación, la que tiene previsto sistemas indemnizatorios ordinarios

(9) Arese, César, *La operatividad del art. 16 Ley 25.561 prorrogada por el decreto de necesidad y urgencia 883/02*, DT 2002-B-1518 que recibió críticas de Oscar Gerez entre otros sobre la suspensión de despidos (*El despido incausado en la ley 25.561 de emergencia económica. Suspensión, extinción y modificación del contrato por causas económicas y tecnológicas. Procedimiento decreto 264/02 y 265/02*, DLE 201, 400. Sobre los decretos salariales, nos pronunciamos igualmente sobre su constitucionalidad en Diario Comercio y Justicia de Córdoba, 16/3/02; *Constitucionalidad de la doble indemnización*, Revista Doctrina Judicial de Ed. La Ley, Año XX, Nro. 21, 2004-1 y *Sobre la constitucionalidad de la ley de suspensión de despidos y la cláusula gatillo social de la ley 25972*, Revista Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2005.

mediante las leyes 20.744 y los estatutos especiales. Pero la legislación puede también variar cuando cambian las condiciones, las políticas gubernamentales y el avance en derecho humanos laborales. Así se indicó en la doctrina del fallo de la CSJN en “Álvarez, Maximiliano c/Cencosud”, 7/12/10, cuando se mandó a reinstalar un trabajador discriminado.

En ese sentido, se puede agregar que el fundamento de las medidas instaladas por esta legislación especial “radica en la Teoría del Esfuerzo Compartido y en la idea de que las consecuencias de la emergencia no deben recaer exclusivamente en un determinado sector de la sociedad sino, por el contrario, alcanzar de manera equitativa a todos, a fin que el esfuerzo sea proporcional a las posibilidades de cada uno”<sup>(10)</sup>.

Pero además, en “Aceval Pollacchi, Julio César c. Compañía de Radiocomunicaciones Móviles S.A. s/ despido”, 28.6.2011, la CSJN, consideró constitucional el decreto de necesidad y urgencia del Poder Ejecutivo Nacional 883/2002 que prorrogó en el tiempo la indemnización agravada por despido sin causa. Se dijo allí que esa imposición al empleador significa “un mayor sacrificio económico mediante el disciplinamiento del despido, tornándolo más gravoso y desalentando la libertad de poner fin al vínculo laboral sin causa justificada, en beneficio de la dignidad personal del trabajador y de la armonía social, seriamente amenazada por la crisis económica, es una carga razonable, en virtud del principio según el cual el cumplimiento de las obligaciones patronales no se supedita al éxito de la empresa, éxito cuyo mantenimiento de ningún modo podía hacerse depender de la subsistencia de un régimen inequitativo de despidos arbitrarios”. Se agregó: “El fundamento valorativo de la constitucionalidad del decreto de necesidad y urgencia 883/2002 por el cual se prorrogó la duplicación de la indemnización por despido incausado, en lo relativo al recaudo de “razonabilidad”, reposa en inexcusables principios de justicia social y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales propias de la situación a la que se aplicó”. Consecuentemente, no hay campo para la impugnación de constitucionalidad del DNU 34/19.

En síntesis los DNU 34 y 329 son razonables, proporcionadas, poseen, con interés público indudable e imponen medidas transitorias, con fuente jurídico formal en la declaración de emergencia sanitaria por ley sanitaria de la 27.541 del 31/12/20 y por DNU, habilitados a su vez, por instrumentos fundados en normas aprobados por el Congreso Nacional y, además estando en receso el Congreso Nacional por imperativo del aislamiento obligatorio.

#### IV. Prevención y cuidado antes que nada

La evitación del riesgo viral en el interior de la empresa, en el itinerario y en la propia asistencia de trabajadores es la prioridad esencial frente a la pandemia. Las empresas, la Inspección del Trabajo, las

Aseguradoras de Riesgos del Trabajo y los propios trabajadores deben adoptar todas las medidas para evitar la propagación del coronavirus y el contagio.

Este deber de seguridad es hoy tan extremo que, de no cumplirse, genera el derecho de los trabajadores a no ponerse en peligro y retener la prestación de servicios, individual o colectivamente, según el artículo 75 de la Ley de Contrato de Trabajo y responsabilidades laborales.

En el derecho común, los arts. 1031 y 1032 del Código Civil y Comercial (CCC) admiten la posibilidad de abstenerse de prestar servicios si se incumplen con las reglas de higiene y seguridad (*exceptio non adimpleti contractus*). Además, son operativos los dispositivos del mismo plexo civil de los arts. 1710 y 1711 relativos a la obligación de prevención de daños y de acción preventivo de daños, según los arts. 1716 y siguientes del CCC.

#### V. El coronavirus como enfermedad profesional

##### A. Una enfermedad “no listada” pero lista para contagiarse

El Sistema de Riesgos del Trabajo (LRT) de la Ley 24557 se funda en un seguro general obligatorio a cargo del empleador y que asume el cumplimiento de las reglas de higiene y seguridad, en tanto que las Aseguradoras de Riesgo de Trabajo (ART) tienen obligación de control de cumplimiento de reglas de higiene y seguridad y asumen las prestaciones en especie (medicamentos, atención médica) y en dinero (salarios e indemnizaciones por incapacidad y muerte). La contingencia accidente de trabajo se define como todo “hecho súbito y violento producido por el hecho y en ocasión del trabajo”, se incluye el accidente en trayecto (*in itinere*) y las enfermedades profesionales que se ajustan a parámetros de causalidad y están contenidas en una lista cerrada. Las enfermedades “no listadas” requieren un procedimiento y resolución administrativa especial ante la Comisión Médica Central (art. 6 de la LRT).

La cuestión es que el coronavirus no figura como enfermedad “listada”, lo que ha causado una gran preocupación en el mundo del trabajo. Por nota de la Gerencia General de la Superintendencia de Riesgos de Trabajo (SRT) del 20-3-20 se aclaró que es no listada y que debe cumplirse el trámite del art. 6 Ley 24557 texto DNU 1278/00. Es decir, según esa comunicación la fórmula sería:

$$E+C+1278+CMC=CP$$

(En donde Exposición+Contagio+trámite ante la CM según DNU 1278 con prueba de que la enfermedad es directa y exclusivamente causada por las tareas o *In itinere*+intervención obligatoria de la Comisión Médica Central=Cobertura y Prestaciones).

##### B. Si hay exposición y contagio debe haber cobertura

Sin embargo, ese mismo nota de gerencia de SRT aclara que “corresponde recordar que el procedimiento para poder interrumpir el pago de la prestación

(10)Gatti, Carlos Mariano c/ Libertad S.A. s/ demanda, CTCha. Sala X, 28/08/2003.

dineraria por abandono de tratamiento, estipula que debe realizarse el trámite correspondiente ante Comisiones Médicas. Hasta que las Comisiones Médicas no se expidan no puede interrumpirse el pago de la obligación dineraria para con el trabajador". Asimismo, el sistema de riesgos de trabajo extendió las medidas de prevención y cobertura de los trabajadores, en el trayecto, en el teletrabajo y en el establecimiento frente al coronavirus a través de las resoluciones de la Superintendencia de Riesgos de Trabajo Nro. 21 del 16.3.20 y 29 del 21/3/20.

Se advierte una flexibilización del sistema para atender la contingencia. No sólo con un afiche informativo obligatorio sino el "documento "SARS-Cov-2 Recomendaciones y medidas de prevención en ámbitos laborales", según el anexo II (art. 3), de la Res. 29. Aparte de indicarse las situaciones especiales de exposición al coronavirus como el personal sanitario y un largo listado, se amplía la posibilidad de riesgos según "la exposición y los elementos de protección personal específicos".

De tal forma, queda abierta la ocasionalidad, sino la causalidad laboral en frente un contagio, según la disposición del art. 6 de la Ley de Riesgos de Trabajo, n. 24.557. Es claro que las categorías legales son relativas, porque si bien en coronavirus es una enfermedad, ni puede discutirse que, al contraerse, es un hecho súbito y violento que puede contraerse por el hecho o en ocasión del trabajo.

Va en abono de lo que se está afirmando que Argentina ha ratificado los convenios 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores y su protocolo de 2002 y el 187 marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 de OIT. El protocolo indica en su art. 1: a) el término "accidente del trabajo" designa los accidentes ocurridos en el curso del trabajo o en relación con el trabajo que causen lesiones mortales o no mortales; b) el término "enfermedad profesional" designa toda enfermedad contraída por la exposición a factores de riesgo que resulte de la actividad laboral; c) el término "suceso peligroso" designa los sucesos fácilmente reconocibles, según su definición en la legislación nacional, que podrían causar lesiones o enfermedades a las personas en su trabajo o al público en general; d) el término "accidente de trayecto" designa los accidentes que causen la muerte o produzcan lesiones corporales y ocurran en el recorrido directo entre el lugar de trabajo y i) la residencia principal o secundaria del trabajador; ii) el lugar en el que el trabajador suele tomar sus comidas; o iii) el lugar en el que el trabajador suele cobrar su remuneración.

De tal forma no parece que existan dudas de la calificación del coronavirus como enfermedad profesional o en todo caso contingencia cubierta, como lo recuerda en el documento de OIT, "Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus)" del 23.3.2020. Se dice en ese documento: "La enfermedad del COVID-19 y el trastorno de estrés postraumático contraídos por exposición en el trabajo, podrían considerarse como

enfermedades profesionales<sup>(11)</sup>. En la medida en que los trabajadores sufran de estas afecciones y estén incapacitados para trabajar como resultado de actividades relacionadas con el trabajo, deberían tener derecho a una indemnización monetaria, a asistencia médica y a los servicios conexos, según lo establecido en el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121). Los familiares a cargo (cónyuge e hijos) de la persona que muere por la enfermedad del COVID-19 contraída en el marco de actividades relacionadas con el trabajo tienen derecho a recibir prestaciones monetarias o una indemnización, así como una asignación o prestación funeraria<sup>(12)</sup> (p. 16).

De tal modo, conforme el sistema jurídico de aplicación y la interpretación que se está propugnando, la cobertura deberá ser inmediata y efectiva, sin procedimientos que dilaten la atención del trabajador contagiado. De tal modo, la fórmula aplicable es:

$$E+C=CP$$

(En donde Exposición+Contagio=Cobertura y Prestaciones).

Al menos se presume el contagio esas actividades especiales como en todos los casos en que hubo alguna exposición, incluida el itinerario.

### C. Acciones de amparo

Frente a la inquietud provocado por el contexto normativo vigente, se presentaron acciones de amparo destinadas a lograr que se obligara a la cobertura de las ART y estas aclararon a través de la Unión de Aseguradoras de Riesgos de Trabajo (UART) que "los casos de denuncias de trabajadores afectados por el virus Covid-19 que se encuadren en las actividades consideradas esenciales, donde se verifique que la enfermedad se contrajo por causa directa e inmediata de la ejecución del trabajo, tendrán respuesta del sistema" (comunicado del 1.4.2020).

Ante la duda, se ha resuelto medidas cautelares por el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo de Feria, 1.4.2020 ordenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y a la Provincia ART

(11) El párrafo 1.3.9 del anexo de la Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales, 2002 (núm. 194) recomienda que la lista nacional de enfermedades profesionales (a los fines de la prevención, registro, notificación y, de ser procedente, indemnización de las mismas) debería incluir, entre otras cosas, enfermedades causadas por agentes biológicos en el trabajo cuando se haya establecido, científicamente o por métodos adecuados a las condiciones y la práctica nacionales, un vínculo directo entre la exposición a dichos agentes biológicos que resulte de las actividades laborales contraídas por el trabajador. La Recomendación específica que, al aplicar esta lista, habrá que tener en cuenta, según proceda, el grado y el tipo de exposición, así como el trabajo o la ocupación que implique un riesgo de exposición específico.

(12) Véanse en particular el Convenio sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121), artículos 6, 8, 9, 10, 18, y la Recomendación sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964 (núm. 121), así como los párrafos 2.1.12 y 2.4.1 del anexo a la Recomendación sobre la lista de enfermedades profesionales, 2002 (núm. 194).

entregar medidas de protección y control bajo apertamiento de astreintes diarios y el 2.4.2020 contra el Hospital Italiano y La Segunda ART a los fines de que se proporcionen medidas de seguridad.

## VI. Suspensiones de prestación laboral por aislamiento y pago de salarios

El citado documento de OIT, "Las normas de la OIT y el COVID-19 (coronavirus)" subraya: "Los trabajadores que tengan que ausentarse del trabajo, con pérdida de ganancias, para cumplir una cuarentena o para recibir atención médica preventiva o curativa deberían recibir una prestación monetaria (de enfermedad) (Recomendación sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969 (núm. 134))".

En esa dirección el DNU 297 del 19.3.2020 sobre "aislamiento social, preventivo y obligatorio" y la abstención de concurrir a sus lugares de trabajo, cuando establece las variadas excepciones a esa medida y de la prohibición de circular relativas a las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, indica criteriosamente: "En todos estos casos, los empleadores y empleadoras deberán garantizar las condiciones de higiene y seguridad establecidas por el Ministerio de Salud para preservar la salud de las trabajadoras y de los trabajadores" (art. 6 in fine).

Se advirtieron rispideces en la aplicación de la Resolución 207 del Ministerio de Trabajo (16.3.2020). Instituye la licencia remunerada por dos semanas de trabajadores mayores de sesenta años e incluidos en grupos de riesgo físico. Mayor dificultad presenta la inasistencia "justificada" de quienes notifiquen estar al cuidado de niños escolarizados durante el receso escolar, porque no se aclara nada sobre el pago de salarios devengados. Pueden agregarse situaciones de otros riesgos para prestar servicios.

En principio, se puede pactar el teletrabajo y también formas de esfuerzo compartido. Pero de otro lado aparece una situación objetiva de cambio de condiciones de asistencia del trabajador porque está impedido de ir a trabajar (materia de prueba) para quedar al cuidado de niños como bien jurídico de protección. Esa fuerza mayor en la que no interviene la voluntad es eximente de consecuencias (pérdida de salarios). Obviamente, que si se constata que la comunicación de cuidado escolar u otro impedimento son falsos o se utiliza para otros fines, debe soportar salarios y eventuales sanciones. De lo contrario, por su mejor condición económica y contractual y la causal forzada de abstención laboral, el empleador deberá hacerse cargo de los salarios caídos, sin perjuicio de las ayudas estatales.

De todos modos, el dictado del DNU 297 vino a establecer en su art. 8 un concluyente principio general de aplicación: "los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales", según la reglamentación a dictarse. De tal forma, se prescribe la intangibilidad salarial para quienes no presten servicios en el marco de la emergencia sanitaria, salvo que el

trabajador se encuentre dentro de las excepciones del art. 6 de esa norma.

Su reglamentación por Res. MTESS 219 del 19.3.2020 distinguió entre quienes realizan teletrabajo pactado en que reciben la remuneración habitual y quienes no prestan servicios, a los que se liquidará como "no remunerativo" con cargas de la seguridad social. El criterio que impera en la materia sigue siendo el del *principio de integralidad remuneratoria*.

Ahora bien, sin derogar el DNU 297 y su art. 8 de integridad remuneratoria, el MTESS emitió la Res. 276 del 30.3.2020 indicando que quienes están dispuestos de ir a trabajar "deberán, en el marco de la buena fe contractual, establecer con su empleador las condiciones en que dicha labor será realizada" (art. 1) y a la vez, en línea con el DNU 297 aclara que "no podrán aplicarse sobre las remuneraciones o ingresos correspondientes a los días comprendidos en esta prohibición suplementos o adicionales previstos legal o convencionalmente para "asuetos", excepto en aquellos casos en que dicha prohibición coincida con un día festivo o feriado previsto legal o contractualmente" (art. 6).

Se habría derogado la naturaleza no remunerativa de los pagos de haberes, con lo que queda vigente solamente el art. 8 del DNU 297 que "los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales". Solo que ahora retornaría el carácter remuneratorio sin adicionales. En otras palabras amplía la cobertura aunque con posibilidad de pactarse modalidades de trabajo distintas. Esto fue ratificado por DNU 325 del 31.3.2020 (art. 2).

## VII. Condiciones de trabajo fuertemente alteradas

### A. Los trabajadores de servicios esenciales y continuidad de las tareas.

Por Ley 27.541 se dispuso hasta el 31 de diciembre de 2020 la emergencia en materia sanitaria. El DNU 297/20 del 20.3.2020 y la Decisión Administrativa 450, 2.4.2020 de la Jefatura de Gabinete establecieron unas 32 actividades y servicios como esenciales. La Res. MTESS, 276, 30.3.2020, los consideró "personal esencial", en los términos de la Res. MTESS 207 del 16.3.2020. Por lo tanto: "La continuidad de tales actividades en estas circunstancias constituye una exigencia excepcional de la economía nacional (artículo 203, Ley de Contrato de Trabajo Nro. 20.744, T.O. 1976 y sus modificatorias)".

Si bien, como se sabe, la prestación de horas extraordinarias es facultativa para el trabajo, esa norma establece en su art. 203 la "obligación de prestar servicios en horas suplementarias", en "casos de peligro o accidente ocurrido o inminente de fuerza mayor, o por exigencias excepcionales de la economía nacional o de la empresa, juzgado su comportamiento en base al criterio de colaboración en el logro de los fines de la misma".

Es una medida excepcional pocas veces aplicada que ahora recobró un sentido muy preciso no exento de discusiones. Es clara la obligatoriedad de prestar tareas que incluye la de superar la jornada habitual extendida. Eso sí, no se podría superar el límite de 30 horas mensuales y 200 horas anuales, en un año calendario (Dec. 484/00). Se supone que aquí, como en el conjunto de alteraciones que surgen y se disponen legalmente, deberá, por sobre todas contingencias que atraviesa el contrato de trabajo, acudirse a criterios de racionalidad, cuidando la finalidad excepcional y temporal de la norma. Con todo, la mencionada obligación de colaboración no desplaza la racionalidad, buena fe y solidaridad contractual (arts. 62/68 LCT) y a su vez aparece la posibilidad de que el trabajador se exceptione de asistir fundándose en obligaciones familiares o en la existencia de riesgo para su salud (art. 75 LCT, arts. 1031/2 CCC ya relacionado).

Por otra parte, la calificación de actividades esenciales y personal esencial, tiene eventual repercusión en el ejercicio de derechos colectivos.

#### B. El nuevo “jus variandi coronavirus”

Por Res. 276 MTESS del 30.3.2020, se estableció: “La reorganización de la jornada de trabajo a efectos de garantizar la continuidad de la producción de las actividades declaradas esenciales en condiciones adecuadas de salubridad en consonancia con los protocolos establecidos por la autoridad sanitaria, será considerado un ejercicio razonable de las facultades del empleador”.

Las condiciones para este nuevo *jus variandi* son entonces:

1) La pertenencia de las actividades y servicios esenciales según las pautas de DNU 297/20 y la Decisión Administrativa 450, 2.4.2020 de la Jefatura de Gabinete. Ciertamente, hay muchos matices en las actividades, desde las de carácter sanitarios y de seguridad hasta personal de “Venta de insumos y materiales de la construcción provistos por corralones” o “curtiembres, aserraderos y fábricas de productos de madera, fábricas de colchones y fábricas de maquinaria vial y agrícola”.

2) Condiciones adecuadas de seguridad.

3) Respeto de protocolos sanitarios, lo que es decir, también las reglas dispuestas por la SRT en la Res. 23 relativa al coronavirus, sin perjuicios de otros en vigor.

4) Si bien, dadas las condiciones anteriores se presume un ejercicio razonable del cambio de t, no se desplazan las obligaciones de los arts. 62 a 68 de la LCT y normas que rigen la protección desde los Derechos Humanos Laborales. Esto quiere decir, que la razonabilidad está vinculada con un ejercicio del *jus variandi* no abusivo. En otras palabras que se actúe con buena fe, colaboración, solidaridad, atendiendo a los fines de empresa, a las exigencias de la producción, sin perjuicio del mejoramiento del trabajo, sin producir cambios en las condiciones esenciales del

contrato, perjuicio material o moral al trabajador, ni advertirse ejercicio abusivo o sanción disciplinaria encubierta.

5) La variación de modalidad de tareas deberá realizarse sin que implique trato discriminatorio según el amplio espectro de normas relativa a las igualdad de trabajo y de violencia o abuso laboral (arts. 1 y 9 del Convenio 190 sobre la violencia y el acoso laboral).

6) En caso de un ejercicio abusivo del *jus variandi* coronavirus, podrá interponerse la acción no innovativa del art. 66 de la LCT u otras acciones expeditivas de los ordenamientos procesales para proteger los derechos.

7) La eventual generación de riesgo de la vida o salud podría disparar los procedimientos del art. 75 LCT o los arts. 1030/1 y 1710/11 del CCC ya relacionados.

#### C. Se borran ciertas fronteras laborales

Conforme el art. 3 de la Res. Res. 276 MTESS del 30.3.2020, la necesidad de preservar la salud borró la línea imaginaria divisoria (e ilegal en muchos casos), entre tabajadores dependientes formales e informales. Comprende a los trabajadores las siguientes categorías de trabajadores no dependientes laboralmente y por lo tanto, excluidos de la LCT: “Están incluidos dentro del concepto de trabajadores y trabajadoras quienes presten servicios de forma continua bajo figuras no dependientes como las locaciones de servicio reguladas por el Decreto Nro. 1109 del 28 de Diciembre de 2017, aquellas otras que se desarrollen en forma análoga dentro del sector privado, las prestaciones resultantes de becas en lugares de trabajo y las pasantías, como así también las residencias médicas comprendidas en la Ley n. 22.127 y los casos de pluriempleo o de múltiples receptores de servicios”.

Por lo que se advierte, la preservación de la salud y la vida y garantizar actividades y servicios esenciales, no distingue categorías jurídicas. Son todos seres humanos que trabajan y merecen protección. Esto viene a poner en cuestión la exclusión de la dependencia de médicos que figuran como “monotributistas” y recibieron fallos desfavorables de la Corte Suprema como los casos Cairone, Mirta Griselda c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires — Hospital Italiano s/ despido” (CSJN 19.2.2015) y “Rica, Carlos c/ Hospital Alemán y otros s/ despido” (CSJN 24.4.2018).

#### D. Irrupción generalizada del teletrabajo

Entre otras definiciones, “el teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”, según el Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo, Bruselas, 16 de julio de 2002.

Los Decretos de Necesidad y Urgencia 297 y 325, las Resoluciones 202, 207, 219 y 279 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social; Resolución 21 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (SRT); Res. 03 y la Decisión Administrativa 390 de la Jefatura de Gabinete, todos instrumentos dictados en marzo de 2020 en el marco de la crisis, se refieren a la instrumentación del teletrabajo. Paralelamente, una gran cantidad de disposiciones de los poderes judiciales y provinciales, así como gobiernos provinciales y municipales, instrumentaron esta modalidad de trabajo. En pocos días, miles de puestos de trabajo se adaptaron a esta modalidad o comenzaron a hacerlo. De buenas a primera, muchos hogares se convirtieron en establecimientos comerciales, industriales, etc. a través del trabajo remoto. En algunos sectores como de informática, tres cuartas partes de las empresas tecnológicas de software trabajan en forma remota.

Lo que es un desafío momentáneo llegó para quedarse en numerosos sectores de actividad, sin reglas precisas para su instrumentación. ¿Es obligatorio? ¿Puede ser decidido unilateralmente por el empleador? ¿Cómo afecta vida personal y privacidad del trabajador y su familia? ¿Cómo organizar y dirigir el trabajo? Todo se está respondiendo, en muchos casos, con negociación individual como marcan en general esas reglas, pero también abriendo la negociación colectiva.

Por ahora, Argentina posee un antiguo estatuto sobre trabajo a domicilio Ley 12.713 de 1941, que por razones obvias, no se adapta a las nuevas modalidades y por ley 25.800 ratificó el Convenio sobre el trabajo a domicilio (1996, número 177), que posee la Recomendación sobre el trabajo a domicilio, 1996 (núm. 184). Sin embargo, este convenio necesitaría de ajuste y actualización en función de la expansión tecnológica registrada desde su vigencia y que hacen dudar de su efectividad autónoma al menos<sup>(13)</sup>. De apuro, la Res. 21 SRT extendió la cobertura sobre riesgos de trabajo al ahora "hogar-establecimiento", pero las medidas de prevención de siniestros es todo un reto para el sistema, extremo por otra parte, frente a una pandemia de tan difícil combate como la de coronavirus. El desafío futuro es cubrir el vacío normativo respecto de esta modalidad de trabajo y seguramente, por vía legislativa y autónoma.

### VIII. El instrumento esencial del derecho colectivo

#### *A. Procedimiento Preventivo de Crisis Económico-Sanitaria*

El llamado a un rol activo de los sindicatos y empresarios en la negociación colectiva, comprende no sólo una agenda en el plano defensivo de puestos y condiciones y en la solución de conflictos, sino también en pensar un futuro post-coronavirus, con sus

secuelas obvias de crisis, como de enseñanzas y cambios positivos.

Por lo pronto, al instrumentación del teletrabajo, según se vio en puntos anteriores, la ponderación de la actividad en actividades y servicios esenciales y la continuidad de las tareas, la modificación de condiciones laborales y trabajo remoto, instrumentación de medidas especiales de prevención de contagios, entre otras cuestiones y los eventuales acuerdos de suspensiones con pago de "no remunerativos" y su homologación (art. 223 bis LCT), pasan por la negociación colectiva.

Muchas actividades y sus empresas se encuentran en situación crítica de paralización total y con dificultades financieras. Es necesario recordar la vigencia del Procedimiento Preventivo de Crisis obligatorio para los casos de suspensiones o despidos de los arts. 98 y sig. Ley 24.013 generalizado y reglamentado por los decretos 328/88, 265/02 y 2.072/94. Si bien con el DNU 329 de prohibición de despidos y suspensiones sin causa o por razones económicas se puso un "parate" a la posibilidad de esas medidas, parece inevitable que se produzcan efectivamente, se propongan o negocien esas medidas así como modificaciones de condiciones de trabajo. El principio sigue siendo la intangibilidad de condiciones laborales y remuneratorias y la imposibilidad de aplicar medidas sin ese procedimiento al que ahora puede catalogarse de Procedimiento Preventivo de Crisis Económico-Sanitaria como una nueva categoría.

La preservación del empleo y los salarios que hacen a la subsistencia del trabajador, es el bien jurídico esencial a preservar, sin desconocer la gravedad de la situación. El rol de los sujetos colectivos, pero esencialmente de las administraciones del trabajo, nacional y provinciales, es esencial para procurar los recursos administrativos y presupuestarios que contribuyen a superar la etapa de crisis. Por sobre todo, operar fuertemente con el diálogo y la negociación colectiva y la acción de Estado para evitar conflictos y asistir a la preservación de la salud, la ocupación y la continuidad empresarial.

#### *B. ¿Nuevos servicios esenciales en materia de huelga?*

Existían al 2.4.2020 una treintena de sectores laborales definidas legalmente como actividades y servicios como esenciales y en las se prescribe la continuidad de las tareas como exigencia excepcional de la economía nacional<sup>(14)</sup>. La pregunta es si esa definición se extiende a la reglamentación de huelga en servicios esenciales con la obligación de las partes de cumplir con un procedimiento especial de conciliación y de mantener servicios o guardias mínimas,

(13)Ushakoba, Tatsiana, "El Derecho de la OIT para el trabajo a distancia: ¿una regulación superada o todavía aplicable?", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 3, núm. 4, octubre-diciembre de 2015

(14) El DNU 297/20 del 20.3.20 y la Decisión Administrativa 450, 2.4.20 de la Jefatura de Gabinete; Res. MTESS 276, 30.3.20, los consideró "personal esencial", en los términos de la Res. MTESS 207 del 16.3.20. Por lo tanto: "La continuidad de tales actividades en estas circunstancias constituye una exigencia excepcional de la economía nacional (artículo 203, Ley de Contrato de Trabajo Nro. 20.744, T.O. 1976 y sus modificatorias)".

según lo establecido en el art. 24 de la Ley 25.877 de 2004 y reglamentado por el Decreto 272/06. En principio aquella categoría se encuentra referida en la prescripción de esa norma y por lo tanto, "cuando por un conflicto de trabajo alguna de las partes decidiera la adopción de medidas legítimas de acción directa que involucren actividades que puedan ser consideradas servicios esenciales, deberá garantizar la prestación de servicios mínimos para evitar su interrupción".

En principio, como se ve, esta disposición general no prohíbe o suprime la huelga, sino que exige servicios mínimos y el mismo régimen, es taxativo, codificado, cuando se trata de definir los servicios esenciales ya que se refiere estrictamente a "los servicios sanitarios y hospitalarios, la producción y distribución de agua potable, energía eléctrica y gas y el control del tráfico aéreo", todos ellos comprendidos dentro las categorías de las normas de emergencia sanitaria.

¿Pero qué ocurre con las otras? El mismo art. 24 dispone que, en este caso, por no estar comprendida, "podrá ser calificada excepcionalmente como servicio esencial, por una comisión independiente integrada según establezca la reglamentación, previa apertura del procedimiento de conciliación previsto en la legislación, en los siguientes supuestos: a) Cuando por la duración y extensión territorial de la interrupción de la actividad, la ejecución de la medida pudiere poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población; b) Cuando se tratara de un servicio público de importancia trascendental, conforme los criterios de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo".

Lo que acontece es que hay ahora una declaración también taxativa aunque amplia en las normas de emergencia sanitaria 2020 por sobre el listado de servicios esenciales de la ley 25.877, lo que bien podría ser utilizada por el MTESS para obligar a las partes a cumplir con las disposiciones procesales de la ley 27.877 y su reglamentación. Si bien hubo un precedente de conflicto con la "huelga sanitaria" de empleados del Poder Judicial de la Nación el 16.3.2020 reclamando condiciones de trabajo adecuadas, fue anterior al recrudescimiento de las medidas oficiales relativas a la pandemia y no implicó suspensión de las "guardias judiciales". Seguramente, la actuación de la Comisión de Garantías demoraría un tiempo el proceso y, siempre hipotéticamente, se acudiría a algún atajo para ocuparse del conflicto y sus consecuencias. Aquí se está hablando en un gran abanico de casos, del riesgo de la vida, la salud y la seguridad. En otros, no estarían en riesgos estos valores esenciales.

Pero a su vez, el art. 24 Ley 25.877, remite a los criterios de los organismos de control de OIT. En este sentido, el Comité de Libertad Sindical se ha manifestado restrictivamente acerca de la catalogación de esencial, desestimando numerosos pedidos, pero también ha incursionado en situaciones que se podrían asimilar a la que se está analizando. Así ha entendido que: "Para determinar los casos en los que podría prohibirse la huelga, el criterio determinante es la

existencia de una amenaza evidente e inminente para la vida, la seguridad o la salud de toda o parte de la población" y, a la vez "Lo que se entiende por servicios esenciales en el sentido estricto de la palabra depende en gran medida de las condiciones propias de cada país. Por otra parte, este concepto no es absoluto puesto que un servicio no esencial puede convertirse en servicio esencial cuando la duración de una huelga rebasa cierto período o cierto alcance y pone así en peligro la vida, la seguridad de la persona o la salud de toda o parte de la población"<sup>(15)</sup>. E inclusive, se puede declarar ilegal: "Una disposición que se permite al Gobierno suspender una huelga e imponer el arbitraje obligatorio por motivos de seguridad nacional o salud pública, no es en sí contraria a los principios de la libertad sindical siempre que se aplique de buena fe y con apego al significado habitual de los conceptos de "seguridad nacional" y "salud pública"<sup>(16)</sup>.

Aquí podría surgir un difícil balance entre aquellos derechos fundamentales y la libertad sindical. La Corte Suprema de Justicia se ocupó de la huelga como derecho humano laboral confrontándola con "los derechos del empleador (libertad de comerciar, de ejercer toda industria lícita, etc.) así como también con derechos de terceros o de la sociedad (de transitar, de enseñar y aprender, a la protección de la salud, a la adquisición de bienes para una adecuada alimentación y vestimenta, a que se asegure la calidad y eficiencia de los servicios públicos, etc.)" inclinándose en 2016 por una interpretación restrictiva porque solamente atribuye a los sindicatos inscriptos la facultad de decidirla<sup>(17)</sup>.

Pero aquí la huelga puede ejercerse para salvar exactamente los mismos valores o bienes jurídicos de protección general de la población si, por ejemplo, las condiciones de trabajo en el establecimiento (o en el trayecto) en servicios esenciales en el marco de la crisis sanitaria implican riesgos a la vida, la salud o la seguridad de los trabajadores. Hay un punto de confluencia y no una posible colisión entre libertad sindical y derechos fundamentales de primer orden que son los que se tratan de garantizar mediante las limitaciones a la huelga en servicios esenciales. No habría dudas en cambio, cuando se tratara de optar entre los valores esenciales que se están referenciando y otros de tipo meramente

(15) OIT, Comité de Libertad Sindical, La libertad sindical, Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical, Ed. 2018, parr. 836 y 837.

(16) OIT...cit. parr. 916.

(17) Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Orellano, Francisco Daniel c/ Correo Oficial de la República Argentina S.A.", 7/6/16. "Esa tensión entre derechos de difícil armonización ha llevado a que los diversos ordenamientos jurídicos supediten el ejercicio del derecho de huelga al cumplimiento de determinadas condiciones o recaudos que configuran su marco de legalidad. De ahí la importancia de la calificación legal de la huelga que, como lo ha puesto de relieve reiteradamente esta Corte, constituye un requisito ineludible para decidir sobre sus consecuencias (Fallos: 251:472; 254:58 y 65; 256:307 y 562; 265:293; 266:191, entre varios más)". Ver comentario: ARESE, César, "El fallo "Orellano" de la Corte Suprema sobre titularidad sindical del derecho de huelga. Relativo encogimiento de un derecho fundamental de los sindicatos y de los trabajadores", *Revista Derecho Laboral Actualidad*, 2016 II.



económicos y que encontraran otro procedimiento o medio adecuado, proporcional y razonable<sup>(18)</sup>.

Como puede verse, el tema está a disposición para una especial ponderación en un marco fáctico y jurídico novedoso. Empero, los principios y valores que inspiran y persigue la actuación a través de la libertad sindical y el derecho de huelga, son precisamente la protección y avance en derechos humanos laborales coincidentes y confluentes con los derechos humanos de los ciudadanos relativos a su vida, salud y seguridad.

Ahora bien, debe aclararse que durante más de década y media de vigencia de los dispositivos legales referidos, la Comisión de Garantías actuó en muy pocas oportunidades y las declaraciones de ilegalidad de medidas de acción en servicios esenciales prácticamente inexistentes<sup>(19)</sup>. En Argentina, los procedimientos de solución de conflictos colectivos poseen un alto grado de aceptación y efectividad.

### *C. Suspensión de actividades sindicales y el derecho de huelga*

El marco anterior, se presenta a su vez, con una medida casi inédita de limitación de la libertad sindical: la suspensión de los procesos electorales, con prórroga de mandatos de representantes sindicales como así también, por treinta días de “todo acto institucional que implique la movilización, traslado y/o aglomeración de personas, de todas las asociaciones sindicales inscriptas en el registro de esta Autoridad de Aplicación” (art. 1 Res. MTESS 238 del 16.3.2020). Se dice “casi” inédita porque durante la dictadura militar 1976-1983 se dictó la suspensión general de la actividad sindical aunque los motivos y objetivos eran obviamente suprimir a los trabajadores organizados en el ejercicio de la libertad sindical para implantar un plan militar de persecución política y un plan económico que tuvo como principales víctimas a los propios trabajadores y sus derechos.

Pero ahora, el motivo es obviamente otro y loable, evitar actos que implique reuniones masivas o contactos entre personas, pero existen consecuencias

(18) Arese, César, “Sobre confrontación de derechos fundamentales”, *Revista Derecho del Trabajo*, Ed. La Ley, Bs. As. Diciembre 2017.

(19) Sobre el tema en general ver Arese, César, *Derecho de los conflictos colectivos*, 1ra. Ed. Ed. Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2017, Capítulo IV, Conflictos colectivos en servicios esenciales”. Se anexa síntesis de las resoluciones de diez resoluciones de la Comisión de Garantías de Servicios Esenciales.

en el ejercicio de la libertad sindical, especialmente en la toma de decisiones, preparación y ejercicio de planes de acción sindical. En particular, se está aludiendo la eventual debilidad sindical de respuesta reivindicativa o defensiva en conflicto. Sería imposible practicar la modalidad de manifestaciones, piquetes, asambleas, etc. que implique la reunión de un conjunto de trabajadores. Aquí habrá seguramente, alternativas creativas que garanticen la efectividad de la respuesta, seguramente. De hecho, los medios no presenciales y tecnológicos de acción directa como la ciberhuelga, “escraches” (etiquetado), etc. pueden ser más efectivos que la huelga tradicional y los modos de organización, toma de decisiones y acción virtual, se están expandiendo cotidianamente en el mundo sindical<sup>(20)</sup>.

Con efectos institucionales y legales, pero en todo caso políticos internos que prácticos en materia de conflictos y actuación general del sindicato, el plazo de prórroga de mandatos sindical se prolongó por 120 días por Res. MTESS 259/2020.

Las medidas se presentan con fines públicos, razonabilidad, tiempo cierto y fuente formal incuestionable en la emergencia sanitaria de la 27.541 del 31.12.2020, aunque, como se aprecia con impacto práctica e institucional sobre la libertad sindical, lo que no es un dato nuestro, porque se trata de un derecho humano laboral garantizado por los convenio de OIT 87, 98 y 135, a más de otros instrumentos normativos supracionales de Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, a más claro está, que la Constitución Nacional (arts. 14 bis).

### **IV. Final de la “Guerra del Cerdo”**

En el “Diario de la guerra del cerdo” se da cuenta que la conflagración concluyó cuando Isidoro Vidal, un hombre mayor, se encontró un amor en pareja y entonces, retornó a su tertulia del café de amigos siempre. Hoy, en días de aislamiento, esas mesas de café son para todos, una dolorosa nostalgia. En términos sociales, la aptitud del alma humana, amar, se puede traducir como la capacidad de ser fraternales y solidarios. Si se quiere volver a vivir en comunidad (con largos cafés incluidos) y reencontrarse con todos los afectos más queridos indemnes, la solidaridad social es necesaria y logrará vencer al coronavirus.

(20) Ver. Arese César, capítulo “Tiempos Modernos” en Arese, César (Dir.), *Nuevas tecnologías, presente y futuro del Derecho del Trabajo*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2019.

## PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN EL SENO DE LA EMPRESA ANTE LA CRISIS SANITARIA DEL COVID-19: ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

### *Prevention of Occupational Risks within the company in the face of the COVID-19 health crisis: analysis from the point of view of Spanish legislation*

Eduardo E. Taléns Visconti (\*)

**RESUMO:** O artigo analisa sucintamente quais especialidades existem em termos de EPI em relação à doença do “coronavírus”. Com base no risco de exposição ao “coronavírus”, ele analisa os níveis e medidas de proteção estabelecidos pelo empregador que devem ser ajustados e aplicados, dependendo da natureza das atividades, da avaliação de riscos para os trabalhadores e das características da empresa. Agente biológico e suas responsabilidades.

**PALAVRAS-CHAVE:** Equipamento de proteção. Coronavírus. Responsabilidade

**ABSTRACT:** The article succinctly analyzes which specialties exist in terms of PPE in relation to “coronavirus” disease. Based on the risk of exposure to “coronavirus”, it analyzes the levels and protective measures established by the employer that must be adjusted and applied, depending on the nature of the activities, the risk assessment for workers and the characteristics of the company. Biological agent and its responsibilities.

**KEYWORD:** Protective equipment. Coronavirus. Responsibility.

**SUMÁRIO:** 1. El genérico deber de PRL por parte del empresario. 2. El específico deber de PRL en relación con la pandemia del “coronavirus”. 2.1. Las diferentes modalidades de exposición al riesgo de contagio. 2.2. Medidas que debe adoptar la empresa en función del riesgo de contagio por “coronavirus”. 3. El tratamiento de los datos por parte del empresario en relación con la enfermedad del “coronavirus”. 4. Los deberes de los trabajadores en materia de PRL: la obligación de informar acerca del estado de la salud en relación con el “coronavirus”. 5. La responsabilidad del empresario en materia de PRL en los supuestos especiales del “coronavirus”.

Las empresas pueden adoptar medidas organizativas o preventivas que, de manera temporal, eviten situaciones de contacto social, sin necesidad de paralizar su actividad. Junto con ello, en determinadas situaciones también pueden adoptar, como medida de prevención, la paralización de la actividad y el cierre de los centros de trabajo. Este último escenario ha venido impuesto para multitud de actividades por mor del RD 435/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. A raíz del mismo se limita la libre circulación de personas y cuenta con una ANEXO que incluye la relación de equipamientos y actividades cuya apertura al público queda suspendida con arreglo a lo dispuesto en su artículo 10.3. Quiero con ello expresar que para determinadas empresas ya no existen medidas de prevención que aplicar, toda vez que han sido cerradas tras la aprobación del citado Decreto. Para todas estas situaciones habrá que acudir a otra serie de mecanismos que serán abordados en este mismo Curso, pero en otros capítulos,

tales como los ERTES y otra serie medidas inherentes a la paralización de la actividad productiva o de servicios. No en vano, todavía sigue siendo posible que un numeroso conjunto de empresas y de Administraciones Públicas sigan realizando su actividad, en todo caso, sin una normalidad absoluta. Por ello, entiendo todas ellas deberán de adoptar medidas de Prevención de Riesgos relacionadas con la propagación del COVID-19 en favor de sus empleados.

#### 1. El genérico deber de PRL por parte del empresario

Como punto de partida, cabe poner de manifiesto que sobre el empresario recae un genérico deber de prevención frente a los riesgos derivados de actividad laboral. Así lo establece con rotundidad el artículo 14 LPRL, que indica que “los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo”. La contrapartida de este derecho es el correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales.

Por lo tanto, el genérico deber de protección por parte del empresario implica que este tiene que garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores que presan

(\*) Profesor Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Valencia

servicios y que están bajo su ámbito de dirección. En todo caso, las empresas deberán adoptar aquellas medidas preventivas de carácter colectivo o individual que sean indicadas, en su caso, por el servicio prevención de acuerdo con la evaluación de riesgos, esto es, en función del tipo de actividad, distribución y características concretas de la actividad que la empresa realice.

La Directiva 89/391 CEE, que trata de la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores, establece como deberes del empresario:

- Evitar los riesgos laborales.
- Evaluar los riesgos que no se puedan evitar.
- Combatir los riesgos en su origen.
- Adaptar el trabajo a la persona.
- Tener en cuenta la evolución de la técnica.
- Sustituir lo peligroso por lo que entraña poco o ningún peligro.
- Planificar la prevención.
- Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual
- Dar las debidas instrucciones a los trabajadores

El artículo 15 de nuestra LPRL reproduce este elenco de deberes, siendo que, a mi modo de ver, una de ellas es bastante importante en la gestión de la reciente crisis ocasionada por la pandemia del “coronavirus”. Me estoy refiriendo al apartado h) del señalado precepto, que obliga al empresario a: “Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual”. Tal y como expondré más adelante, la situación en España ha llegado a tal punto que las medidas que cabe adoptar cuando un trabajador se haya contagiado no pasan por ordenar su propia cuarentena, es decir, dar un solución “individual” al problema, sino que seguramente sea necesario llevar a cabo otras soluciones distintas que supongan la protección de la colectividad de los restantes trabajadores e, incluso, la de ciudadanía.

## 2. El específico deber de PRL en relación con la pandemia del “coronavirus”.

### 2.1. Las diferentes modalidades de exposición al riesgo de contagio.

De acuerdo con la *Guía para la actuación en el ámbito laboral en relación el nuevo coronavirus*, elaborada por el Ministerio de Trabajo y Economía Social, para la protección de las personas trabajadoras con riesgo de exposición COVID-19, hay que partir de una serie de premisas:

- a) El “coronavirus” es un *virus desconocido* anteriormente en la patología humana.
- b) Las *medidas de aislamiento*, en los casos investigados, constituyen la *primera barrera de protección* tanto la persona trabajadora afectada como de las restantes susceptibles de contacto con la paciente.

Por este motivo, cabe tener en cuenta que la precaución a la hora de actuar frente a esta pandemia debe de ser específica, teniendo en cuenta que no somos conocedores, con exactitud, de la virulencia de su transmisión y propagación. En este sentido, todo apunta a que *las medidas aislamiento son en estos casos las más eficaces* y, en determinados casos, las únicas que cabe proyectar. No obstante, en tanto en cuanto, por el momento, es todavía posible que numerosas empresas puedan seguir con su actividad, en este breve estudio llevaré a cabo una aplicación de las medidas de PRL siguiendo una escala ascendente, es decir, que irá *in crescendo* en función de las evidencias y circunstancias concurrentes en una determinada empresa.

En este sentido, las acciones que seguidamente propondré tendrán que ir adoptándose en función del nivel del riesgo existente en un determinado centro de trabajo y, por descontado, de la concreta actividad productiva desarrollada.

Según el *Procedimiento de actuación para los servicios de PRL frente a la exposición al nuevo coronavirus*, publicado por el Ministerio de Trabajo y Economía Social el día 5 de marzo de 2020 (elaborado por diferentes organizaciones y administraciones) existe:

— Una “*baja probabilidad de exposición*” en aquellas actividades en la que: “*los trabajadores que no tienen atención directa al público o, si la tienen, se produce a más de dos metros de distancia, o disponen de medidas de protección colectiva que evitan el contacto (mampara de cristal, separación de cabina de ambulancia etc.)*”.

— Una “*exposición de riesgo bajo*” en: “*aquellas situaciones laborales en las que la relación que se pueda tener con un caso probable o confirmado no incluye contacto estrecho*”.

La propia Guía reconoce que existe “*contacto estrecho*” en:

a) Cualquier trabajador que proporciona cuidados a un caso probable o confirmado sintomático: trabajadores sanitarios y otros trabajadores que vayan a tener otro tipo de contacto físico similar.

b) Cualquier trabajador que esté en el mismo lugar que un caso probable o confirmado sintomático a una distancia menor de 2 metros (ej. visitas, reuniones/viajes de trabajo).

c) Se considera contacto estrecho en un avión u otro medio de transporte a los miembros de las tripulaciones que atienden a pasajeros sintomáticos que vuelven de una zona de riesgo.

\*En estos momentos ya no se puede sostener, únicamente, el hecho de haber estado en una zona de riesgo, dado que el problema ya está más que asentado en España, por lo que el riesgo lo ya lo tenemos con la gente y zonas de nuestro propio país.

— Por su parte, significa una “*exposición de riesgo*”: “*aquellas situaciones laborales en las que se puede producir un contacto estrecho con un caso confirmado de infección por el SARS-CoV-2 sintomático*”.

## 2.2. Medidas que debe de adoptar la empresa en función del riesgo de contagio por “coronavirus”

En función del riesgo de exposición al “coronavirus”, los niveles y medidas de protección que se establezcan por parte del empresario deben ajustarse y aplicarse en función de la naturaleza de las actividades, la evaluación del riesgo para los trabajadores y las características del agente biológico. Entre las medidas que un empresario puede adoptar, de acuerdo con las indicaciones del servicio de prevención (si lo hubiere), están las siguientes:

a) En todo caso, entiendo que es *completamente ineludible* que el empresario proporcione *información sobre medidas higiénicas*, tales como lavarse las manos con frecuencia, no compartir objetos, ventilación del centro de trabajo y la limpieza de superficies y objetos. Estas medidas son las que de forma persistente nos han ido diciendo a todos los ciudadanos las autoridades sanitarias a través de los medios de comunicación.

Ahora bien, entiendo que las medidas mínimas de PRL que se deben de implementar por parte de empresas no deben de reducirse a una mera información, sino que, además, deberán *poner a disposición de las personas trabajadoras el material higiénico necesario*. Me estoy refiriendo, como mínimo, a los *dispensadores de geles con alcohol* para el lavado y desinfección de las manos después de tocar objetos. Junto con ello, deberán de adoptar los protocolos de limpieza que fuesen precisos, *desinfectando* con la mayor eficacia e intensidad posible los lugares de mayor exposición o usos comunes. Dependiendo de la actividad desarrollada, el material proporcionado por parte de la empresa deberá de ser mayor y, en determinados casos, también deberá de incluir  *mascarillas y/o guantes*.

\* El uso de los EPI (Equipos de Protección Individual) en el lugar de trabajo está vinculado a la aplicación del Real Decreto 773/1997 (Directiva 89/656/CEE) relativo al uso de los EPI y al Reglamento (UE) 2016/425 relativo a su comercialización.

\* En relación con los EPI, la recomendación es utilizar aquellos que sean desechables. No en vano, dada la escasez existente, sobre todo en lo que se refiere a las mascarillas, entiendo que deben de proporcionarse aquellas que puedan desinfectarse después del uso, siguiendo las recomendaciones del fabricante.

\* Por lo que se refiere a la *protección respiratoria*, está especialmente recomendada para el personal sanitario que pueda estar en contacto a menos de 2 metros con casos en investigación o que hayan sido confirmados. Deben de utilizar una mascarilla “*autofiltrante tipo FFP2 o media máscara provista con filtro contra partículas P2*”. Las mascarillas auto filtrantes (que deben cumplir la norma UNE-EN 149:2001 +A1:2009) o, en su caso, los filtros empleados (que deben cumplir con las normas UNE-EN 143:2001) *no deben reutilizarse y, por tanto, deben desecharse tras su uso*. Las medias máscaras (que deben cumplir con la norma UNE-EN 140:1999) *deben limpiarse y desinfectarse después de su*

*uso*. Para ello se seguirán estrictamente las recomendaciones del fabricante y, en ningún caso, el usuario debe aplicar métodos propios de desinfección ya que la eficacia del equipo puede verse afectada.

En mi opinión, en la actualidad, el uso de mascarillas debería *de proveerse a otra serie de trabajadores que están necesariamente en contacto con los consumidores y usuarios* y sobre cuya actividad no se ha decretado su cierre obligatorio. Estoy pensando, particularmente, en los trabajadores que prestan servicios en farmacias y en tiendas de alimentación (en este último caso, especialmente las personas que están en los lineales de caja, donde no parece que se respete la distancia recomendada por los sanitarios). Pero no sólo para estos, pues existe otra serie de comercios que por no concentrar en su interior a un número elevado de personas podrían continuar con su actividad. Desde mi punto de vista, las empresas que permanecen abiertas al público deberían de procurar facilitar a sus empleados un EPI adicional consistente en la necesidad de usar mascarilla (siempre que ello sea posible). Podría, quizás, obviarse en otro tipo de trabajadores que no estén en contacto directo con los clientes, a los que, en todo caso, cabrá asegurarles las debidas medidas de higiene y de distancia anteriormente comentadas.

\* Los *guantes de protección* deben cumplir con la norma UNE-EN ISO 374.5:2016. En actividades de atención al paciente y en laboratorios, los guantes que se utilizan son desechables ya que las tareas asociadas requieren destreza y no admiten otro tipo de guante más grueso. Sin embargo, es importante destacar que, en otra actividad que no requiera tanta destreza, como por ejemplo en tareas de limpieza y desinfección de superficies que hayan estado en contacto con pacientes, puede optarse por la utilización de guantes más gruesos, más resistentes a la rotura. En este sentido, entiendo que tanto *el personal sanitario como el personal de limpieza deberían de utilizar guantes*, siendo los mismos facilitados por el empleador. Pero no sólo, en mi opinión, para otra serie de trabajadores también sería necesaria la utilización de guantes. Me estoy refiriendo a *todas aquellas actividades que manipulen objetos que han sido tocados por otras personas que pueden ser, perfectamente, transmisoras del virus*. Junto a las profesiones que normalmente y fuera de situaciones de pandemia sí que suelen utilizar guantes desechables, estoy pensando muy especialmente en las personas que están en las cajas de los supermercados, que van pasando cientos de productos con sus manos descubiertas. Estos mismos productos los han tocados otras personas, sin poder conocerse con exactitud si ese cliente ha tocado con anterioridad o puede ser transmisor del virus. Pero no sólo parece sensato ponerlo a los empleados de supermercado (extremo que, salvo error de apreciación por mi parte, no se está llevando a cabo), pues habrá que analizar, caso por caso, aquellas actividades que el RD 435/2020, de 14 de marzo, no ha prohibido y que pueden tener un mayor riesgo por el contacto mantenido con objetos y superficies potencialmente infectadas.

\* *La protección ocular y facial se debe usar cuando haya riesgo de contaminación de los ojos a partir de salpicaduras o gotas (por ejemplo: sangre, fluidos del cuerpo, secreciones y excreciones). Los protectores oculares certificados con base a la norma UNE-EN 166:2002 para la protección frente a líquidos pueden ser gafas integrales frente a gotas o pantallas faciales frente a salpicaduras (ambos, campo de uso 3), donde lo que se evalúa es la hermeticidad del protector (en el caso de la gafa integral) o la zona de cobertura del mismo (en el caso de la pantalla facial). No obstante, es posible el uso de otro tipo de protector ocular, como sería el caso de gafas de montura universal con protección lateral, para evitar el contacto de la conjuntiva con superficies contaminadas, por ejemplo, contacto con manos o guantes. Habrá que analizar en cada caso concreto las actividades que pueden consistir en la manipulación de ciertos objetos que, eventualmente, puedan entrar contacto con los ojos y tengan riesgo de contagio por esta vía.*

b) Adoptar, en su caso, *medidas específicas para las personas trabajadoras especialmente sensibles*. El artículo 25 LPRL le impone al empresario la obligación de dispensar una protección especial a los trabajadores sensibles a determinados riesgos. En el caso del “coronavirus”, el empresario puede ser conocedor –o no– de algunas patologías previas por parte de los trabajadores que se pueden llegar a complicar en caso de coger la enfermedad. Si las conociera, tendría que actuar de forma excepcional a favor de la protección de estas personas más sensibles a las secuelas de la enfermedad del “coronavirus”. En este sentido, a las personas que tengan una determinada edad o que presenten patologías previas (conocidas por el empresario) habrá que realizarles ciertos cambios en la prestación de servicios, facilitares EPI adicionales o, en su caso, enviarlos directamente a casa a “teletrabajar” y, si esto no fuera posible, suspenderles la relación contractual.

c) *Organizar el trabajo de modo que se reduzca el número de personas trabajadoras expuestas a un determinado riesgo*. En el caso del “coronavirus” esto puede llevarse a cabo estableciendo reglas para evitar y reducir la frecuencia y el tipo de contacto de persona a persona. Se trata de una serie de medidas de contención ante la ausencia de trabajadores de la empresa que hayan dado positivo en la enfermedad por “coronavirus”.

En este sentido, cuando no exista ningún positivo en el seno de la empresa estas medidas pueden pasar por reordenar los turnos de trabajo, si los hubiere, evitar la proximidad dentro del centro de trabajo, etc. Junto con ello, una de las prevenciones más eficaces y que ya ha sido adoptada por muchas empresas es, en la medida de lo posible, enviar a sus trabajadores a prestar servicios desde el domicilio, a través del teletrabajo. Esta medida se alinea, además, con las adoptadas por el Gobierno en relación con el confinamiento de los ciudadanos y la necesidad de no salir de sus casas salvo en supuestos estrictamente necesarios.

Por esta razón, es una medida de responsabilidad social que todas aquellas empresas cuya actividad no haya sido expresamente prohibida intenten organizar a sus empleados manteniendo sus contratos vigentes, pero *ordenando trabajar desde casa* o acudiendo al centro de trabajo lo menos posible. El recurso al teletrabajo de toda o parte de la plantilla es una solución que deberían de adoptar todas las empresas que tuvieran medios disponibles para poder llevarlas a cabo, es decir, que toda o parte de la actividad pueda desarrollarse por la vía del teletrabajo (cuyo régimen jurídico aparece contemplado expresamente en el artículo 13 ET). Dada la singularidad de este método de prestación de servicios dedicaremos un capítulo separado dentro de este Curso para analizar todas las cuestiones prácticas que derivan de la prestación de servicios a través del teletrabajo, pues la importancia que la misma está teniendo en la crisis pandémica ocasionada por el “coronavirus” es evidente. El RDL 8/2020, de 17 de marzo, reconocer en su EM que el trabajo no presencial se configura como un “instrumento de primer orden para conjugar las necesarias medidas de aislamiento y contención de la propagación del virus y, al mismo tiempo garantizar la continuidad en el ejercicio de numerosas actividades empresariales, económicas y sociales”. Efectivamente, el teletrabajo permite que las personas trabajadores se queden en sus respectivos domicilios y, por su parte, puede evitar la paralización total o parcial de la actividad productiva. No en vano, desde estas líneas simplemente me gustaría manifestar que el empresario sigue siendo el sujeto responsable de la protección de la salud y de la seguridad profesional del “teletrabajador”, conforme a la Directiva 89/391/CEE, así como a las directivas particulares, legislaciones nacionales y convenios colectivos pertinentes.

En este orden de cosas, el empresario *tendrá que informar al “teletrabajador” de la política de la empresa en materia de salud y seguridad en el trabajo*, en especial, sobre las exigencias relativas a las posturas y demás cuestiones relativas a la utilización de ordenadores, cansancio visual y otra serie de herramientas informáticas. Aquí se revela de suma importancia dejar plenamente claro al trabajador los periodos de descanso y la duración de la jornada. Es posible la monitorización de la jornada siempre y cuando se informe al trabajador de esta medida y que la misma no sea desproporcionada ni atente contra su derecho fundamental a la intimidad.

Ahora bien, de forma excepcional, el artículo 5 del RDL 8/2020, en aras de facilitar el recurso a la adopción del teletrabajo como medida preferente a los ER-TES suaviza de forma muy notable las obligaciones en materia de PRL. Esto se hace, particularmente, para empresas que no suelen organizar su actividad a través del teletrabajo y que, por ende, adopten esta solución por vez primera a causa de esta crisis que exhorta al confinamiento domiciliario. En este sentido, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5 del RDL 8/2020, en estos casos, para colmar con la necesidad de que la empresa articule un sistema de PRL bastará, con carácter excepcional, con facilitar al trabajador

una serie de recomendaciones que deberá de completar a través de una autoevaluación realizada de forma voluntaria. Varias cuestiones me gustaría destacar del anterior aserto:

— En primer lugar, que se trata de una medida excepciones y, por lo tanto, solamente se suaviza las obligaciones empresariales en materia de PRL relacionadas con el teletrabajo mientras dure esta crisis del “coronavirus”. Por ello, una vez vuelta a la normalidad estas medidas de PRL se incrementarán y volverán a exigirse con plenitud.

— Parece que la exoneración solamente alcanza a las empresas que por vez primera se vean abocadas a enviar a sus empleados a trabajadores desde sus domicilios. En este sentido, las empresas que ya venían practicando esta modalidad sí que deberán proporcionar sus habituales medidas de PRL.

— En relación con la autoevaluación, aunque la norma no lo disponga expresamente, entiendo que se tendría que realizar preferiblemente *On line*.

— En último término y, quizás, como elemento más importante, es que la citada autoevaluación como medida de PRL es completamente voluntaria para el trabajador. Por lo tanto, el trabajador la podrá completar esta evaluación o no hacerlo, sin que de su decisión se deriven consecuencias negativas para la empresa. Ahora bien, entiendo que la empresa sí que debe de facilitar, necesariamente, dicha autoevaluación. De lo que se le dispensa es de vigilar que sus trabajadores la han completado, es decir, no se les obliga a comprobar que las medidas de PRL han calado en el trabajador ni que este las conocer a la perfección. Se trata sin duda, de un aligeramiento de la posición de la empresa en materia de PRL que le exonera de responsabilidad en este punto.

Especialmente relacionado con la PRL está el tema de la *desconexión digital*. Existen varios estudios que aseveran que estar permanentemente conectados al trabajo a través de un dispositivo digital redundan en riesgos psicosociales (podemos destacar, entre otros, el “síndrome de estar quemado” o *burnout*). A tales efectos debemos de tener presente lo dispuesto por el artículo 88.3 LOPDGDD que expresamente dispone que “*en particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas*”. Por lo tanto, en este preciso instante en el que existe una pluralidad de trabajadores prestando servicio a distancia, junto con las cuestiones que serán comentadas en su correspondiente apartado, en este punto me gustaría destacar la necesidad de preservar las obligaciones en materia de PRL y, concretamente, asegurar la necesaria desconexión digital. La legislación (LOPDGDD), más allá de ordenar esta obligación, no dice nada más al respecto. Por ello, se tendrá que acudir a los convenios colectivos aplicables a un determinado sector o empresa para determinar las modalidades y protocolos acordados para hacer efectiva la desconexión digital en el caso del teletrabajo.

Dada la proximidad en el tiempo de la LOPDGDD (diciembre de 2018) y, ante la ausencia de previsión por parte de algunos convenios, *será el propio empresario quien estará obligado a garantizar que los teletrabajadores tienen una jornada más o menos establecida, disponiendo del debido tiempo destinado para el descanso*.

d) En último término, en un supuesto como el presente y de acuerdo con lo establecido por el artículo 21 LPRL, en lo que atañe al riesgo de contagio por “coronavirus”, cuando las personas trabajadoras estén o puedan estar expuestas a un riesgo grave e inminente con ocasión de su trabajo, *la empresa estará obligada a:*

— *Informar lo antes posible* acerca de la existencia de dicho riesgo.

— *Adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, las personas trabajadoras puedan interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo.*

La paralización de la actividad también está prevista que la puedan llevar a cabo los propios trabajadores. En este sentido, las personas que, además del empresario pueden llegar a adoptar medidas de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 LPRL son las siguientes:

1. *Las personas trabajadoras pueden paralizar su actividad y abandonar el lugar de trabajo.* Si existen motivos justificados los trabajadores no podrían ser sancionados por ello, salvo que se demuestre que obran de mala fe. En este sentido, si un trabajador presenta síntomas relacionados con el “coronavirus”, ha mantenido un contacto directo con una persona infectada y, a mayor abundamiento, si ha dado positivo en el test, deberá de dejar de prestar servicios, comunicando esta vicisitud a la empresa. Jun con ello, en mi opinión, si una persona trabajadora es absolutamente conocedora de que en el entorno laboral hay un compañero/a que ha dado positivo en el test del “coronavirus”, en función del contacto o proximidad mantenido con el mismo/a, podrá abandonar su puesto de trabajo, poniendo en conocimiento de su decisión al empresario, explicándole naturalmente los motivos. Se trata, en suma, de *una medida individual de cuarentena que tiene que adoptar el propio trabajador infectado, pero que, junto con ello, también deberán de hacerlo los compañeros que hayan tenido contacto directo con esta persona o compartan un espacio de trabajo con proximidad física.*

2. *Los representantes de los trabajadores, por mayoría, pueden decidir paralizar la actividad* si consideran que el empresario no cumple con sus obligaciones de adoptar las medidas preventivas necesarias para evitar este riesgo. De este modo, en el caso que en la empresa existan representantes legales de los trabajadores, ante la noticia de la existencia de alguna persona del centro de trabajo que ha dado positivo en el test de “coronavirus”, estos podrían advertir a los trabajadores sobre la paralización la prestación de servicios. Dicho acuerdo *será comunicado de inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual, en el plazo*

de veinticuatro horas, anulará o ratificará la paralización acordada. Parece que, en un escenario como el que estamos viviendo, la autoridad laboral, previsiblemente, ratificará la paralización acordada por los representantes legales y, en sentido contrario, deberá de motivar su negativa.

3. Los Delegados de Prevención también pueden decidir paralizar la actividad, por mayoría de sus miembros, en los casos en los que no sea posible reunir con la urgencia requerida al órgano de representación del personal. Esta previsión está pensada para empresas con representación legal dispersa o que, por su elevado número, sea complicado reunirlos a todos con urgencia para poder adoptar la decisión. En este sentido, para ganar tiempo, los Delegados de Prevención podrán adoptar dicho acuerdo con los mismos requisitos y formalidades que he comentado en el párrafo anterior.

Las personas trabajadoras y sus representantes no podrán sufrir perjuicio alguno derivado de la adopción de esta medida, a menos que hubieran obrado de mala fe o cometido negligencia grave.

El artículo 21.1 LPRL exige la presencia de un riesgo “grave e inminente” y ante la falta de definición del mismo tenemos que acudir, sistemáticamente, a lo dispuesto por el artículo 4.4 LPRL. El señalado precepto expresa que es un riesgo “grave e inminente”: “todo aspecto que resulte probable que se materialice en un futuro inmediato y pueda ser causa de gravedad para la salud de todos los trabajadores del puesto”.

Tratándose de una situación excepcional en la que se requiere a la empresa una actividad de prevención adicional, la interpretación que debe darse a la “situación de riesgo grave e inminente” debe de ser, con carácter general, restrictiva.

En cuanto a la inmediatez del riesgo, la mera suposición o la alarma social generada no son suficientes para entender cumplidos los requisitos de la norma, debiendo realizarse una valoración carente de apreciaciones subjetivas y que tenga exclusivamente en cuenta hechos fehacientes que lleven a entender que la continuación de la actividad laboral supone la elevación del riesgo de contagio para las personas trabajadoras. En estos momentos, una vez dictados los RDL 6 y 7/2020 y tras el anuncio del Estado de Alarma decretado por el Gobierno, *el riesgo debemos de considerarlo inminente y, además, carente de apreciación subjetiva, es decir, cabe considerarlo como un riesgo objetivo y, por descontado, grave*. Por este motivo, en el momento actual en el que nos encontramos, *el artículo 21 LPRL puede operar en el seno de las empresas españolas con total y absoluta legitimidad en los casos en los que se considere que la actividad productiva queda expuesta a unas opciones de contagio elevadas y, muy especialmente, cuando en el centro de trabajo exista alguna persona que ha dado positivo en el test por “coronavirus”*.

En último término, no cabe perder de vista que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 13.9 LISOS se consideran infracciones muy graves “las acciones

u omisiones que impidan el ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente, en los términos previstos en el artículo 21 de la *Ley de Prevención de Riesgos Laborales*”.

### 3. El tratamiento de los datos por parte del empresario en relación con la enfermedad del “coronavirus”

La crisis del “coronavirus” en el seno de las empresas, toda vez que es un problema sanitario, nos obliga a que preguntarnos acerca de las posibilidades que tiene la empresa a la hora de tratar los datos personales de los trabajadores y la información que debe de conocer o de transmitir a sus empleados. Ante las preguntas masivas que han llegado a la *Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)*, dicho organismo ha colgado una serie de respuestas de interés sobre el tratamiento de datos en el seno de las empresas y, junto con ello, también ha publicado su *Informe 17/2020* en relación con el problema del “coronavirus”.

En el citado Informe se establece una primera regla general que viene a reconocer que la normativa de protección de datos personales, en tanto que dirigida a salvaguardar un derecho fundamental, “se aplica en su integridad a la situación actual, dado que no existe razón alguna que determine la suspensión de derechos fundamentales, ni dicha medida ha sido adoptada”. Ahora bien, en un supuesto como el presente, en el que se ha declarado el Estado de Alarma en todo el territorio nacional con motivo de la epidemia del “coronavirus”, esta afirmación cabe matizarla, siendo la propia AEPD la que excepciona ciertos aspectos relacionados con el tratamiento de datos.

El propio considerando 46 del Reglamento Europeo de Protección de Datos reconoce que “ciertos tipos de tratamiento pueden responder tanto a motivos importantes de interés público como a los intereses vitales del interesado, como por ejemplo cuando el tratamiento es necesario para fines humanitarios, incluido *el control de epidemias* y su propagación, o en situaciones de emergencia humanitaria, sobre todo en caso de catástrofes naturales o de origen humano”.

En este contexto, en el ámbito de las relaciones laborales, la regla general es que el empresario debe de conocer el estado de salud de los trabajadores, pero sólo en cuanto a la situación que le incapacite para trabajar y no sobre la concreta dolencia o enfermedad padecida. En este sentido, la persona trabajadora en situación de baja por enfermedad no tiene la obligación de informar a la empresa sobre la razón de la baja. Sin embargo, tal y como ha reconocido la AEPD, este derecho individual puede ceder frente a la defensa de otros derechos, tales como el derecho a la protección de la salud del colectivo de trabajadores en situaciones de pandemia y, más en general, la defensa de la salud de toda la población. Así, en el particular caso de la pandemia que nos acecha, *la empresa podrá conocer si la persona trabajadora está infectada o no, dato esencial y a todas luces inevitable para diseñar a través de su servicio de prevención los planes de*

contingencia que sean necesarios o, bien, los que hayan sido previstos por las autoridades sanitarias. En este sentido, *la empresa debe de conocer, con nombres y apellidos, quien es la persona infectada*, porque en función del puesto que ocupe dentro del organigrama de la empresa se deberán de adoptar unas medidas u otras, más o menos intensas, que incluso pueden llevar a paralizar la actividad siguiendo lo ordenado por el artículo 21 LPRL.

En mi opinión, *no hará falta recabar el consentimiento por parte del trabajador afectado*, toda vez que, según lo dispuesto por el artículo 9.2 b) del Reglamento Europeo de Protección de Datos, lo exceptúa para el cumplimiento de las obligaciones laborales. En este sentido, los deberes del empresario en materia de PRL no podrían materializarse si desconoce el nombre de la persona infectada. Debemos de partir de la base de que no estamos ante una dolencia o enfermedad exclusivamente individual, sino ante un problema sanitario con un potencial de contagio muy elevado que justifica sobradamente que el derecho a la protección sobre los datos de la salud deba de ceder frente a otros intereses colectivos.

Junto con ello, entiendo que el empresario estaría habilitado para *preguntar a cualquier trabajador sobre la existencia de síntomas, si ha sido diagnosticado como contagiado o si está sujeto a cuarentena*. En situaciones normales algunas de estas preguntas podría ser contraria al derecho a la protección de datos y, en consecuencia, sujeta a consentimiento previo. Pero en el concreto caso del “coronavirus” dichas respuestas son necesarias para llevar a cabo una efectiva PRL. En el caso de que alguna de estas respuestas sea positiva el empresario deberá de actuar rápidamente en consecuencia.

Otra cuestión que se suscita en relación con la protección de datos es si el empresario debe de informar al resto del personal sobre la existencia de una persona infectada en el seno de la empresa. En principio, el estado de la salud del trabajador no se debe de dar a conocer al resto de la plantilla. Ahora bien, cabe entender que en el supuesto de una pandemia con las características de la que estamos padeciendo, esta información debería de proporcionarse, eso sí, *en principio, si se puede evitar, sin identificar a la persona afectada, a fin de mantener su privacidad*. El artículo 5.1 LOPDGDD establece que *“los responsables y encargados del tratamiento de datos así como todas las personas que intervengan en cualquier fase de este estarán sujetas al deber de confidencialidad al que se refiere el artículo 5.1 f) del Reglamento (UE) 2016/679”*. Con todo, según ha expresado la propia AEDP, a requerimiento de las autoridades competentes, en particular las sanitarias, *el nombre de la persona trabajadora afectada también podría llegar a trascender*. En mi opinión, para que puedan tener virtualidad práctica las previsiones del artículo 21 LPRL, particularmente la paralización de la prestación de servicios por parte de algún trabajador o de sus representantes, puede ser necesario que el nombre del trabajador infectado trascienda. Habrá que valorar la dimensión de la empresa, los departamentos o unidades afectados y demás pormenores.

Evidentemente, en una empresa de reducidas dimensiones será bastante sencillo identificar a la persona infectada. Por lo tanto, desde mi punto de vista, *habrá que intentar, en la medida de lo posible preservar la identidad del trabajador/a infectado/a, pero en caso de que no sea posible se podrá decir el nombre, sin que con ello la empresa esté incurriendo en una infracción en materia de protección de datos, debiendo primar la salud pública y las eventuales responsabilidades que en materia de PRL podría asumir el empresario en caso de no actuar*.

#### 4. Los deberes de los trabajadores en materia de PRL: la obligación de informar acerca del estado de la salud en relación con el “coronavirus”

El artículo 29 LPRL, que transpone el artículo 13 de la Directiva del Consejo (89/391/CEE), de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, establece, también, una serie de obligaciones que los trabajadores deben de cumplir en materia de prevención de riesgos laborales.

Así, de acuerdo lo dispuesto en el primer aserto, *“corresponde a cada trabajador velar, según sus posibilidades y mediante el cumplimiento de las medidas de prevención que en cada caso sean adoptadas, por su propia seguridad y salud en el trabajo y por la de aquellas otras personas a las que pueda afectar su actividad profesional, a causa de sus actos y omisiones en el trabajo, de conformidad con su formación y las instrucciones del empresario”*. Ello se concreta en el supuesto de la pandemia ocasionada por el “coronavirus” en que los trabajadores *deberán de informar de inmediato a su superior jerárquico directo, y a los trabajadores designados para realizar actividades de protección y de prevención o, en su caso, al servicio de prevención*, acerca de cualquier situación que, a su juicio, entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y la salud de los trabajadores. De acuerdo con esta previsión:

— El trabajador que *tenga síntomas de padecer el virus*, particularmente, fiebre, tos seca y dificultades respiratorias, *deberá de ponerlo en conocimiento de la empresa y/o los delegados o el servicio de prevención*. A mayor abundamiento, este deber de colaboración deberá de llevarse a cabo cuando la enfermedad haya sido detectada, habiendo dado un resultado positivo en las pruebas que detectan el contagio por el virus.

— Entiendo que cualquier trabajador que no presente síntomas, pero que *haya estado en contacto directo con otra persona infectada, también deberá de ponerlo en conocimiento de la empresa y/o los servicios de prevención*, para que, en su caso, se puedan llevar a cabo una medida de aislamiento o se le tomen las muestras necesarias para comprobar su estado de salud. En caso de dar negativo podría retomar su actividad.

— En último término, *si un trabajador tuviera conocimiento de los síntomas de otro compañero o de su exposición a un riesgo de contagio elevado, también lo deberá de informar*, con la finalidad de la empresa pueda desarrollar las labores de PRL pertinentes.



El informe 17/2020 AEPD también va en esta misma línea, señalando que “el trabajador deberá informar a su empleador en caso de sospecha de contacto con el virus, a fin de salvaguardar, además de su propia salud, la de los demás trabajadores del centro de trabajo, para que se puedan adoptar las medidas oportunas”. El empleador deberá tratar dichos datos conforme al RGPD, debiendo de adoptarse las medidas oportunas de seguridad y responsabilidad proactiva que demanda el tratamiento (artículo 32 RGPD). Así las cosas, los empleadores podrán tratar los datos que necesarios para garantizar la salud de todos sus empleados. Esto incluye la facultad de tratar datos distintos a los del interesado para asegurar su derecho a la protección de la salud y evitar contagios en el seno de la empresa y/o centros de trabajo.

En último término, cabe advertir que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 29.3 LPRL, “el incumplimiento por los trabajadores de las obligaciones en materia de prevención de riesgos a que se refieren los apartados anteriores *tendrá la consideración de incumplimiento laboral* a los efectos previstos en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores” (en caso de funcionarios o personal laboral de la Administración Pública será una falta).

Por lo tanto, no hace falta que un convenio colectivo regule como sanción esta cuestión, toda vez que se deduce de un precepto legal.

Lo que cabrá efectuar es una graduación de la conducta del trabajador. Pero, de lo que no cabe duda, es que *cualquier trabajador que no haya informado al empresario de los síntomas padecidos, de su “contacto estrecho” con una persona infectada o de su propio positivo por “coronavirus”, podrá ser sancionado.*

En mi opinión, si un trabajador es consciente de que tiene el virus y, aun así acude a trabajar y no informa a nadie, entiendo que podrá ser *despedido de forma disciplinaria*. En el resto de casos habrá que analizar cada caso concreto y plantearse si la sanción pertinente pasa por el despido disciplinario o bien cabe interponer una medida sancionadora menor, por ejemplo, un apercibimiento o la suspensión de empleo y sueldo.

## 5. La responsabilidad del empresario en materia de PRL en los supuestos especiales del “coronavirus”

A lo largo de las anteriores páginas he ido analizando de forma sucinta qué especialidades existen en materia de PRL en relación con la enfermedad del “coronavirus”. En este sentido, el empresario debe de llevar a cabo una adecuada evaluación de los riesgos, actuar de una forma proporcionada para evitarlos y adoptar las medidas oportunas. Cualquier error del empresario en el diagnóstico, en la evitación del riesgo en la adopción de medidas puede derivar en su responsabilidad, que en esta materia puede venir por diferentes vías:

— Una primera consecuencia puede venir cualquiera de las múltiples infracciones que la LISOS

establece en materia de PRL. Por lo tanto, el empresario puede *ser sancionado por parte de la Inspección de Trabajo* cuando haya actuado a la hora de evitar o reducir el riesgo por contagio por “coronavirus”.

El artículo 12.16 LISOS considera como infracción “grave” toda la que suponga *“incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, siempre que dicho incumplimiento cree un riesgo grave para la integridad física o la salud de los trabajadores afectados y especialmente en materia de”: f) medidas de protección colectiva e individual o h) Servicios o medidas de higiene personal.*

El artículo 13.9 LISOS tipifica como infracción “muy grave”: *“las acciones u omisiones que impidan el ejercicio del derecho de los trabajadores a paralizar su actividad en los casos de riesgo grave e inminente, en los términos previstos en el artículo 21 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales”.*

El artículo 13.10 LISOS otorga la misma consideración por: *“no adoptar cualesquiera otras medidas preventivas aplicables a las condiciones de trabajo en ejecución de la normativa sobre prevención de riesgos laborales de las que se derive un riesgo grave e inminente para la seguridad y salud de los trabajadores”.*

Según lo dispuesto por el artículo 4.3. LISOS, en materia de prevención de riesgos laborales, las infracciones prescribirán: al año las leves, a los *tres años las graves* y a los *cinco años las muy graves*, contados desde la fecha de la infracción. Por lo tanto, el empresario estará sujeto a responsabilidad durante el plazo de 3 a 5 años, pudiendo el Inspector de Trabajo sancionar por negligencias cometidas durante la pandemia del “coronavirus”.

— La segunda vía de responsabilidad del empresario deriva del artículo 164 TRLGSS. El mismo establece que *“todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por ciento, cuando la lesión se produzca por equipos de trabajo o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los medios de protección reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad y salud en el trabajo, o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador”.* El *sujeto responsable* de este recargo de prestaciones en materia de Seguridad Social es, directamente, *el empresario que incumpla sus obligaciones de PRL*. Para que pueda producirse el recargo es necesario que la enfermedad sea profesional. A estos efectos, no es suficiente el hecho de que el RDL 6/2020 haya asimilado toda prestación por IT causada por “coronavirus” a una enfermedad profesional, sino que será necesario:

a) Que la enfermedad por “coronavirus” se haya *contraído en el puesto de trabajo*. Esta situación, a priori, es bastante difícil de probar. Ahora bien, se podría presumir que una persona ha sido contagiada en su

puesto de trabajo cuando otro compañero haya dado positivo en “coronavirus”.

b) Además, *el empresario tiene que ser el causante* de dicha contingencia debido a que no ha observado sus obligaciones en materia de PRL, concretamente, ante la ausencia a la hora de adoptar medidas de higiene y de salud para evitar la propagación de los contagios.

La tercera vía de responsabilidad consiste en la denominada “*responsabilidad civil patronal*” (artículos 168.3 TRLGSS y 1089 CC). Se trata de una responsabilidad contractual que tiene la empresa cuando no haya cumplido con sus obligaciones en materia de seguridad y salud en el trabajo. Se trata de una indemnización civil perfectamente compatible con el recargo de prestación y que se basa en la reparación íntegra del daño sufrido por parte del trabajador y

que no se alcanza a cubrir con el sistema de prestaciones de Seguridad Social. Para que se dé la responsabilidad civil patronal se ha de acreditar: que se haya originado un accidente o enfermedad profesional, un incumplimiento por parte del empresario en materia de salud e higiene en el trabajo, un nexo causal entre ambas (que no debe ser roto por la imprudencia grave del trabajador). A mi entender, sería una imprudencia grave que una persona que haya dado positivo fuera a trabajar sin ponerlo en conocimiento de la empresa. Fuera de estos supuestos, el problema consistirá en intentar identificar si el trabajador se ha contagiado en la empresa y el empresario no ha puesto todos los medios disponibles a su alcance para evitarlo. *En estos casos, el trabajador o sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables criminal o civilmente.*



## PANDEMIA COVID-19: IMPACTO SOCIOLABORAL Y SU CONTENCIÓN POR EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

### *COVID-19 pandemic: socio-labor impact and its containment by Labor and Social Security Law*

Mario Garmendia Arigón (\*)

**RESUMEN:** Se presenta un panorama general y sinóptico de las medidas laborales y de seguridad social que han sido adoptadas en Uruguay desde la declaración del estado de emergencia nacional provocado por el COVID-19. Se realiza un repaso del impacto que la situación ha provocado en la actividad económica, sus repercusiones sociolaborales y las respuestas que se han venido ensayando con el objetivo de contener o paliar sus aristas más severas. En tal sentido, se exponen las principales características de los instrumentos empleados con miras a preservar el empleo y los ingresos de los trabajadores, amparar a quienes contraen la enfermedad o deben guardar cuarentena y la situación particular de los trabajadores de la salud. También se realizan apreciaciones en relación al espacio que en estas circunstancias tiene el diálogo social y la negociación colectiva.

**PALABRAS CLAVES:** Pandemia. Enfermedad. Empleo. Salarios. Cobertura social. Seguro de paro. Diálogo social.

**SUMMARY:** A general and synoptic overview of the labor and social security measures that have been adopted in Uruguay since the declaration of the state of national emergency caused by COVID-19 is presented. A review of the impact that the situation has had on economic activity, its socio-labor repercussions and the responses that have been being tried with the aim of containing or alleviating its most severe edges, is carried out. In this sense, the main characteristics of the instruments used with a view to preserving the employment and income of workers, protecting those who contract the disease or must be quarantined, and the particular situation of health workers are exposed. Appreciations are also made in relation to the space that social dialogue and collective bargaining have in these circumstances.

**KEYWORDS:** Pandemic. Illness. Employment. Wages. Social coverage. Unemployment insurance. Social dialogue

**SUMARIO:** I) Introducción. II) Estado de emergencia sanitaria nacional y su impacto en el trabajo, la actividad económica y el funcionamiento de las empresas. III) Teletrabajo desde el domicilio. IV) Empleo e ingresos de los trabajadores: medidas dirigidas a preservar las fuentes de trabajo, la estabilidad del empleo y los ingresos de los trabajadores. V) Amparo para los trabajadores que contraen la enfermedad o se ven obligados a guardar cuarentena. VI) Situación de los trabajadores de la salud. VII) ¿Qué espacio tiene el diálogo social y la negociación colectiva en la actual coyuntura?

#### I) Introducción

Las líneas que siguen tienen el propósito de presentar un panorama sinóptico sobre los efectos que la pandemia desatada por el COVID-19 viene teniendo en Uruguay y las diversas medidas que se vienen adoptando con miras a contenerla.

Las últimas semanas han estado pautadas por una sucesión vertiginosa de acontecimientos, respuestas, normas y medidas de distinta índole se van adoptando y desplegando con una inusitada velocidad.

Esto determina que buena parte del contenido que tienen los análisis como el que se realiza a continuación, estén condenados a ser efímeros.

Aun así, es importante ilustrar y compartir experiencias sobre la forma en que los distintos países vienen haciendo frente a un evento tan severo como el que nos toca vivir.

#### II) Estado de emergencia sanitaria nacional y su impacto en el trabajo, la actividad económica y el funcionamiento de las empresas

El 13 de marzo de 2020 se confirmaron en Uruguay los primeros casos positivos de COVID-19. Ese mismo día, el Poder Ejecutivo declaró, mediante decreto el *estado emergencia nacional sanitaria* (decreto n. 93/2020, del 13 de marzo de 2020<sup>(1)</sup>).

En esa resolución no se impuso una cuarentena general obligatoria (decisión que tampoco ha sido adoptada hasta el día de la fecha), pero sí se establecieron una serie de medidas restrictivas de la actividad normal.

Así, por ejemplo, fueron suspendidos, hasta nuevo aviso, todos los espectáculos públicos, previéndose que el Poder Ejecutivo pudiera disponer el cierre de lugares de acceso público, así como otro tipo de medidas de higiene sanitaria dirigidas a evitar aglomeraciones, con la posibilidad de, incluso, suspender

(\*) Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho de Uruguay. Profesor Agregado de DTSS (Univ. de la República). Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Univ. CLAEH)

(1) Puede consultarse el texto completo de la norma en: <<https://www.impo.com.uy/bases/decretos/93-2020>>.

eventos que impliquen aglomeración de personas, exhortándose la población a no organizar ni realizar actividades de ese tipo. En ese mismo decreto se impuso el deber<sup>(2)</sup> de guardar aislamiento, por término no inferior a 14 días, a aquellas personas que: a) ya estuvieran contagiadas; b) presenten síntomas y en los últimos 15 días hubieran ingresado al país provenientes de “zonas de alto riesgo”<sup>(3)</sup>; c) hubieran estado en contacto con casos confirmados de covid-19 y, d) hubieran regresado al país habiendo permanecido o transitado por “zonas de alto riesgo”.

Ese mismo día (13 de marzo de 2020) otro decreto del Poder Ejecutivo (n. 94/2020<sup>(4)</sup>) adoptó medidas de restricción del ingreso al país y de los vuelos internacionales, exhortando a la población a no viajar al exterior.

Este mismo decreto también exhortó a todos los empleadores a instrumentar y promover el teletrabajo desde el domicilio toda vez que esto sea posible. Por otra parte, en relación a los trabajadores, se determinó que -en concordancia con lo previsto en el artículo 19 del Convenio n. 155 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>(5)</sup>-, el trabajador deberá informar de inmediato a su superior jerárquico directo acerca de cualquier situación de trabajo que, a su juicio, represente un riesgo que promueva la propagación del virus COVID-19.

Pocos días después, el 16 de marzo de 2020, otro decreto del Poder Ejecutivo (n. 101/2020) exhortó<sup>(6)</sup>

(2) Con expresa indicación de que el incumplimiento hace pasible al infractor de ser denunciado penalmente.

(3) Aquellas que determine la Organización Mundial de la Salud en sus actualizaciones diarias, que a la fecha en que fue dictado el decreto, eran: España, Italia, Francia, Alemania, China, Corea del Sur, Japón, Singapur e Irán.

(4) Puede consultarse el texto completo de la norma en: <<https://www.impo.com.uy/bases/decretos/94-2020>>.

(5) El convenio 155 versa sobre salud y seguridad en el trabajo. Fue ratificado por Uruguay en 1988. Su artículo 19 dispone que “Deberán adoptarse disposiciones a nivel de empresa en virtud de las cuales: (a) los trabajadores, al llevar a cabo su trabajo, cooperen al cumplimiento de las obligaciones que incumben al empleador; (b) los representantes de los trabajadores en la empresa cooperen con el empleador en el ámbito de la seguridad e higiene del trabajo; (c) los representantes de los trabajadores en la empresa reciban información adecuada acerca de las medidas tomadas por el empleador para garantizar la seguridad y la salud y puedan consultar a sus organizaciones representativas acerca de esta información, a condición de no divulgar secretos comerciales; (d) los trabajadores y sus representantes en la empresa reciban una formación apropiada en el ámbito de la seguridad e higiene del trabajo; (e) los trabajadores o sus representantes y, llegado el caso, sus organizaciones representativas en la empresa estén habilitados, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, para examinar todos los aspectos de la seguridad y la salud relacionados con su trabajo, y sean consultados a este respecto por el empleador; con tal objeto, y de común acuerdo, podrá recurrirse a consejeros técnicos ajenos a la empresa; (f) el trabajador informará de inmediato a su superior jerárquico directo acerca de cualquier situación de trabajo que a su juicio entrañe, por motivos razonables, un peligro inminente y grave para su vida o su salud; mientras el empleador no haya tomado medidas correctivas, si fuere necesario, no podrá exigir de los trabajadores que reanuden una situación de trabajo en donde exista con carácter continuo un peligro grave e inminente para su vida o su salud”.

(6) El empleo de este verbo (“exhortar”) responde a la circunstancia de que, en Uruguay, los Entes de la Enseñanza Pública (Enseñanza Pública Superior, Secundaria, Primaria, Normal, Industrial y Artística) tienen constitucionalmente reconocida una gran autonomía (art.

“a los Entes de Enseñanza Pública, a que, en forma preventiva y provisoria, dispongan la suspensión del dictado de clases y el cierre de los centros educativos públicos, en todos los niveles de enseñanza” y, en el caso de los centros educativos privados, en todos los niveles de la enseñanza, dispuso la “suspensión del dictado de clases y el cierre de los centros educativos”. Esta decisión, si bien no está referida a actividades de carácter económico-productivas, tuvo una gran repercusión en cuanto a la reducción general de la movilidad y actividades sociales.

A su vez, al día siguiente (17 de marzo de 2020), otra resolución del Poder Ejecutivo (n. 337/2020)<sup>(7)</sup> exhortó a las empresas propietarias o administradoras de locales comerciales de gran porte (shopping centers) a que procedan al cierre preventivo y provisorio de dichas instalaciones, exceptuando a los locales de venta de alimentos, productos sanitarios (supermercados y farmacias), de servicios financieros y a los que presten servicios de salud.

También han sido adoptadas otras medidas de profilaxis en el marco de la continuidad del trabajo en diversos sectores de actividad<sup>(8)</sup>, pero a los efectos de esta contribución hacemos hincapié en aquellas que han tenido mayor impacto en cuanto han afectado el ritmo de la actividad económica.

Precisamente, en relación a esto último, son bien significativas las cifras que reflejan el impacto en materia de empleo. Durante el mes de marzo fueron enviados al *seguro de paro* más de 86.000 trabajadores, en tanto que aproximadamente 100.000 se ampararon al *seguro de enfermedad*. Para ilustrar acerca de las dimensiones que esto supone para un país como Uruguay, conviene tener en cuenta que 86.000 trabajadores representan casi un 7% del total de trabajadores dependientes (públicos y privados del país) y 100.000 son casi el 8% de ese total. Por consiguiente, la sumatoria de los trabajadores enviados al seguro de paro y la de aquellos que no trabajan por estar amparados a la licencia por enfermedad, representa casi un 15% del total de los trabajadores dependientes públicos y privados del país. Y, complementariamente, también resulta muy gráfico el dato de que desde mayo de 2003, la cantidad mensual de trabajadores que fueron enviados al seguro de paro nunca superó los 16.000.

202 de la Constitución de la República), no formando parte ni estando sometidos jerárquicamente al Poder Ejecutivo.

(7) Puede consultarse el texto completo de esta resolución en: <<https://www.impo.com.uy/bases/resoluciones/337-2020>>.

(8) Por ej.: res. MTSS, 19MAR2020 — aprueba acuerdo Consejo Nacional de Seg y Salud en el Trabajo). Incluye medidas preventivas (empleador y Com Bipartita Seg. -dec. 291/007-, confección protocolos de prevención y actuación; seguir recomendaciones MSP; participación de Servicios de Prevención y Salud en el Trabajo — dec. 127/014-; control trabajadores que en 14 días previos tuvieron contacto con posible infectado; trabajadores sintomáticos: permanencia en domicilio y consulta con prestador de salud); de higiene (proveer alcohol, guantes, mascarillas, etc., mantenimiento de lugares y equipos de trabajo limpios e higienizados; mantenimiento y limpieza de secadores de manos, aire acondicionado y ventilación; lavado manos, no compartir artículos personales; higiene respiratoria -estornudos, tos, codo, pañuelos descartables-; distancia no inferior a 1,5 metros; evitar concentración de personas); de difusión (distribución material informativo; colaboración organizaciones sindicales y gremiales; cartelera sobre la temática.

### III) Teletrabajo desde el domicilio

Entre las diversas consecuencias que ha tenido el advenimiento de la pandemia, el teletrabajo desde los domicilios es, sin dudas, una de las que tiene mayor destaque por su abrupta y generalizada difusión.

En Uruguay, como ya se adelantó, inmediatamente de conocidos los primeros casos positivos de COVID-19, el Poder Ejecutivo emitió, mediante decreto, una exhortación dirigida a todos los empleadores para que instrumenten y promuevan el trabajo desde el domicilio de sus dependientes, en todos los casos en que esto sea posible.

Para tales casos, el decreto aclaró que es el empleador quien debe asumir a su cargo el suministro de todos los implementos necesarios para que se pueda realizar la tarea encomendada y planteó la exigencia formal de que el teletrabajo sea comunicada a la Inspección General del Trabajo y la Seguridad Social del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, vía correo electrónico.

Luego de esa exhortación, un importante contingente de empresas (incluidos organismos públicos) organizaron rápidamente su actividad a través de esta modalidad.

Es importante puntualizar que en Uruguay no existe aún ninguna regulación general sobre el teletrabajo y que, salvo esos específicos puntos que se acaban de indicar (en cuanto al deber del empleador de suministrar los insumos y comunicar a la Inspección General de Trabajo y la Seguridad Social), ninguna otra exigencia o particularidad ha sido establecida para esta modalidad de realización de las tareas a distancia.

El pasado 2 de abril se promulgó la ley n. 19.869<sup>(9)</sup>, que tiene por objeto establecer una serie de lineamientos generales para la implementación y desarrollo de la *telemedicina*, como prestación de los servicios de salud, a fin de mejorar su eficiencia, calidad e incrementar su cobertura mediante el uso de tecnologías de la información y de la comunicación. La norma está fundamentalmente centrada en los aspectos asistenciales y en los derechos de los usuarios de los servicios de salud, pero no contiene una regulación de las condiciones de trabajo que regirán en esta materia.

### IV) Empleo e ingresos de los trabajadores: medidas dirigidas a preservar las fuentes de trabajo, la estabilidad del empleo y los ingresos de los trabajadores

Desde hace más de sesenta años<sup>(10)</sup> existe en Uruguay un sistema de seguro de paro<sup>(11)</sup>, que tiene por

objeto cubrir la contingencia del desempleo forzoso (por falta de trabajo) y que contempla tres causales: despido, suspensión total de trabajo y reducción (o suspensión parcial) de trabajo.

A los efectos del presente análisis, haremos foco en las dos últimas causales, a saber, la de la *suspensión total* y la de la *reducción parcial* del trabajo.

La causal de *suspensión total*, permite que aquel empleador que momentáneamente se vea afectado por una situación de falta de trabajo, pueda enviar a sus trabajadores al seguro de paro por un plazo máximo de hasta cuatro meses. En esos casos, la relación de trabajo queda suspendida, el trabajador deja de estar obligado a prestar su trabajo y, en contrapartida, el empleador queda exonerado de hacer efectivo el pago del salario. En ese periodo el trabajador pasa a percibir una prestación económica que es servida por el Banco de Previsión Social, cuyo importe es, *grosso modo*, del equivalente al 50% de promedio mensual de las remuneraciones percibidas por el trabajador en los seis meses anteriores (más un incremento del 20% cuando el trabajador tiene familiares a cargo), con un tope mínimo de \$ 5.574,33 (que equivalen a unos US\$ 125) y máximo de \$ 44.606,60 (unos US\$ 1.000).

Por su parte, la modalidad de la *suspensión parcial*, en circunstancias normales sólo está prevista para los trabajadores jornaleros. La situación de emergencia determinó al Poder Ejecutivo a hacer uso de las facultades que le confiere la ley, a los efectos de extender temporalmente esta causal para abarcar a los trabajadores mensuales<sup>(12)</sup>.

Procede en alguna de las siguientes hipótesis:

- disminución de por lo menos 6 jornadas de trabajo y un máximo de 19 jornadas en el mes;
- disminución de por lo menos 50% en cantidad de horas diarias de trabajo.

El importe de la prestación que en estos casos sirve el Banco de Previsión Social por los días u horas que el trabajador deja de trabajar, es *-grosso modo-* equivalente al 25% del promedio mensual de las remuneraciones percibidas por el trabajador en los seis meses inmediatos anteriores. Además, se asegura que la sumatoria de esta prestación y el salario que el trabajador continúa percibiendo de su empleador por las horas o jornadas en que sí continúa trabajando, no puede ser en ningún caso inferior al 75% del promedio referido<sup>(13)</sup>.

También se han habilitado otras medidas dirigidas a preservar las fuentes de trabajo, tales como el adelantamiento del goce de la licencia (res. MTSS

(9) El texto se puede consultar en: [https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2020/leyes/04/cons\\_min\\_91.pdf](https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2020/leyes/04/cons_min_91.pdf)

(10) V. Bonino Gayoso, Nicolás, "Orígenes y evolución de la asistencia al desempleo en Uruguay", en: <[http://www.audhe.org.uy/Boletin\\_Audhe/Boletin\\_8/Boletin\\_AUDHE\\_2009\\_Bonino\\_pp\\_24-37.pdf](http://www.audhe.org.uy/Boletin_Audhe/Boletin_8/Boletin_AUDHE_2009_Bonino_pp_24-37.pdf)>.

(11) En la actualidad el régimen está regulado por el decreto-ley n. 15.180, del 7 de setiembre de 1981 <<https://www.imo.com.uy/bases/decretos-ley/15180-1981>>, con modificaciones introducidas por la ley n. 18.399, del 24 de octubre de 2008 <<https://www.imo.com.uy/bases/decretos-ley/18399-2008/7>> y los decretos n. 14/982, del 19 de enero de 1982 <<https://www.imo.com.uy/bases/decretos/14-1982>> y decreto n. 162/2009, del 30 de marzo de 2009 <<https://www.imo.com.uy/bases/decretos/162-2009>>.

(12) Resoluciones del MTSS, del 18 y 20 de marzo y 3 de abril de 2020. Este régimen flexibilizado estará vigente hasta el 31 de mayo de 2020, sin perjuicio de la posibilidad de que sea extendido.

(13) Dicho criterio rige desde el 1º de abril de 2020.

n. 55/2020), el otorgamiento licencia extraordinaria sin goce de sueldo con pago de una partida extraordinaria (ej. acuerdo celebrado en la industria de la construcción el 20 de marzo de 2020, recogido por el decreto del Poder Ejecutivo n. 108/2020, del 24 de marzo de 2020<sup>(14)</sup>).

No se han introducido modificaciones al régimen de despidos (prohibiéndolos o limitándolos en ningún sentido). Más allá de los debates teóricos que al respecto existen, en términos prácticos es posible afirmar que, en Uruguay, el empleador tiene bastante discrecionalidad para despedir, salvo cuando dichos despidos tengan por causa la afiliación o actividad sindical, en cuyo caso el posible que mediante un acelerado trámite judicial, se obtenga la declaración de nulidad del cese dispuesto y la orden de reintegrar al trabajador afectado a su puesto de trabajo.

El seguro de paro ha significado una importante contención para los despidos, aunque, incluso así, se han producido unos cuantos<sup>(15)</sup>, y ya se prevé que la pandemia termine provocando un importante incremento de los niveles de desempleo (que rondaban el 8.5% antes de declarada la emergencia).

Por otra parte, con la finalidad de aliviar las cargas para las empresas y mantener cierta liquidez en la economía (por ejemplo, facilidades de pago y exoneración de aportes a la seguridad social para empresas con hasta diez empleados; abatimiento y financiación de aportes patronales y personales a la seguridad social; líneas de crédito blandas a cargo del Banco estatal (Banco de la República Oriental del Uruguay), etc.

En general predomina, por el momento, la consigna de que las empresas deben continuar haciéndose cargo de los salarios de los trabajadores, lo que implica decir que no han prosperado aún tesis dirigidas a plantear que los empleadores podrían eximirse de hacer frente al pago de los salarios con fundamento en razones de fuerza mayor o similares. Sin embargo, en la actividad privada se están acordando (en general, mediante pactos individuales) reducciones salariales transitorias (sobre todo, de personal gerencial). Esto, sin perjuicio de los envíos al seguro de paro, que ya fueron referidos.

En relación a la actividad pública, se acaba de aprobar una ley (n. 19.874, del 8 de abril de 2020<sup>(16)</sup>) que crea el Fondo Solidario COVID-19. Dicho Fondo se nutre, entre otros aportes, con la recaudación del "Impuesto Emergencia Sanitaria COVID-19", que también es creado por la misma ley y que, en principio, regirá solamente por los meses de abril y mayo. Dicho tributo grava a todos los funcionarios públicos, a los empleados dependientes de las personas de Derecho público no estatal y, asimismo a los empleados

de las sociedades anónimas en que el Estado es accionista mayoritario. El impuesto grava a los salarios nominales iguales o superiores a \$ 120.000 [unos US\$ 2.690], aplicándose una escala que va del 5% al 20%, que se incrementa a medida que lo hace el salario del funcionario. La ley dispone, además, que ningún funcionario alcanzado por el impuesto podrá percibir menos de \$ 80.000 [unos US\$ 1.800] líquidos. También grava los ingresos no originados en relación de dependencia de las personas que se vinculan con esas mismas entidades estatales y paraestatales. Queda expresamente exceptuado de este impuesto el personal de la salud que participa directa o indirectamente en el proceso asistencial (trabajadores médicos y no médicos) que a raíz de las tareas que desempeña, está expuesto al contagio del Covid-19. También se creó, con el mismo fin, un impuesto que grava adicionalmente a las jubilaciones (adicional al IASS), con similares franjas y escalas.

#### V) Amparo para los trabajadores que contraen la enfermedad o se ven obligados a guardar cuarentena

Quienes contraigan la enfermedad quedarán amparados por el sistema general que rige para los casos de enfermedad común (enfermedad no profesional). Existe en Uruguay un sistema universal de cobertura de salud, que incluye atención médica a través del denominado Sistema Nacional Integrado de Salud (conformado por prestadores de salud públicos y privados) y que contempla una *licencia por enfermedad* para el trabajador dependiente de la actividad privada, que le otorga el derecho a percibir una prestación económica (a partir del cuarto día de ausencia, salvo hospitalización, en cuyo caso se sirve a partir de ese momento) y por el término máximo de un año, prorrogable por otro año más. Si el afectado recibe el subsidio en varias oportunidades dentro del periodo de cuatro años, por unidad de dolencia, se suman esos periodos de prestación a los efectos del máximo antes referido. El importe de la prestación económica es, *grosso modo*, del 70% de los ingresos del trabajador, con un tope que en la actualidad asciende a \$ 44.606,60 [US\$ 1.000], más una doceava parte por concepto de aguinaldo.

Por otra parte, a raíz de la emergencia sanitaria, el Poder Ejecutivo, dispuso<sup>(17)</sup> que las personas obligadas a guardar aislamiento y estén comprendidas dentro de la cobertura del sistema de la enfermedad común, tienen derecho a percibir la prestación por el período que corresponda. En forma similar, el decreto n. 109/2020<sup>(18)</sup>, del 25 de marzo de 2020, autorizó a los trabajadores de 65 años o más a permanecer en régimen de aislamiento por hasta 30 días, percibiendo el subsidio por enfermedad común, salvo en aquellos casos en que realicen tareas desde sus domicilios.

(14) Puede consultarse la resolución en <http://www.impco.com.uy/bases/decretos/108-2020>

(15) De un total de 86.044 solicitudes de subsidio por desempleo, 6.889 fueron por despido (7,77%).

(16) El texto completo de la ley puede consultarse en [https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2020/leyes/04/mef\\_41.pdf](https://medios.presidencia.gub.uy/legal/2020/leyes/04/mef_41.pdf)

(17) Decreto n. 94/020, del 13 de marzo de 2020.

(18) Puede consultarse la norma en: <http://www.impco.com.uy/bases/decretos/109-2020>

## VI) Situación de los trabajadores de la salud

En la actual situación sanitaria, los trabajadores de la salud son, sin lugar a dudas, los que están llamados a asumir las actividades más arduas y delicadas. Se encuentran ubicados en la primera línea, donde deben cumplir, con redoblada intensidad, sus deberes laborales, profesionales y éticos. Realizan esta faena con compromiso, solidaridad y dedicación.

La sociedad es consciente de la importancia de su labor y así lo reconoce diariamente mediante manifestaciones espontáneas de apoyo.

Pero, siendo muy importante que continúen recibiendo ese tipo de mensajes de aliento y reconocimiento, también lo es -y mucho más- que el respaldo se trasunte, también, en medidas de amparo concretas y tangibles.

En esa línea, el pasado 3 de abril quedó promulgada la ley n. 19.873, que definió a “la enfermedad coronavirus COVID 19” como *enfermedad profesional* cuando sea contraída por el “personal de la salud que participa directa o indirectamente en el proceso asistencial (trabajadores médicos y no médicos), que desempeñen tareas en las instituciones privadas de asistencia médica y estén expuestos al contagio. En

estos casos, el trabajador tiene derecho a percibir una *renta temporaria*, “durante el período de la enfermedad y con el límite máximo de cuarenta y cinco días”. El importe de esa renta -que es servida por el Banco de Seguros del Estado- es del 100% del jornal o sueldo mensual que el trabajador venía percibiendo al momento en que le es diagnosticada la enfermedad, con un tope máximo de 10 *salarios mínimos nacionales* mensuales [\$ 163.000, US\$ 3.650 aproximadamente).

## VII) ¿Qué espacio tiene el diálogo social y la negociación colectiva en la actual coyuntura?

Diálogo y negociación pueden ser mecanismos difíciles de poner en práctica en contextos que exigen decisiones y acciones muy rápidas. No obstante, es fundamental instalar y preservar ámbitos en los que sea posible desarrollar esas prácticas, tan importantes en momentos tan acuciantes. En Uruguay se han venido dando espacios para el diálogo (por ejemplo, en la salud, en la industria de la construcción y otros) e, incluso, se ha convocado al Consejo Superior Tripartito (órgano encargado de la gobernanza del sistema de negociación colectiva) a los efectos de consensuar decisiones de diverso tipo.

Montevideo, 9 de abril de 2020



## EL SUICIDIO COMO ACCIDENTE DE TRABAJO O ENFERMEDAD PROFESIONAL EN EL URUGUAY

### *Suicide as a work accidente or professional illness in Uruguay*

Rodrigo Vázquez Pepe (\*)

**RESUMO:** Os fenômenos do estresse no trabalho, síndrome do esgotamento profissional (fenômenos geralmente causados por situações de extrema gravidade, como assédio moral ou assédio moral), incapacidade de se desconectar do trabalho, entre outros grandes inúmeras situações que ouvimos, conhecemos e até sofremos diariamente começam a ser levadas em consideração tanto pela jurisprudência, doutrina quanto, lentamente, pela legislação, como um conjunto de fenômenos aos quais devemos prestar atenção. O presente estudo trata do suicídio como acidente de trabalho no Uruguai.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acidente de trabalho. Suicídio. Uruguai.

**ABSTRACT:** The phenomena of stress at work, professional burnout syndrome (phenomena usually caused by extremely serious situations, such as bullying or bullying), inability to disconnect from work, among other great countless situations that we hear, know and even suffer from daily begin to be taken into account both by jurisprudence, doctrine and, slowly, by legislation, as a set of phenomena to which we must pay attention. This study deals with suicide as an accident at work in Uruguay.

**KEYWORD:** Work accident. Suicide. Uruguay.

**SUMÁRIO:** I. Introducción. II. Definición de accidente de trabajo y de enfermedad profesional en el régimen uruguayo. III. Las exclusiones de cobertura del régimen reparatorio uruguayo en relación a actos o hechos cometidos por el trabajador. IV. El suicidio como accidente de trabajo o enfermedad profesional en el Uruguay. V. Consideraciones finales.

### I. Introducción

Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, seguramente representan uno de los infortunios más aciagos que puede enfrentar un trabajador. No solamente debido a las consecuencias (físicas, psíquicas, económicas y sociales) que los mismos conllevan y que, naturalmente, serán variables en su gravedad en función de la entidad del evento acaecido. También por el hecho de que la propia esencia del accidente de trabajo como de la enfermedad profesional entrañan un grado de injusticia tal, que son capaces de rebelar la conciencia del más desaprensivo observador.

El accidente de trabajo o la enfermedad profesional es, en gran medida, la consecuencia concreta, directa y terrible de la necesidad que tiene el trabajador de ofrecer o de poner a disposición de otro lo único que posee –su físico, su intelecto, su personalidad integral– con la finalidad de ganarse el sustento. Pues como agudamente observara Anton Menger a fines del siglo XIX, el trabajador queda sometido al patrono no sólo con referencia a los servicios que presta, sino con toda su personalidad. “*Deben emplear*

–decía el recordado jurista alemán– *no solamente toda su fuerza, según las órdenes del patrono o amo, sino que con frecuencia excesiva deben someter en beneficio de los intereses del patrono mismo su propios bienes personales (persönlicher Güter): la vida, la salud, la energía, cuando no el honor y la moralidad*”<sup>(1)</sup>.

En la actualidad, el avance de la legislación laboral en los distintos países, como también la interacción de nuestra disciplina con otras ciencias (la Medicina, la Psicología, entre otras) como también con las nuevas tecnologías, han fomentado la apertura hacia la consideración o el descubrimiento de “nuevos” riesgos que se encuentran insertos o cercanos al mundo del trabajo. Los fenómenos del stress laboral, el denominado fenómeno del “burn out” o también denominado síndrome de desgaste profesional (fenómenos muchas veces provocados por situaciones de extrema gravedad como el mobbing o el bullying), la imposibilidad de desconectarse del trabajo, entre otra gran cantidad de innumerables situaciones que a diario escuchamos, conocemos y hasta sufrimos, han comenzado a ser tenidos en cuenta tanto por la jurisprudencia, la doctrina y, lentamente, por la legislación, como un conjuntos de fenómenos a los cuales

(\*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (FD-UR). Aspirante a Profesor Adscripto en DTSS (FD-UR).

(1) Menger, Anton, El derecho civil y los pobres, Colección Crítica del Derecho, Comares, Granada, 1998, p. 283, con importante prólogo de José Luis Monereo Pérez.



hay que prestarle atención y en ciertos casos, darle una regulación específica<sup>(2)</sup>.

Esta apertura hacia la consideración de mayor cantidad de riesgos a los cuales el trabajador se encuentra sometido en su lugar de trabajo, también se advierte con el fenómeno expansionista que ha tenido la legislación sobre las enfermedades profesionales específicamente. Actualmente, en el Uruguay, el listado de enfermedades profesionales que se encuentra anexo al Decreto 210/2011, incluye más de 100 enfermedades profesionales, sin perjuicio de otras patologías que no se encuentran en el listado referido y que pueda ser demostrada su calidad de enfermedad profesional posteriormente. Antes del año 2011, en nuestro país, solamente se consideraban la existencia de 29 enfermedades profesionales solamente, lo que a las claras evidenciaba un importante déficit de cobertura para este tipo de contingencias<sup>(3)</sup>.

Lo cierto es que, en la mayoría de los países, estas “nuevas” contingencias que se vienen sucediendo en el mundo del trabajo, cuando despliegan sus efectos más nocivos o violentos, en general no han sido consideradas por la legislación. Es decir: por un lado, la doctrina no deja de reconocer que situaciones tales como el stress laboral, el mobbing o el bullying, generados por el trabajo o en el trabajo, pueden dar lugar a importantes daños al trabajador, hasta el punto, de poner en riesgo su vida. Pero, por otro lado, la legislación preventiva y/o reparatoria de los riesgos en el trabajo, en muchos casos ha dejado de lado la consideración de estas situaciones como contingencias generadas por el trabajo o merecedoras de la cobertura indemnizatoria correspondiente a los siniestros laborales.

En algunos países, a falta de legislación específica, la tarea interpretativa de la jurisprudencia, ha examinado a considerar determinadas situaciones extremas como accidente de trabajo. Por ejemplo, en España, en distintas ocasiones se ha entendido como accidente de trabajo el suicidio de un trabajador provocado por el trabajo<sup>(4)</sup>.

Seguidamente, conforme la legislación vigente en el Uruguay (Ley n. 16.074 del 10 de octubre de 1989), se analizará la posibilidad de considerar –o no– al suicidio como un accidente de trabajo o como una enfermedad profesional.

(2) Por ejemplo: en Francia con la denominada Ley “El Khomri” (por el apellido de la Ministra de Trabajo que la promovió), con fecha 2 de enero de 2017, entró en vigencia el derecho a la “desconexión digital”, es decir, el derecho de los trabajadores a no ser contactados por razones laborales, fuera del horario laboral, por parte de su empleador.

(3) Ver: Gari, Gloria, Enfermedades profesionales: nueva lista. Aspectos de interés, en Relaciones Laborales, n. 24 (Ene-Dic 2011), p. 51-67. / Rodríguez Azcúe, Alvaro y Vázquez Pepe, Rodrigo. Nuevo listado de enfermedades profesionales: algunas consideraciones prácticas, en Derecho Laboral, Tomo LIV, n. 242 (abr-jun 2011), p. 391-401.

(4) Cfme. Artículo de José Sánchez Pérez en este mismo número de la RDT.

## II. Definición de accidente de trabajo y de enfermedad profesional en el régimen uruguayo

El *accidente de trabajo* ha sido definido por la doctrina como aquel *suceso repentino, frecuentemente violento y limitado en su duración, de origen externo, que ocasiona al trabajador una lesión corporal por causa del trabajo o en ocasión del mismo, que ejecuta en relación de subordinación*<sup>(5)</sup>.

Por su parte, el art. 2º de la ley 16.074 alude a la noción de accidente de trabajo, señalando que es aquél que ocurre *a causa o en ocasión* del trabajo. Quedan comprendidos dentro del amparo legal los accidentes que sean resultado de la culpa leve o grave del propio siniestrado, caso fortuito y fuerza mayor, hecho de un tercero, y en principio, sólo se excluye de la cobertura a los eventos en los que haya mediado dolo de parte de la víctima (art. 9º).

El régimen legal sólo contempla excepcionalmente la cobertura de los denominados accidentes *in itinere*. En este sentido, el art. 14 de la ley 16.074 establece, como regla de principio, que “*No será considerado accidente del trabajo el que sufra un obrero o empleado en el trayecto al o del lugar de desempeño de sus tareas*”, pero inmediatamente se introducen tres salvedades: a) cuando el accidente se produce en ocasión de que el trabajador está dando cumplimiento a un encargo del patrono; b) cuando el empleador ha asumido a su cargo el transporte del trabajador y c) cuando el acceso al establecimiento de trabajo ofrece riesgos especiales.

Tal como puede observarse, en nuestro país, no se encuentra un concepto específico de qué es el accidente de trabajo, pero sí encontramos un intento de determinación de cuándo podemos estar frente a este tipo de contingencia. Podríamos decir que es accidente de trabajo, aquél hecho repentino, frecuentemente violento y de duración súbita, que ocurre a causa del trabajo o en ocasión del mismo, causando un daño a la integridad psicofísica del accidentado.

Un elemento importante de la definición que hace el artículo 2º de la ley en cuestión, es que el accidente puede ocurrir a causa “o” en ocasión del trabajo. La disyuntiva “o” determina que para que exista un accidente de trabajo, alcanza con que el mismo tenga su causa en el trabajo o, simplemente, que el hecho repentino, violento y súbito, se genere en ocasión del trabajo. Es decir: que el accidente ocurra durante la jornada de trabajo, con las salvedades del artículo 14 antes anotadas. En este sentido, la doctrina ha sostenido que el accidente de trabajo ocurre en ocasión, cuando “*ocurre durante el tiempo o en el lugar del trabajo*.”<sup>(6)</sup>.

La importancia del distingo que se acaba de realzar, evidencia que en nuestro país, se ha independizado la causalidad de la ocasionalidad, lo que determina que sólo alcanza que se de una sola de

(5) Mangarelli, Cristina, Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, VV.AA, La Seguridad Social en el Uruguay, p. 343.

(6) *Ídem*, p. 348.

estas dos circunstancias para que estemos frente a un accidente de trabajo. La causalidad y la ocasionalidad son alternativas, no acumulativas.

Por otro lado, a diferencia de lo que ocurre con el accidente de trabajo, el artículo 38 de la ley 16.074, sí conceptualiza a la *enfermedad profesional*, como aquella que es "...causada por agentes físicos, químicos o biológicos, utilizados o manipulados durante la actividad laboral o que estén presentes en el lugar de trabajo".

La ley enfatiza expresamente que la condición para que la enfermedad pueda calificarse como *profesional*, es que debe existir un nexo causal entre la misma y "...los trabajos que entrañan el riesgo respectivo, aún cuando aquellos no se estén desempeñando en la época del diagnóstico" (artículo 39).

El artículo artículo 40 se remite a la lista de enfermedades profesionales que está contenida en el Decreto N. 167/981, del 8 de abril de 1981, que recoge la nómina adoptada en la 66ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo; pero, más recientemente, el Poder Ejecutivo adoptó, mediante el Decreto n. 210/011 de 13 de junio de 2011, en casi toda su extensión, la Lista de Enfermedades Profesionales, aprobada el 25 de marzo de 2010 por el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo. Por tanto se reconoce como tales a ciento cuatro enfermedades<sup>(7)</sup>. En grandes rasgos se incluyen: enfermedades causadas por agentes químicos; enfermedades causadas por agentes físicos (por ejemplo, deterioro de la audición por ruido, enfermedades causadas por vibraciones, enfermedades causadas por aire comprimido o descomprimido entre otras); enfermedades causadas por agentes biológicos y enfermedades infecciosas o parasitarias; enfermedades del sistema respiratorio; de la piel; del sistema osteomuscular (cuyo carácter profesional es de difícil determinación); cánceres profesionales; y nistagmo de los mineros, entre otras.

La única exclusión que se realiza respecto de la lista de la OIT (Recomendación N. 194 con la actualización de 2010), y por ende considerada como enfermedad no indemnizable, es la establecida en el numeral 2.4, que refieren precisamente a los "*Trastornos mentales y del comportamiento*". El fundamento de esta exclusión, según se consigna en los considerandos del decreto, radica en que "*no están dadas las condiciones desde el punto de vista técnico para determinar fehacientemente la relación causal entre la enfermedad y el trabajo*".

No obstante, debe tenerse presente que no se trata de una lista cerrada, puesto que, como señala Mangarelli comentando la lista anterior, "*la definición de enfermedad profesional contenida en el artículo 38, adquiere relevancia en los casos de enfermedades que puedan no estar previstas el decreto 167/81*"<sup>(8)</sup>.

Dentro del elenco de riesgos susceptibles de provocar enfermedades profesionales, la ley no incluye los denominados *psicosociales*. Debido a ello, el acoso

moral o el *stress* laboral, no parecen –a nuestro entender– quedar contemplados legalmente como enfermedad profesional. No obstante, en la doctrina se ha postulado que el acoso moral puede ser entendido como causante de lesión o daño psíquico y que de este modo podría ser incluido dentro del concepto de *accidente de trabajo*<sup>(9)</sup>.

En la doctrina también se ha recurrido a la idea de *enfermedad-accidente* para contemplar aquellas enfermedades con origen *psicosocial*, y así defender la posibilidad de que el evento quede amparado por la Ley n. 16.074 como accidente de trabajo. En estos casos resulta necesario probar que la enfermedad se produjo a causa o en ocasión del trabajo. Sin embargo, el Banco de Seguros del Estado, Ente que tiene a su cargo la administración de estas contingencias, no ha recibido este criterio interpretativo y considera que este tipo de afecciones son enfermedades *comunes* (es decir, no profesionales).

El régimen reparatorio para las enfermedades profesionales es el mismo que se aplica a los accidentes de trabajo, con la salvedad de que en el caso de las rentas temporarias, el trabajador afectado por una enfermedad profesional, comienza a cobrar dicha renta a partir del día de ausencia a su lugar de trabajo y por el 100% del jornal o del salario mensual que le corresponda, mientras que en el caso del accidente de trabajo, comienza a cobrar a partir del 4º día de ausencia y por 2/3 partes del jornal o salario<sup>(10)</sup>.

De modo que, conforme la legislación vigente en el Uruguay, para que estemos frente a un accidente de trabajo, sería necesaria:

- a. La ocurrencia de un hecho repentino, frecuentemente violento y de duración súbita;
- b. Que se genera a causa o en ocasión del trabajo;
- c. Que genere un daño a la integridad psicofísica del trabajador damnificado.

Por su parte, estaríamos frente a una enfermedad profesional, cuando se dan las siguientes condicionantes:

- a. Ocurrencia de una patología o enfermedad *causada por agentes físicos, químicos o biológicos, utilizados o manipulados durante la actividad laboral o que estén presentes en el lugar de trabajo*;
- b. Que dicha patología o enfermedad indispensablemente haya tenido su origen en los trabajos realizados por el afectado;

(9) Márquez, Martha, Acoso moral en el trabajo, en revista Derecho Laboral, n. 215, p. 531. / Nicolliello, Ariel y Colotuzzo, Natalia, Acoso moral en el trabajo: prevención y reparación, en revista Derecho Laboral n. 226. p. 374.

(10) Mangarelli, Cristina, Ob. Cit., p. 329 y ss./Babace, Héctor, Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Tendencias de la legislación comparada con especial referencia al derecho uruguayo, FCU, 2003 y de este último autor, también: Riesgos profesionales, protección social y responsabilidad empresarial. La reparación integral del daño y la limitación de la responsabilidad empresarial, en revista Derecho Laboral n. 227, p. 555 y ss./Nicolliello, Ariel, "Responsabilidad y accidentes de trabajo. Panorama normativo en el Uruguay", XVIII Jornadas Rioplatenses de DTSS, Colonia, agosto 2013.

(7) Dejando de lado el listado de 29 enfermedades profesionales anterior.

(8) Mangarelli, Cristina., Ob. cit., p. 389.

c. Y, finalmente, que dicha patología o enfermedad se encuentre incorporada dentro de listado de enfermedades profesionales anexo al Decreto 210/011, o en su defecto, que el trabajador demuestre que aun no estando la patología o enfermedad en dicho listado, la misma tenga su origen en el trabajo.

### III. Las exclusiones de cobertura del régimen reparatorio uruguayo en relación a actos o hechos cometidos por el trabajador

Acabamos de analizar las definiciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional dadas por la legislación uruguaya. Como hemos visto, son bastante amplias las situaciones en que el trabajador se encuentra amparado por el sistema reparatorio, ya que por ejemplo, se incluyen las situaciones de culpa grave del dependiente en la ocurrencia del accidente que le causa un daño.

No obstante, la Ley N. 16.074 también regula determinadas exclusiones de cobertura, es decir, ciertas situaciones que de ser verificadas por la compañía aseguradora, determinan que el trabajador pierda el derecho a recibir las prestaciones brindadas por el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales<sup>(11)</sup>. Naturalmente, dichas exclusiones de cobertura se encuentra expresamente recogidas por la normativa.

De esta manera, el trabajador pierde el derecho a las prestaciones del seguro cuando, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional contraída, ocurre o se genera por dolo del trabajador (artículo 9º). Es decir, es el propio trabajador que, intencionalmente, se auto provoca una lesión a los efectos de recibir el amparo del seguro. Tal como puede advertirse, es lo que en la jerga de los seguros de riesgos personales, configura una situación de fraude contra la compañía aseguradora.

Pero también encontramos en la normativa, la referencia a otras situaciones que determinan la exclusión de cobertura: cuando el trabajador *“intencionalmente agrave las lesiones, o se niegue a asistirse o prolongue el período de su curación”* (artículo 9º).

### IV. El suicidio como accidente de trabajo o enfermedad profesional en el Uruguayo

Mencionadas las situaciones en que nos encontraríamos frente a un accidente de trabajo o frente a una enfermedad profesional, como también advertidas las causales de exclusión de cobertura del seguro regulado por la Ley N. 16.074, corresponde ahora analizar si el suicidio que presumiblemente pueda estar provocado por el trabajo (por ejemplo: situaciones de

stress o de acoso laboral), entraría –o no– dentro de la cobertura de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Es decir, si el suicidio a causa o en ocasión del trabajo puede ser amparado por el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales en nuestro país.

Naturalmente, no estamos capacitados, ni es objeto de este trabajo, analizar cuáles son los factores etiológicos que pueden llevar a una persona al suicidio. No obstante, la determinación de cuáles fueron las presumibles causas de un suicidio, pueden ser elementos determinantes, en cada caso en particular, y según cada legislación, para determinar si estamos frente a un siniestro laboral o no.

En este caso, la cuestión se centra en dilucidar si, conforme la normativa uruguaya, el suicidio causado presumiblemente por el trabajo o en ocasión del trabajo, debe ser –o no– considerado accidente de trabajo o enfermedad profesional.

Para analizar el punto, será necesario tener en cuenta las definiciones y exclusiones anteriormente anotadas.

Analizando la cuestión en el marco de las *enfermedades profesionales*, lo cual, conforme la regulación actual en nuestro país, parece dar una respuesta más inequívoca que en el caso de los accidentes de trabajo, por distintos disposiciones de la normativa, parecería claro que el suicidio, aún provocado por el trabajo, no podría ser objeto de las prestaciones de enfermedad profesional.

Sin perjuicio de que el lugar de trabajo, puede contener agentes nocivos (como puede ser un ambiente socialmente violento dentro de la empresa), encuadrando así dentro de la definición de enfermedad profesional (*“agentes físicos”*), encontramos un limitante insoluble en la legislación nacional que nos hace pensar que el suicidio provocado por el trabajo, no podría ser considerado una enfermedad profesional. En efecto, el Decreto 210/011, excluye en forma expresa los denominados riesgos *psicosociales*. Por cuanto, en el entendido de que un trabajador puede llegar a cometer suicidio, como consecuencia de una situación traumática en el trabajo (entiéndase por ejemplo, stress, acoso laboral, presiones de cualquier tipo, miedo a recibir una sanción, estar siendo investigado, etc.), ello parecería –a nuestro entender– encuadrar dentro de una patología psicosocial, expresamente excluida de las prestaciones de enfermedad profesional.

Por su parte, si analizamos el punto desde la óptica del *accidente de trabajo*, veremos que la cuestión, incluso en nuestro país, puede resultar más discutible.

La definición del accidente de trabajo, parecería ser más abarcativa que la de la enfermedad profesional. El artículo 2º de la Ley n. 16.074, refiere a la *causa* (lo que se asocia claramente al *“origen”* referido en el artículo 39 de la misma ley, en sede de enfermedades profesionales), pero también refiere a la *ocasión* que, como dijimos, la doctrina lo asocia al hecho de estar en el lugar o en el horario de trabajo. Por su parte,

(11) Las prestaciones que otorga el seguro son: asistencia médica, cobertura de ciertos gastos (órdenes, tickets, medicamentos, traslados, aparatos ortopédicos, gastos de sepelio, entre otros) y pago de rentas (indemnizaciones temporarias, indemnizaciones permanentes e indemnizaciones vitalicias para ciertos familiares del trabajador en el caso de que este último falleciera como consecuencia del siniestro laboral).

en el caso del accidente de trabajo, a diferencia de las enfermedades profesionales, no encontramos un listado que limite cuándo estaríamos o no frente a una contingencia tal, por lo cual, la determinación y la prueba del accidente de trabajo, debe darse en cada caso, demostrando, la causa o la ocasión.

Dicho esto, parecería que la balanza fácilmente se inclinaría a sostener que el suicidio provocado por el trabajo sería un accidente laboral. Pero la realidad indica que la cuestión no es de tan fácil resolución.

No lo es porque, por un lado, tenemos la limitación del artículo 9º, que opera cuando el trabajador se lesiona (o en este caso, fallece) por una acción dolosa de su parte. Si bien puede resultar sumamente discutible que el trabajador que se suicida tenga la intención de dañar a la compañía aseguradora con su fallecimiento (entendiendo al dolo como la intención de dañar), también es cierto, que si vamos a lo que es la regulación en materia de seguros personales, específicamente en sede de seguro de vida, tanto a nivel nacional, como internacional, invariablemente el suicidio (cualquiera sea la razón por la que ocurra el mismo), es una causal de caducidad o de nulidad (dependiendo de cada legislación) del seguro de vida. Es decir, cuando la muerte de la persona sobre cuya vida se asegura, se da como consecuencia de un suicidio, el beneficiario del seguro, no tiene derecho a cobrar la indemnización derivada del seguro<sup>(12)</sup>.

En nuestro país, como principio general, el asegurador no está obligado a pagar la indemnización, si el siniestro se produce a consecuencia de un hecho del propio del asegurado. El artículo 698 del Código de Comercio dispone que el seguro de vida es nulo, si la persona que ha hecho asegurar su vida se suicida. La razón de esta disposición es que en este caso, el acto del asegurado quiebra los principios del riesgo pues, para que el riesgo sea asegurable debe, entre otros requisitos, ser incierto, fortuito y no dependiente de la voluntad del asegurado.

Por tanto, como se viene de ver, resultaría ciertamente extraño admitir, sin norma expresa, un quebrantamiento tan claro a un principio consagrado en sede de los seguros. Sería como admitir una limitación del principio de reparación integral del daño, como la que establece en forma expresa el artículo 7º de la Ley n. 16.074, sin contar con dicha disposición en la ley referida, contrariando el principio regulado por el artículo 1.319 del Código Civil.

No obstante lo anterior, cabe también señalar que, parte de la doctrina en materia de seguros, distingue entre el suicidio "consciente" del "inconsciente", estando determinada la distinción por el hecho de que quien se quite la vida se encuentre en uso pleno o no, de sus facultades. En el caso del suicidio consciente, quién lo hace, tiene plena conciencia de lo que está

haciendo<sup>(13)</sup>. Si el suicidio es consciente, los beneficiarios del seguro, no pierden el derecho a percibir la indemnización, mientras que si el suicidio no es consciente, dicho derecho se mantendría.

Por lo tanto, este aspecto nos hace volver a la cuestión de analizar detenidamente caso por caso. Alcanzar una solución unívoca y general en esta temática puede ser un error que lleve a soluciones verdaderamente injustas.

Por otro lado, como puede advertirse, resulta por demás importante determinar cuál fue la verdadera causa del suicidio del trabajador. En España, la jurisprudencia, en varias ocasiones ha entendido que el suicidio que encuentra su causa en una desavenencia laboral, tal como el stress provocado por el trabajo, el acoso laboral en sus distintas manifestaciones, la imputación de una falta de magnitud, entre otras, puede ser considerado accidente de trabajo<sup>(14)</sup>.

Sin perjuicio de que la casuística es obviamente menor a la que puede haber en España, en el año 2009, en el Uruguay, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno, trató un caso<sup>(15)</sup> donde la concubina de un trabajador, reclamó por daños y perjuicios contra la empresa de aquél, por supuesta culpa grave en el incumplimiento de normas de seguridad y prevención, en tanto el trabajador resultó fallecido porque "...la empresa le entregó un arma de fuego sin que MO contara con los requisitos necesarios para portar armas en tanto no tenía edad suficiente pues contaba con 21 años de edad, siendo irrelevante que el 1º.11.2006 el causante haya ingresado como marinero en la Prefectura Nacional Naval ya que éste personal no recibe instrucción alguna respecto al uso y porte de armas de fuego.". La empresa demandada se opuso a la pretensión de la actora, sosteniendo que el fallecimiento del trabajador no se dio como consecuencia de un accidente de trabajo, sino que el trabajador se había suicidado, por razones sentimentales.

Tanto en primera instancia, como en segunda instancia se entendió que siendo la causa de muerte un suicidio (el cual habría resultado probado), aun dándose en ocasión del trabajo, el mismo no configuraba un accidente laboral, ya que existía un hecho intencional y voluntario de la víctima. En este sentido, la sentencia de primera instancia concluyó que "Por consiguiente, tratándose de un suicidio, se excluye la existencia de un accidente laboral, al no provenir de una causa externa sino por haber sido provocado intencionalmente por el propio trabajador."<sup>(16)</sup>. Y en el mismo sentido, la segunda instancia entendió: "II) Que el Tribunal por unanimidad de votos de sus miembros naturales confirmará la fundada sentencia definitiva de primera instancia,

(13) Halperin, Isaac, Seguros, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 615.

(14) Cfme. Artículo de José Sánchez Pérez en este mismo número de la RDT.

(15) TAT 1º, Sent. n. 183 del 22/07/2009, Rossi, Morales, Posada (r).

(16) Sentencia n. 57 del 18.11.2008 del Juzgado Letrado de Primera Instancia del Trabajo de 13er. Turno – Dr. Fernández de la Vega.

(12) Signorino Barbat, Andrea, Los seguros de vida: distintas coberturas para personas. Principios, aspectos técnicos, jurídicos y comerciales, 1ª edición, FCU, 2008, p. 125.

*entendiendo que los agravios articulados por la parte actora recurrente no logran modificar la conclusión a la que arribara la recurrida, concretamente, que no resultan aplicable al caso de autos las previsiones del artículo 7 de la Ley n. 16.074 del 10.10.1989, concretamente porque no surge acreditado el supuesto generador imprescindible para ello, esto es, que el trabajador haya sufrido un accidente de trabajo. Por el contrario, de los elementos probatorios incorporados infolios surgen elementos de convicción suficientes para sostener que efectivamente y tal como lo planteara la parte demandada, se trató de un suicidio, esto es, de un hecho voluntario o intencional de parte del trabajador, imprevisible y ajeno a cualquier acción o control de la patronal.”.*

Estas sentencias nacionales, parecen marcar dos tendencias (si así lo podemos llamar, en tanto la casuística de esta temática es casi nula en nuestros tribunales), a resaltar: por un lado, la consideración de que el suicidio en ningún caso podría ser considerado un accidente de trabajo, por tratarse de un hecho “voluntario” e “intencional”. Y por otro lado, aun dándose el suicidio en ocasión del trabajo, manteniendo las características de ser un hecho “voluntario” e “intencional”, no se podría considerar al mismo como un accidente laboral.

Además, como puede advertirse, la sentencia de segunda instancia referida, asimila el acto del suicidio al dolo regulado por el artículo 9º de la Ley n. 16.074, al sostener: *“Coincidentemente, en el mismo sentido, el artículo 9 de la Ley n. 16.074 excluye de toda responsabilidad al patrono cuando el accidente -que ya no será accidente de trabajo- es provocado dolosamente por el propio trabajador.”.*

La cuestión no parece de fácil dilucidación. Brindar un parecer único sobre la temática planteada no es fácil, más aún, cuando, la importancia de la etiología del suicidio parece ser una cuestión que escapa al análisis solitario de la disciplina jurídica. Parece claro que esta temática no debe ser solitariamente analizada por los operadores del Derecho. Por el contrario, el apoyo del operador jurídico en psicólogos, psiquiatras, técnicos prevencionistas, entre otros, cuando se

están tratando estos temas, parece ser un elemento fundamental para entender cuáles son verdaderamente las causas que pueden llevar a un trabajador a suicidarse, y, determinar si efectivamente, el lugar de trabajo o las condiciones del mismo se corresponden con un ambiente sano o no para trabajar en cada caso.

## V. Consideraciones finales

Los contornos definitorios de lo que se entiende por accidente de trabajo o enfermedad profesional no son estancos.

La enorme cantidad de cambios que la actualidad viene presentado en el mundo del trabajo, como también la aparición de nuevos elementos tecnológicos y eventuales riesgos descubiertos o considerados por las distintas disciplinas que estudian las relaciones laborales, determinan que las definiciones de accidente de trabajo y de enfermedad profesional, aún puedan seguir en constante cambio, tanto en la legislación comparada, como en la de nuestro país.

Los fenómenos de stress y acoso laboral, en entre otros, considerados como fenómenos modernos en la empresa, están siendo dejados de manifiesto por la doctrina, y lenta como tímidamente están comenzando a ser tratados en la legislación.

En el caso específico de las prestaciones que dan cobertura a los riesgos generados en el trabajo, poco avance se advierte, al menos, en nuestro país.

El suicidio, que encuentra su causa u ocasión en el trabajo, como consecuencia de distintos problemas que el trabajador adquiere en su labor diaria, ha sido considerado en algunos países y por algunos autores, como una circunstancia merecedora de la cobertura de accidentes de trabajo. En el Uruguay, conforme la legislación vigente, nos parece que el suicidio, no encuadraría dentro del concepto de enfermedad profesional, y tampoco resulta claro que encastre dentro de la definición de accidente de trabajo, sin perjuicio de que en este último caso, la cuestión puede resultar más discutible.

## TAC: DO AJUSTAMENTO DE CONDUTA AO ACORDO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS — ACDH

### *From the conduct adjustment agreement — CAT to the human rights implementation agreement — HRIA*

Sandoval Alves da Silva (\*)

**RESUMO:** O artigo tem por objetivo demonstrar a necessidade de lançar-se um novo olhar sobre a atuação ministerial em sua busca de concretização dos direitos humanos por meio do termo de ajustamento de conduta (TAC). Faz-se um breve resumo da atividade do Ministério Público para observar as atividades preventiva e prospectiva com base no diálogo constitucional. Abordam-se os direitos humanos sociais, sua definição, suas características e a necessidade de especificação dos elementos que os formam e garantem sua eficácia jurídica, por tirá-los da generalidade que os torna inexigíveis. Apresentam-se as fases do procedimento do diálogo constitucional dirigido pelo Ministério Público, em especial, a fase da persuasão racional deliberativa de concretização dos direitos humanos. Por fim, o artigo aborda o acordo de concretização de direitos humanos (ACDH) para enfrentar questões controvertidas sobre sua definição, sua denominação, sua natureza jurídica, seus efeitos e requisitos de validade, visto que um dos instrumentos mais importantes para se alcançar essa especificação é o acordo político que serve de última palavra provisória sobre os problemas de concretização dos direitos humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos humanos. Acordo. Concretização. Diálogo constitucional.

**ABSTRACT:** The present paper aims to demonstrate the need to take a new look at the ministerial performance in pursuing the realization of human rights by the means of the conduct adjustment agreement — CAT. First, the paper brings a brief review of the actions of the Public Prosecution Service of Brazil in order to examine its preventive and prospective activities based on the constitutional dialog. Second, it addresses the social human rights considering the definition, the characteristics and the need to specify the elements that comprise the human rights and that assure their legal effect by removing them from the generality that makes them unenforceable. Third, the paper presents the phases of the procedures of the constitutional dialog carried out by the Public Prosecution Service of Brazil, especially, the rational deliberative persuasion phase of human rights realization. Finally, the paper addresses the human rights implementation agreement (HRIA) to tackle controversial issues concerning its definition, designation, legal nature, effects and the requirements for their validity. After all, one of the most important instruments to achieve this specification is the political agreement, which becomes the last provisional final word on the problems regarding the realization of human rights.

**KEYWORDS:** Human Rights. Agreements. Realization. Constitutional dialog.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A Instituição ministerial e a necessidade de um olhar preventivo e proativo no diálogo constitucional com os demais atores políticos. 3. Os direitos humanos sociais e a necessidade de especificá-los para permitir sua concretização. 4. Fases do procedimento dialógico de concretização dos direitos sociais dirigido pelo Ministério Público. 5. Acordo de Concretização de Direitos Humanos (ACDH): Definição, denominação, natureza jurídica, efeitos e requisitos de validade. 6. Conclusão. Referências.

### 1. Introdução

A iniciativa deste artigo deve-se às fortes críticas, no meio profissional, ao instrumento de acordo mais utilizado pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) cuja estrutura está dividida em quatro eixos, quais

sejam: regime jurídico do Ministério Público, direitos humanos, principais temas de atuação do MPT e principais instrumentos de atuação, tais como inquérito civil, termo de ajuste de conduta (TAC), ação civil pública etc. O presente artigo examina os eixos que versam sobre direitos humanos e o TAC, que aqui será denominado “termo de acordo de concretização dos direitos humanos” (TACDH).

A denominação “concretização dos direitos humanos” ora utilizada refere-se, semanticamente, ao ato de “interpretação”, “definição”, “delimitação”, “criação”, “interpretação construtiva” dos direitos humanos consagrados na órbita internacional, constitucional ou em políticas públicas, e não se confunde com o termo “realização dos direitos humanos”, o qual significa “aplicação” do direito, efetividade ou implementação material da concretização do direito

(\*) Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), na linha de pesquisa “Constitucionalismo, democracia e direitos humanos”. Procurador do trabalho lotado na Procuradoria Regional do Trabalho da 8.ª Região, coordenador nacional da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidades e Eliminação da Discriminação no Trabalho (Coordigualdade), professor de Teoria Geral do Processo e de Processo Civil na UFPA, ex-professor de Direito Financeiro e Orçamento Público, ex-procurador do Estado do Pará, ex-assessor da Auditoria Geral do Estado do Pará e ex-analista de controle externo do Tribunal de Contas do Estado do Pará.

outrora especificado, verificando-se quando a concretização produz efeitos reais no mundo da vida (GAVRONSKI, 2010, p. 121, nota de rodapé n. 9). Os termos “realização” e “aplicação” são tratados às vezes como sinônimos e, às vezes, de forma diferente, para demonstrar a efetivação voluntária ou coercitiva do direito, respectivamente. Para uns, portanto, há aplicação quando há coerção e realização quando os efeitos são produzidos voluntariamente. Neste artigo, não se fará essa distinção semântica, pois serão utilizados os adjetivos “voluntário” ou “volitivo” para o regime dialógico de efetividade do direito e “coercitivo” ou “forçado” para o regime de substituição judicial, de forma que a efetivação voluntária designa a “aplicação ou realização voluntária” e a efetivação coercitiva, a “aplicação ou realização coercitiva”. Assim, são os adjetivos “voluntário” e “coercitivo” que definem os substantivos “aplicação”, “realização” ou “efetivação”, sem que estejam ínsitos tais significados adjetivos nos substantivos em questão (SILVA, 2016, p. 22, nota de rodapé n. 2).

Essa perspectiva de concretização dos direitos humanos leva a outra designação que será aqui adotada: “acordo ou compromisso de concretização de direitos humanos” (ACHD), com seu respectivo termo (TACDH), que é o nome que se sugere em substituição à expressão “ajustamento de conduta” adotada pela lei, conhecida pela doutrina como “termo de ajustamento de conduta” (TAC). A sugestão de alteração do nome do instrumento de diálogo institucional é necessária em razão da concepção de um Ministério Público resolutivo, dialógico e focado na concretização prospectiva dos direitos humanos, em detrimento da crença em uma instituição demandista, policalesca e focada na responsabilização pretérita de infratores. Nessa perspectiva, propõe-se a releitura do instrumento para conceber essa nova denominação e a sugestão de *lege ferenda* de utilização pela lei do *nomen juris* ora proposto (ACDH ou TACDH).

Nesse contexto, abordar-se-ão, nesta exposição de ideias articuladas, a percepção da instituição ministerial sob o viés preventivo, dialógico e prospectivo e a necessidade de especificação ou concretização dos direitos humanos. Ato seguinte, abordar-se-ão as fases do diálogo constitucional com os procedimentos e instrumentos de iniciação, provocação, informação, participação, persuasão e deliberação no diálogo constitucional.

Os instrumentos existentes no ordenamento jurídico colocam a instituição do Ministério Público em uma situação destacada para dialogar direta e constitucionalmente pela via extraprocessual, legislativa e judicial. É certo que a falta de teorização clara de tais instrumentos no campo da cultura e da prática jurídica traz certa dificuldade para utilizá-los na atuação extraprocessual ou extrajudicial, como é o caso do acordo de concretização de direitos humanos (ACDH), que é muito utilizado, mas pouco explorado teoricamente.

Por fim, apresenta-se o capítulo do ACDH como instrumento de concretização de direitos por meio do diálogo constitucional na fase da persuasão racional

deliberativa, abordando as principais questões jurídicas que o envolve, como a discussão sobre o *nomen juris*, a natureza jurídica, os requisitos de validade, os vícios que o levam à invalidade e seus efeitos jurídicos, como forma de enfrentar o terreno árduo de sua compreensão pelo aspecto epistemológico, prático e reflexivo na atuação ministerial na concretização dos direitos humanos sociais, visto que o acordo de concretização é um dos principais instrumentos normativos de especificação do conteúdo ou dos elementos mínimos dos direitos humanos, permitindo, após sua definição, a exigibilidade e a execução da obrigação por meio de rodadas procedimentais concretizadoras.

## 2. A instituição ministerial e a necessidade de um olhar preventivo e proativo no diálogo constitucional com os demais atores políticos

O presente artigo busca evidenciar a importância do TACDH na concretização dos direitos humanos numa perspectiva de releitura desse instrumento deliberativo à luz de uma concepção dialógica e procedimental de forma participativa, preventiva e corretiva, conforme as normas constitucionais e os direitos humanos sociais e individuais indisponíveis.

A preocupação com a concretização dos direitos sociais de forma dialogada e deliberativa tem assento no mapa estratégico do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que apresenta os seguintes mandamentos e processos para alcançar a missão e a visão institucional:

- a) assegurar a unidade institucional, com o fortalecimento da atuação integrada do Ministério Público;
- b) fortalecer a eficiência da atuação institucional, com a ampliação da atuação extrajudicial como forma de pacificação de conflitos e com a atuação de forma proativa, efetiva, preventiva e resolutiva, respeitando as competências constitucionais;
- c) aprimorar a comunicação e o relacionamento, com o fortalecimento da relação entre o cidadão e a instituição ministerial;
- d) valorizar a visão de futuro, com o reconhecimento da Instituição como transformadora da realidade social e essencial à preservação da ordem jurídica e da democracia.

No mesmo sentido é a Resolução n. 118/2015 do CNMP que institui, em seu art. 1º, *caput* e parágrafo único, a política nacional de incentivo à autocomposição, incumbindo ao Ministério Público brasileiro a implementação e a adoção de mecanismos de *autocomposição*, como a *negociação*, a *mediação*, a *conciliação*, o *processo restaurativo* e as *convenções processuais*.

A Carta de Brasília também demonstra claramente essa perspectiva dialógica ao trazer como fundamento ministerial a atuação extrajudicial do MP como *intermediador da pacificação social*, visando normalmente à *resolução consensual dos conflitos*, das *controvérsias e dos problemas*.

Essa atuação dialógica e preventiva também é prevista no art. 3º, § 3º, combinado com o art. 515, § 2º, do

Código de Processo Civil (CPC), segundo os quais a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. No mesmo sentido, prescreve a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública etc.

A estruturação, a cultura e a prática do Ministério Público brasileiro foram formadas para encontrar pessoas que cometeram erros, sem uma preocupação direta com o planejamento, o futuro e os elementos necessários à concretização dos direitos humanos. Nessa concepção, constrói-se uma lógica de acusação e uma racionalidade de defesa persuasiva que eximem ou mitigam a responsabilidade e as consequências dos atos pretéritos atribuídos aos envolvidos, olvidando-se ou negligenciando-se a análise prospectiva e preventiva que garantiria a concretização dos direitos humanos prospectivamente.

Esse novo olhar prestigia as funções preventivas, prospectivas, inibitórias ou de tutela específica para o futuro, com foco diretamente na concretização dos direitos humanos e na exigência contínua de atendimento do conteúdo específico do direito debatido, sem a persecução cega da responsabilização funcional, civil e penal. Com o viés resolutivo, preventivo e prospectivo, o raciocínio gradual e o diálogo institucional trazem boas razões para as práticas, os procedimentos, a cultura e a estrutura ministerial.

O raciocínio binário, estruturado a partir de dicotomias abrangentes e rígidas, deve ser superado pelo raciocínio gradualista, que permite avaliar a medida de certa qualidade, o grau de realização de determinado ideal, uma vez que esse raciocínio preocupa-se não em dizer se algo é ou não é, mas, antes, em determinar em que grau ou medida algo é ou não é, ou quanto algo se aproxima ou se distancia do ideal. O gradualismo mostra-se defensável porque não abre mão do binarismo, mas submete-o a um tratamento diferente em que as assertivas não podem ser de plano acolhidas ou rejeitadas (MENDES, 2011, p. 40-41).

Seguindo essa tendência, propõe-se o diálogo ministerial como saída intermediária e conciliatória com base em hipóteses como rodada procedimental e última palavra provisória, apresentando-se o modelo deliberativo fundado na persuasão (os poderes falam e escutam) em contraposição ao modelo adversarial, que se funda na imposição (um poder fala para impor-se) (MENDES, 2011).

### 3. Os direitos humanos sociais e a necessidade de especificá-los para permitir sua concretização

A utilização das teorias do diálogo<sup>(1)</sup> e das teorias que concebem o Ministério Público como um ator

político com poderes constituídos para concretizar os direitos, de forma dialógica<sup>(2)</sup>, só faz sentido se tiver como fundamento a racionalidade persuasivo-deliberativa e a proteção dos direitos humanos, especialmente os sociais, razão pela qual tais teorias têm grande aplicação quando a negociação processa-se por meio de um procedimento dialógico de racionalidade persuasiva e deliberativa que tem como objeto os direitos humanos. Este capítulo abordará o tema dos direitos sociais, examinando sucintamente a necessidade de definição e de especificação para garantir a exigibilidade e a executividade das normas de justiça distributiva e de apropriação individual ou coletiva do bem comum.

As concepções que abordam os direitos sociais como um meio para o desfrute, em condições de igualdade, dos direitos civis e políticos ou para o exercício da liberdade (visão liberal) ou como um fim em si mesmo (visão social), como deveres correlatos de solidariedade para prover o necessário para a subsistência do indivíduo em condições dignas (PULLIDO, 2008, p. 146-147), têm pouca importância prática, pois o problema da juridicidade do direito acaba nas dificuldades de exigibilidade trazidas pelas indefinições dos elementos necessários para fruir o direito.

Um dos traços característicos do bem público e, por via de consequência, dos direitos sociais é sua indivisibilidade e sua indeterminação, razão pela qual a fruição do bem comum exige especificação positiva (apropriação devida) ou negativa (apropriação indevida<sup>(3)</sup>) para que os produtos comuns possam ser distribuídos, pois a especificação é uma forma reconhecida pelo direito de tirar as coisas comuns da sua comunhão (LOPES, 2006, p. 143).

Essa especificação positiva ou de criação de normas que vedem a apropriação indevida (especificação negativa) do bem comum — direito social — pode ser feita por meio de um processo legislativo, judicial, ministerial dialógico para que se possam determinar os elementos da obrigação-fim do Estado (conteúdo, responsáveis, razões, lugar, prazo, forma, custo e cominações) e para permitir sua exigibilidade e sua executividade. Obviamente que não é necessário identificar todos os elementos, bastando que se tenham os elementos que possam especificar minimamente o direito envolvido. Já a especificação negativa pode ser objeto de uma ação estatal, o que configura um ato inconstitucional ou violador dos direitos humanos, caso em que se abre a possibilidade de se utilizar o controle de constitucionalidade ou o sistema de proteção internacional dos direitos humanos.

A indivisibilidade e a indefinição dos elementos caracterizadores dos direitos sociais tiveram fortes impactos na compreensão de sua natureza (jurídica

(2) Para aprofundar o tema das teorias do diálogo aplicadas ao Ministério Público brasileiro, consultar Silva (2016).

(3) O uso poluidor que se faz do ar ou da água é uma forma perversa de partir ou distribuir o bem coletivo, de uma especificação negativa, de uma apropriação indevida ou de uma caracterização do efeito carona ou predatório (LOPES, 2006, p. 147).

(1) Para aprofundar o tema das teorias do diálogo, consultar Mendes (2011), Brandão (2012) e Souza (2013).



ou política) e de sua exigibilidade. Nesse contexto, os direitos sociais são normas gerais, inespecíficas e ilíquidas, e o Ministério Público é um ator político-burocrático que pode instaurar rodadas procedimentais dialógicas para proceder à especificação, para posterior concretização dos direitos sociais, de forma a torná-los exigíveis e exequíveis no campo individual e coletivo — apropriação positiva<sup>(4)</sup>.

Assim, o que se afirma é que os direitos sociais são jurídicos e de exigibilidade contínua<sup>(5)</sup>, progressiva<sup>(6)</sup>, gradual<sup>(7)</sup> e dinâmica<sup>(8)</sup>. Apenas se ordena que se abra

(4) Essa especificação já foi objeto de análise à luz do processo legislativo orçamentário. Defendeu-se que a Constituição obriga o legislador e o administrador a criar programas para atender as necessidades públicas, mas tal obrigação, que é de eficácia progressiva, com a imposição de adoção de ação imediata no processo legislativo de definição, está condicionada à realidade das necessidades públicas levantadas e às possibilidades econômicas e financeiras existentes nos cofres públicos (SILVA, 2007, p. 196-197). Logo, os direitos sociais sempre têm eficácia imediata para as questões inerentes ao que se pode fazer no momento (presente) e eficácia futura quanto aos requisitos que dependem de outras rodadas procedimentais (caráter contínuo e progressivo), que levam em conta os limites e os recursos constantes das leis orçamentárias, o que permite, em caso de insuficiência de proteção de direitos, a abertura de nova rodada procedimental legislativa, ministerial dialógica (caráter gradual e dinâmico) etc., para que se alcance uma especificação que convença os atores políticos envolvidos e a sociedade. Assim, uma vez individuada a obrigação do Estado ou o direito social, por meio de política pública inserida na lei orçamentária, pode-se exigir judicialmente sua execução, visto que as obrigações foram constitucionalmente impostas e orçamentariamente definidas, e os argumentos de política convertidos em argumentos jurídicos (SILVA, 2007, p. 232).

(5) *Contínua*, porque os direitos sociais são concretizados de forma ininterrupta ou continuada, visto que os direitos à saúde, educação, lazer, moradia, trabalho são percebidos de forma prospectiva, enquanto houver vida humana em sociedade, com a respectiva necessidade de partilha de bem coletivo ou comum. Isso decorre do processo natural da vida humana, com o nascimento e o desenvolvimento das pessoas, que sempre estão a necessitar de prestações materiais que atendam os direitos sociais para as gerações presentes e futuras.

(6) *Progressiva*, porque a concretização dos direitos sociais é regida pelo princípio do não retrocesso, de forma a evitar uma regressão nas prestações concretizadas e definidas na apropriação coletiva ou individual do bem comum. Obviamente que a progressividade da concretização dos direitos sociais não tem o caráter inflexível ou de indisponibilidade absoluta, admitindo-se certo grau de retrocesso, desde que acompanhado de medidas compensatórias, com vantagens alternativas ou com medidas mitigadoras, impeditivas ou extintivas da ocorrência de algum mal comum de maior grau.

(7) *Gradual*, porque a concretização dos direitos sociais não pode ser exigida de forma binária ou extremista, com a preocupação em dizer se algo é ou não é; deve antes ser exigida com base no raciocínio gradualista ou no grau de concretização de determinado ideal, de forma a definir em que grau ou em que medida algo é ou não é, ou quanto algo se aproxima ou se distancia do ideal, sem abrir mão do raciocínio binário. O gradualismo busca acomodar as tensões no processo de concretização dos direitos humanos, sem abrir mão do binarismo, mas submete os extremos a um tratamento diferente, em que as assertivas não podem ser de plano acolhidas ou rejeitadas. Por outras palavras, essa perspectiva dos direitos sociais evidencia que a medida justa de concretização dos direitos sociais pode estar em qualquer ponto entre zero e um, sem que se possa optar entre ser exigível, concretizável e realizável, de um lado, e, de outro lado, não exigível, concretizável e realizável em sua inteireza, de forma que em qualquer medida ou grau haverá algo a ser exigível, concretizável e realizável e, simultaneamente, algo que não pode, naquele momento, ser exigível, concretizável e realizável, salvo se o ponto concretizável se localizar em um dos extremos.

(8) *Dinâmica*, porque a relação obrigacional oriunda da concretização dos direitos sociais é altamente mutável de acordo com a

um incidente ou procedimento para que se alcancem os elementos necessários ou mínimos para identificar uma relação jurídica (sujeito ativo e passivo, objeto determinado, prazo, forma, lugar etc.), como ocorre com qualquer direito de crédito quando uma sentença genérica necessita liquidar ou concentrar as obrigações, para só depois praticar os atos materiais de realização do direito ofendido.

Os elementos de especificação e concretização dos direitos humanos são necessários para o desenvolvimento de uma teoria da decisão resolutive que seja aplicada ao diálogo constitucional dirigido pelo Ministério Público. Como afirmado, as teorias do diálogo só fazem sentido se inseridas nas teorias da decisão, na atuação ministerial, se a decisão for resolutive. Essas teorias compatibilizam-se com o modelo resolutive do Ministério Público, que, segundo a doutrina, utiliza instrumentos processuais e extraprocessuais de resolução ou solução de conflitos de massa, de forma mais efetiva e célere, sem a judicialização da demanda (MACÊDO, 2013, p. 341). A premissa principal desse modelo é envolver todos os participantes do diálogo em uma rodada procedimental para alcançar o acordo de vontades e evitar o processo judicial de substituição volitiva, ainda que essa via seja usada para alcançar um acordo deliberativo e fundamentado na via extraprocessual, visto que a substituição da ação material dos envolvidos pela ação processual do juiz deve ser uma solução racional, humanizada, justa e equitativa, sem que se possam ter como resultado situações irracionais da ação material humana nos conflitos, como escravizar, apropriar-se negativamente dos bens e pessoas da família do devedor e matar (SILVA, 2014, p. 46-47).

A teoria da decisão resolutive, que pode ser aplicada a uma concepção prospectiva ou retrospectiva, tem como fim último responder às questões básicas do processo deliberativo dialógico ministerial — a identificação de todos os elementos essenciais e acidentais, que se resumem em saber *o quê* (objeto), *por quê* (fundamentos), *onde* (lugar), *quando* (prazo), *quem* (sujeitos legítimos), *como* (forma) e *o custo* (valor econômico) da tomada decisão e da concretização e realização dos direitos humanos sociais<sup>(9)</sup> –, ainda

realidade e as circunstâncias de planejamento que se apresentam em sua exigência jurídica, de forma que uma medida adotada ou um planejamento feito para determinada necessidade de atendimento dos direitos sociais pode não mais ser eficaz ou eficiente, visto que os requisitos de concretização podem mudar gradualmente no que se refere ao conteúdo, ao sujeito, ao prazo, ao lugar, à razão, à forma, ao custo e à cominação por eventual descumprimento. Entre todas as características das relações jurídicas de concretização dos direitos sociais, é o aspecto dinâmico que mais demonstra grau de incompatibilidade com a natureza definitiva das decisões judiciais, visto que qualquer decisão que tenha essa pretensão pode sofrer eventual desuso ou ser inaplicável aos casos futuros, por não ter mais aplicabilidade às circunstâncias ou aos quesitos futuros, considerando-se o dinamismo, a continuidade, a progressividade e o gradualismo de tais relações.

(9) Essas questões são conhecidas pela sigla em inglês 5W2H ou diagrama de árvore, que representam os elementos necessários de um plano de ação. São 5W: *what* (o quê), *why* (por quê), *where* (onde), *when* (quando) e *who* (quem). E são 2H: *how* (como) e *how much* (quanto custa) (FERREIRA; PEREIRA; REIS, 2001). A essas questões, deve ser acrescida a cominação (*comination*), e a sigla passaria a

que a deliberação resolutive seja decidir não decidir de forma fundamentada, monitorada e condicionada ao prazo para a concretização. A essa teoria, deve-se acrescentar ainda a estipulação de cominações para o caso de descumprimento — elemento consequencial (SILVA, 2016, p. 193).

Usualmente as teorias preocupam-se em responder parcialmente a tais questionamentos com a definição de “quem decide” (povo, parlamentos, cortes, fórum deliberativo por acordo dirigido pelo Ministério Público), “o que se decide” (direitos e políticas), “como se decide” (procedimento de uma decisão válida e legítima e os instrumentos de concretização — rodada procedimental e negociação baseada em princípios), “quando se decide” (o prazo ou lapso temporal dos efeitos da decisão — retrospectivo, prospectivo ou ambos e o tempo de validade da decisão) e “por que se decide” (razões procedimentais e substanciais que devem ser expostas na decisão). Entretanto, para se alcançar maior especificação (liquidação ou concentração) dos direitos humanos, devem-se adicionar outros questionamentos: “onde se decide” (o lugar em que a decisão será proferida, concretizada e cumprida), “quanto custa a decisão” (o custo para concretizar e realizar os direitos sociais, que deve constar da legislação orçamentária, se for da competência do Estado) e “quais as cominações da decisão” (as consequências jurídicas pelo descumprimento da decisão ou para a recomposição do bem lesado). Há uma reformulação do “quem decide”, pois as rodadas procedimentais dirigidas pela instituição ministerial tiram o foco do Parlamento, do Judiciário e do Executivo para centrar-se numa deliberação conjunta e dialogada, que servirá de última palavra provisória, por meio de um acordo deliberativo e fundamentado envolvendo todos os atores políticos responsáveis pela concretização dos direitos sociais. Cabe ao Ministério Público a responsabilidade de dirigir tal procedimento e tornar efetivos tais direitos (SILVA, 2016, p. 194).

Os questionamentos devem ser objeto de análise e de preocupação nas rodadas procedimentais e nas deliberações resolutivas provisórias de forma direta ou indireta, para garantir a efetividade dessas deliberações. Com efeito, de nada adianta chegar a uma deliberação se são mantidas as indefinições nos elementos que garantem o sucesso do atendimento do direito em conflito: não se sabe quem é o responsável ou a quem atribuir a obrigação (quem — dimensão institucional); o direito ou o conteúdo não está especificado (o quê — dimensão jurídica); tampouco estão

especificados o prazo estipulado (quando — dimensão temporal), as razões discutidas e fundamentadas (por quê — dimensão racional), a forma da decisão e da concretização do direito (como — dimensão procedimental), o lugar de decisão e o local onde o cumprimento pode ocorrer (onde — dimensão geográfica), o custo da decisão e do atendimento dos direitos (quanto custa — dimensão econômica), nem estão previstas as consequências jurídicas necessárias para pressionar o atendimento das normas ou para o caso de descumprimento (cominações — dimensão cominatória).

A desconsideração de qualquer um desses questionamentos leva invariavelmente à ineficácia social dos direitos humanos prestacionais, salvo se, de alguma forma, o responsável pela concretização do direito tenha como responder ao questionamento sobre a inclusão em orçamento, a definição do conteúdo, do responsável etc. Portanto, o enfrentamento desses questionamentos nas rodadas procedimentais e a apreciação das respostas nas deliberações facilitam os atos jurídicos e materiais para que seja alcançada a plena eficácia dos direitos sociais e seja evitada a instauração de novas rodadas procedimentais extraprocessuais — se algum questionamento foi desprezado — ou iniciada a judicialização da demanda — quando constatado o descumprimento do acordo firmado.

O Ministério Público tem uma atuação dialógica forte na deliberação das instituições judiciais<sup>(10)</sup> e legislativas ou constituintes<sup>(11)</sup>, com claros exemplos de

(10) A instituição tem forte atuação quando se trata de convencer magistrados a revogar súmulas e precedentes prejudiciais à proteção dos direitos fundamentais. Um exemplo dessa atuação é a recente alteração da OJ n. 130, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que determinava a competência do Distrito Federal de todas as lides coletivas, se a extensão do dano fosse nacional. Com a alteração, provocada pelo Ministério Público, a demanda pode ser ajuizada em qualquer das capitais do Estado da Federação, o que facilita o acesso ao Poder Judiciário para a proteção da tutela coletiva. Em outro exemplo, o Pleno do TST alterou a redação da OJ n. 350, também por provocação ministerial, para passar a admitir que o Ministério Público do Trabalho (MPT) questione a nulidade de contrato de trabalho por ausência de concurso público mesmo quando a parte — ente público — não tenha contestado o tema na defesa. A OJ n. 350 veda, porém, a dilação probatória, ou seja, o aumento do prazo concedido às partes para produzir provas. Antes a redação da referida orientação vedava a manifestação ministerial que questionasse tal nulidade, caso o ente público não tivesse alegado em matéria de defesa, deixando uma porta aberta a conluíus e fraudes nessas questões.

(11) O exemplo mais debatido e criticado de diálogo entre a instituição ministerial e o Parlamento ou o poder constituinte garantiu o perfil inovador e moderno à instituição, que iniciou em 1985, com grandes avanços até 1993. Porém, tal processo dialógico foi objeto de duras críticas pela doutrina: os avanços foram atribuídos ao “voluntarismo político” ministerial, pelo qual os integrantes do Ministério Público teriam conferido a si próprios o papel de defensores da sociedade, desenvolvendo ações além de suas atribuições regulares, com o intuito de transcender as fronteiras do sistema de justiça *stricto sensu* e de invadir o mundo da política (ARANTES, 2000, p. 15). Na verdade, o papel do Ministério Público é produto de uma forte atuação ministerial em todos os momentos históricos constituintes e parlamentares, nos quais foram definidas as atribuições ministeriais de tutela coletiva. A ordem constitucional definiu a atual natureza burocrática da instituição, sua atuação como *expert*. Tudo com a concordância dos parlamentares e do poder constituinte, que, na rodada procedimental constitucional ou legislativa, debateram o tema e concordaram com

ser 5W2H1C. Embora possa haver outras preocupações, esses questionamentos podem ser adaptados à teoria do diálogo institucional dirigido pelo Ministério Público. Assim, para cada uma das soluções priorizadas, a equipe estabelece metas de melhoria a serem alcançadas, o que permite explicitar o nível de resultado esperado, como também programar as atividades para a implementação da melhoria. Essas questões levam à definição do objeto, da razão, do responsável, do custo, do modo, do tempo e do local em que se concretizam e realizam os direitos sociais. Além desses questionamentos, no diálogo institucional, ainda se devem definir as cominações necessárias para a pressão psicológica e jurídica no sentido de concretizar os direitos e de imputar responsabilidades pela sua não concretização ou realização.

proteção dos direitos humanos, porém há casos em que esse diálogo foi mitigado ou restrito<sup>(12)</sup>.

A instituição do Ministério Público também pode dialogar nos processos extraprocessuais que promove, visto que ela dialoga com governos e poderes em todas as esferas, com representantes de interesses coletivos em sentido estrito, tais como associações, partidos políticos e sindicatos, utilizando-se de instrumentos dialógicos, como audiências públicas, inquérito civil público, recomendações, notificações e condução coercitiva de testemunhas e investigados (ou melhor, interessados), para dialogar sobre o significado constitucional e a concretização dos direitos sociais ou coletivos, além de outros.

O resultado desse diálogo é a celebração de um acordo de concretização de direitos humanos (ACDH), quando for construído entre os envolvidos o acordo deliberativo e fundamentado sobre o significado constitucional (dimensão jurídica), o responsável pela concretização (dimensão institucional), o custo (dimensão econômica), a razão (dimensão racional), bem como sobre a forma (dimensão procedimental), o lugar (dimensão geográfica), a cominação (dimensão cominatória) e o prazo (dimensão temporal) para a concretização dos direitos sociais violados ou ameaçados. Entretanto, evidenciada a falta de acordo sobre a concretização dos direitos humanos, a consequência lógica é a judicialização da falta de acordo, para que o Judiciário possa, em regime de substituição aos contendores ou envolvidos, participar do diálogo outrora frustrado na seara extraprocessual. Passa-se, então, após a frustração do diálogo extraprocessual, a discutir a intervenção judicial em políticas públicas ou na concretização dos direitos humanos, especialmente dos prestacionais.

Assim, o diálogo é indispensável em caso de inadimplemento por excesso ou de omissão das prestações materiais, sob a responsabilidade estatal, imprescindíveis ao atendimento das necessidades humanas, a fim de cumprir a obrigação contínua, progressiva, gradual e dinâmica de definição, organização, procedimentalização, especificação e concretização dos direitos humanos para atender a justiça distributiva por meio da defesa dos bens comuns, indivisíveis ou coletivos, e de seu regime de apropriação individual e coletiva.

o conteúdo das normas que erigiram a instituição como *custos juris* e *custos societatis* em defensora do interesse público e das demandas sociais, cabendo-lhe a proteção do regime democrático, da ordem jurídica, dos direitos sociais, além do zelo pelos poderes e pelos serviços garantidores dos direitos constitucionais.

(12) É o caso da recente posição do Supremo Tribunal Federal (STF) que negou legitimidade aos membros do Ministério Público da União (MPU) para propor reclamação constitucional, sob o argumento de que essa atribuição é de exclusividade do Procurador-Geral da República, numa clara limitação da atuação ministerial dialógica e difusa perante a Corte Suprema em sede de reclamação constitucional, como se a legitimação para a propositura de reclamação constitucional estivesse adstrita a quem tem legitimidade para atuar perante a Corte (STF. Rcl 5381/AM. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Britto. Julgamento: 20 maio 2009. DJE-157. DIVULG 20-08-2009, PUBLIC 21-08-2009, EMENT VOL-02370-02, PP-00371).

#### 4. Fases do procedimento dialógico de concretização dos direitos sociais dirigido pelo Ministério Público

A estrutura procedimental de concretização dialógica dos direitos sociais deve compreender atos, normas e instrumentos concatenados, que terão a finalidade procedimental de percorrer as seguintes fases: *iniciativa*, *persuasão racional deliberativa* ou de concretização, *aplicação* ou realização e *fiscalização* ou controle. Porém, apenas as duas primeiras serão abordadas neste momento, visto que o foco é a concretização dos direitos sociais por meio do acordo de concretização dos direitos humanos.

Na fase da iniciativa, o Ministério Público pode dar início às rodadas procedimentais em qualquer momento, de ofício ou por provocação, pois a ordem jurídica, ao prever a rodada procedimental ministerial, autoriza a instituição a agir independentemente de provocação na condição de sujeito imparcial, que atua de ofício, em razão do princípio inquisitivo a ele aplicável. Esse princípio é de pouca aplicação à magistratura, que é regida pelo princípio acusatório que impõe a inércia judicial como forma de limitar os abusos de poder exercidos pelos juízes, quando tinham o poder de provocação da própria jurisdição, com a acusação, a defesa do acusado, a instrução probatória e o julgamento, fazendo das pessoas envolvidas objeto do processo, e não sujeitos (SILVA, 2009, p. 1-2). Para instaurar essa fase, o Ministério Público autua formalmente o procedimento deliberativo dialógico (inquérito civil etc.) para que depois possa praticar atos de notificação para comparecimento, requisição de documentos e informações etc., adentrando na fase persuasiva e deliberativa, visto que a fase da iniciativa foi concluída.

A fase de persuasão racional tem início com a coleta de informações acerca da notícia de fato irregular e pode ser incrementada com vários instrumentos, como notificação, intimação, inspeção, requisição, audiências etc., tendo em vista a coleta de dados e informações para formar o convencimento ministerial e dos atores políticos envolvidos no diálogo. É nesse momento que se inicia a contestação pública (convicção e deliberação pública) dos vários argumentos e conclusões dos direitos que são objeto de concretização. Essa fase de persuasão racional deliberativa dialógica das rodadas procedimentais tem três subfases denominadas “pré-deliberativa” (*pre-decisional*), “deliberativa” (*decisional*) e “pós-deliberativa” (*post-decisional*). Idealizadas para a atuação dialógica das cortes constitucionais (MENDES, 2013, p. 105-118), essas subfases podem ser adaptadas às deliberações extraprocessuais dialógicas conduzidas pelo Ministério Público, com a inserção das etapas procedimentais da negociação desenvolvida pela doutrina de Harvard (FISHER; URY; PATTON, 2005, p. 31).

A fase pré-deliberativa compreende a coleta de informações, o diagnóstico do problema, o planejamento da solução e a exposição ou a articulação pública e racional dos argumentos levantados para fins

de convencimento dos demais atores envolvidos, contribuindo para a multiplicação de pontos de vista de certa controvérsia ou problematização sobre os direitos humanos de forma dialógica e engajada para alcançar a melhor versão fática dos fenômenos ocorridos e os melhores resultados jurídicos possíveis, com todos os atores sociais e políticos que formal e informalmente possam contribuir ou contribuam com argumentações públicas externas na rodada procedimental (*input*).

Nessa fase, adota-se o método de negociação, baseado em princípios que devem seguir as etapas necessárias para alcançar o acordo ou a deliberação: a análise por meio de colheita, organização e ponderação dos dados, documentos e informações para realizar o diagnóstico do problema social; o planejamento para conseguir o acordo, que deve separar os problemas das pessoas, os interesses mais importantes, os objetivos mais realistas, as opções adicionais e os critérios objetivos diferenciais para poder decidir.

Após as duas subfases da fase pré-deliberativa, começa a fase da persuasão racional deliberativa ou decisional com a discussão persuasiva, que representa o diálogo entre os atores envolvidos na busca de um acordo ou a acomodação dos interesses em jogo, de forma a permitir a participação de todos os envolvidos. Para isso, o Ministério Público dispõe de vários instrumentos persuasivos para coletar os argumentos, para desafiá-los publicamente e para mostrar-se como instituição aberta aos argumentos trazidos pelos interlocutores, como audiências, notificações, requisições etc. A subfase deliberativa abrange o engajamento coletivo dos partícipes para conseguir um acordo deliberativo fundamentado, que compreende a audição, o entendimento e a incorporação das razões dos demais partícipes e vice-versa. Os atores envolvidos têm, então, o dever de fazer uma argumentação franca e de apresentar uma discordância autêntica na busca da melhor resposta ou de tentar uma opinião comum, que deve ser realizada por meio de acordo racional deliberativo, que é um instrumento para alcançar uma boa decisão, seguindo as premissas dos §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC de 2015, que impõe aos juízes, advogados, defensores públicos e aos membros do Ministério Público, sempre que possível, a promoção de solução consensual de conflitos, como a mediação e outros métodos de solução consensual, podendo-se incluir, nesse contexto, as rodadas procedimentais dialógicas ministeriais de concretização dos direitos sociais.

Antes mesmo da aprovação do CPC de 2015, o CNMP editou a Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014, publicada em 27 de janeiro de 2015, que dispõe sobre a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, que insere a instituição ministerial como ator do sistema de acesso à justiça, com as seguintes práticas autocompositivas: negociação, mediação, conciliação, práticas restaurativas e convenções processuais.

Na subfase pós-deliberativa, há a formalização do acordo deliberativo e fundamentado, que traduz

o compromisso moral e político da deliberação provisória e considera o engajamento de todos os partícipes para captar e analisar todos os argumentos capazes de ser coletados, para pesquisar a melhor resposta com base em princípios e para buscar o acordo ou desacordo mínimo com a participação de todos os envolvidos, pois, como assevera Conrado Mendes (2013, p. 116), a moral imperativa de igual respeito provém, não do direito a voto, mas da capacidade de ouvir e de ser ouvido.

Com base nas virtudes dialógicas idealizadas para as cortes (MENDES, 2013, p. 126-139), formulam-se as virtudes da fase da persuasão racional deliberativa que devem ser seguidas pelos interlocutores nas subfases pré-deliberativa (curiosidade respeitosa<sup>(13)</sup>), deliberativa (acordo deliberativo<sup>(14)</sup>, modéstia cognitiva<sup>(15)</sup>, ambição cognitiva<sup>(16)</sup> e empatia<sup>(17)</sup>) e pós-deliberativa (responsividade<sup>(18)</sup>, clareza<sup>(19)</sup> e senso de falibilidade e provisoriedade<sup>(20)</sup>), visto que as rodadas procedimentais têm a finalidade de alcançar acordos deliberativos, que sirvam de última palavra provisória.

(13) A curiosidade respeitosa (*respectful curiosity*) compreende a capacidade de ouvir vários interlocutores com a preocupação de entender os argumentos lançados pelos participantes, mesmo que com a atuação inquisitorial do Ministério Público, considerando a vulnerabilidade política e a posição social de cada interlocutor, bem como a originalidade dos argumentos, de forma a garantir igualdade de tempo e oportunidade de manifestação.

(14) A formação de um pacto racional representa a convergência entre os participantes para buscar o acordo ou desacordo mínimo, que atenda a certo nível de respeito, compromisso para arguir e cooperar na concretização dos direitos humanos, com disposição para alcançar uma decisão acordada coletiva, comum ou supraindividual, com base em princípios, permitindo o desacordo apenas quando o acordo com fundamento principiológico não for possível.

(15) O exercício da modéstia cognitiva (*cognitive modesty*) está relacionado com a condição moral e lógica de preferência pela transformação e representa frequentemente o que a persuasão racional deliberativa e as concessões mútuas podem significar lógica e moralmente como certo ou justo.

(16) A ambição cognitiva (*cognitive ambition*) significa o outro lado da modéstia, por pregar a disposição institucional ou coletiva para lutar e persistir na busca da melhor decisão possível.

(17) A empatia (*empathy*) qualifica a ambição cognitiva pela capacidade de imaginar problemas que não tiveram seu ponto de vista formalmente ouvido e debatido no curso da rodada procedimental dialógica, que culminou em acordo, para que se possam ouvir as questões antes e depois da decisão.

(18) Reatividade ou responsividade (*responsiveness*) é a capacidade de dar respostas às escolhas morais que foram objeto do acordo deliberativo firmado entre os atores políticos e privados envolvidos.

(19) Para atender à clareza (*clarity*), os acordos deliberativos firmados têm de expressar, de forma simples, clara e persuasiva, o teor da deliberação pactuada para que se vejam as razões da decisão dialógicamente alcançada.

(20) O senso de falibilidade e provisoriedade (*sense of fallibility and provisionality*) é o desafio moral contínuo e progressivo ao qual se submetem os acordos deliberativos firmados ou as deliberações alcançadas, como consciência do potencial de revisibilidade da última palavra pactuada, em um processo incorrigivelmente interativo, gradual e dinâmico, o que representa a compatibilidade e a conexão procedimental com a teoria da exigibilidade contínua, progressiva (com ações imediatas — presente — e diferidas — futuro), gradual e dinâmica dos direitos sociais.

Na tutela coletiva extraprocessual, a legitimação ocorre não pelo devido processo legal e pelo julgamento de um terceiro imparcial, mas pelos instrumentos e procedimentos dialógicos (devido processo) que servem à formação persuasiva racional para alcançar as soluções jurídicas destinadas a equacionar lesões ou ameaças a direitos e interesses coletivos disponibilizados aos legitimados coletivos eleitos pela ordem jurídica, especialmente ao Ministério Público, que, apesar de não julgar, é um sujeito imparcial na proteção da sociedade e da ordem jurídica e tem representação funcional por meio da legitimidade substancial e procedimental, conforme as fases procedimentais apresentadas para dialogar e deliberar com os demais ramos de governo, sem atuar em regime de substituição da autonomia da vontade, como faz o Poder Judiciário.

Essas são as fases propostas nas rodadas procedimentais conduzidas pelo Ministério Público para se alcançar a última deliberação provisória, em que um dos principais instrumentos é o ACDH.

##### **5. Acordo de Concretização de Direitos Humanos (ACDH): definição, denominação, natureza jurídica, efeitos e requisitos de validade**

Para concretizar os direitos humanos sociais por meio do diálogo constitucional, o Ministério Público, como ator político detentor de autonomia constitucional bem definida, conta com vários procedimentos, instrumentos ou técnicas extraprocessuais<sup>(21)</sup>.

Os diversos instrumentos de atuação ministerial podem servir para iniciar o diálogo em rodada procedimental, convencer os participantes na fase da persuasão racional e formar e formalizar o pacto ou compromisso negociado. O acordo de concretização dos direitos humanos (ACDH) é um dos principais instrumentos da deliberação política e coletiva pactuada, e a formalização do acordo representa a subfase pós-deliberativa. Por isso, examinar-se-ão o nome jurídico, a definição e os efeitos desse instrumento tão importante para a atuação ministerial.

Como são vários os instrumentos de atuação ministerial dialógica com aptidão para as fases do procedimento de concretização dos direitos sociais, cabe verificar quais os instrumentos são aptos para a fase de iniciação, para a fase da persuasão racional deliberativa ou para ambas. Nesse sentido, os instrumentos

que mais atendem à fase da persuasão racional deliberativa são: o acordo de concretização de direitos humanos, a recomendação e os procedimentos promocionais de políticas públicas, enfatizando-se no presente artigo o ACDH.

Os conflitos distributivos, que são tratados pela proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais no atendimento às necessidades humanas, podem ser resolvidos por meio de acordo ou compromisso, conhecido no direito romano como “pacto”. O acordo, compromisso ou pacto dos romanos representa a melhor solução para os conflitos de apropriação de bens indivisíveis por tornar possível a continuidade das relações entre os atores envolvidos (LOPES, 2006, p. 232), com a provisoriedade necessária que o atendimento desses direitos exige, visto que a adjudicação judicial ou o regime de substituição judicial tem caráter rígido.

Para alguns, o TAC (*rectius*: termo de acordo de concretização de direitos humanos) é um instrumento utilizado para a resolução dos conflitos e lesões coletivas ainda no âmbito extraprocessual, com a fixação de obrigações e multas para o caso de descumprimento (CARELLI, 2011, p. 127). Mas sua função é ainda muito mais nobre, pois permite entregar a tutela jurídica extraprocessualmente, concretizando as normas constitucionais, as políticas públicas e os direitos humanos, especialmente os sociais, além de permitir a realização de acordos políticos gerais, amplos e impessoais com o Ministério Público, que atua como mediador ou conciliador de conflitos, enquanto se negocia e se procura a solução efetiva em rodadas procedimentais, o que se compatibiliza com o estímulo dos §§ 2º e 3º do art. 3º do CPC de 2015 e da Resolução n. 118/2014 do CNMP, com a persecução das soluções de conflitos por acordos.

A possibilidade mais conhecida de ajuste de conduta às exigências legais ou de acordo de concretização de direitos, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, está prevista no § 6º do art. 5º da Lei n. 7.347/85, cuja redação foi dada pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n. 8.078/90. Entretanto, essa possibilidade foi inspirada no parágrafo único do art. 55 da Lei de Pequenas Causas, Lei n. 7.244/84. Posteriormente, com o art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n. 8.069/90, editada antes do CDC, o instituto tomou as feições hoje conhecidas, com a carga valorativa voltada para a concretização de direitos humanos e o caráter resolutivo da instituição ministerial ao desempenhar sua representação político-funcional para defender as demandas sociais.

Diversos outros dispositivos versam sobre o acordo para a tutela de direitos coletivos, como o art. 53 da Lei n. 8.884/94, Lei Antitruste (compromisso de cessação de atividade anticoncorrencial), e o art. 79-A da Lei n. 9.605/98.

Usualmente esse instrumento é denominado “termo de ajustamento de conduta”, porém a denominação traz, semântica e valorativamente, alguns equívocos.

(21) A ordem constitucional brasileira, em vários incisos do art. 129, atribui ao Ministério Público as seguintes funções extraprocessuais: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (III); expedir notificações nos procedimentos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da LC respectiva (VI); requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais (VIII). Além disso, de acordo com o mesmo art. 129, o Ministério Público exercerá outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (IX). Tais atribuições foram reguladas pela LC n. 75/93, especialmente nos arts. 7º e 8º, e pela Lei Ordinária n. 8.625/93, em especial nos arts. 26 e 27.

O equívoco semântico diz respeito a vários aspectos. O primeiro deles é a confusão do instituto com o meio pelo qual se materializa o acordo formalmente por escrito (MACÊDO, 2013, p. 353). Por esse motivo, vulgarizou-se o nome “termo de ajustamento de conduta” (TAC), quando a denominação correta seria “ajustamento de conduta”, o que leva à eterna confusão semântica do ato com o instrumento que o formaliza, como ocorre entre contrato e termo de contrato, empenho e nota de empenho etc.

Assim, o instituto conhecido como termo de ajustamento de conduta pode ter várias análises semânticas. Em primeiro lugar, “termo” é um documento de formalização, e não o acordo em si, razão pela qual a denominação não parece apropriada, conforme dito acima. Em segundo lugar, “ajustamento” significa o ato ou o efeito de ajustar-se ou conformar-se, bem como o acordo, o trato, a combinação, a convenção, o pacto, a reconciliação entre pessoas desavindas, o acomodamento ou a concórdia. Em terceiro lugar, há uma referência à conduta, que se explica pela previsão no ECA, que versa sobre a conduta humana (GAVRONSKI, 2010, p. 379).

A palavra “ajustamento”, apesar da apropriação semântica em muitas situações, não abrange todas as hipóteses do instituto, como a hipótese de concretização sem desajustes de conduta. Na verdade, há muitas indefinições e falta a concretização de normas constitucionais e de políticas públicas, e o processo de maturação e concretização contínua ainda não permite alcançar a efetividade dos direitos humanos. Daí a negociação ou o desenvolvimento contínuo de atos que necessitem de mais atividades materiais e procedimentais de especificação e de individuação do direito, sem que se possa atribuir a falta dessas atividades e procedimentos a um desajuste de conduta que precisa sofrer ajustamento. Por outras palavras, a criação de uma política pública ou o planejamento do atendimento progressivo a um direito social não necessariamente provém de algo desajustado.

De qualquer modo, o processo contínuo de rodadas procedimentais e última palavra provisória na progressiva concretização dos direitos sociais, que padecem de muitas indefinições e precisam de flexibilidade para se adaptar às novas circunstâncias, não se compatibiliza com a ideia de ajuste do que está errado, pois muitos acordos de concretização podem ser firmados no processo de acomodação de problemas distributivos, para atividades ainda não idealizadas no processo de especificação do direito e sem qualquer referência a erro ou desajuste.

No segundo grupo semântico, a palavra “acordo” serve para representar bem o instituto, mas nem sempre resulta de desavenças, conflito ou tensão; por isso, a denominação “compromisso” parece mais apropriada, embora a palavra “acordo”, em certa medida, possa ser utilizada, ainda que a concretização dependa da promoção de políticas públicas, visto que do acordo decorrem compromissos.

Não há restrição séria à palavra “conduta” porque a normatividade sempre está a indicar a proibição, a permissão e a obrigação, que são basicamente condutas humanas, mas a ausência de referência à palavra “conduta” se mostra mais aceitável, visto que seu sentido semântico está muito vinculado à ideia de erro ou desajuste, embora o termo tenha outros significados menos pejorativos. Por isso, a menção à “conduta” pode implicar a crença de que é preciso consertar o que estava errado e, valorativamente, impregnar a convicção de que os participantes do diálogo conduzem a racionalidade persuasiva no sentido de negar a falta de concretização ou de eximir-se da responsabilidade por atos pretéritos e da indenização, descurando-se da tutela preventiva e da atribuição resolutiva do Ministério Público como ator político de representação funcional e com autonomia constitucional para concretizar os direitos humanos, atuando contínua e progressivamente no atendimento aos direitos humanos sociais.

Dessa feita, o equívoco valorativo deve-se ao fato de o nome “conduta” remeter à antiga e quase exclusiva função ministerial de acusador público. De fato, o Ministério Público desenvolvia ações materiais e extrajudiciais pré-processuais de natureza probatória — investigação da irregularidade, da infração ou do delito e identificação do infrator, do denunciado ou do acusado, a fim de corrigir sua conduta judicialmente, responsabilizando-o exclusivamente por atos pretéritos por meio de indenizações ou de outras sanções, especialmente, de penas privativas de liberdade. O órgão ministerial não dava atenção às funções preventivas, prospectivas, inibitórias ou de tutela específica para o futuro, nem focava a concretização dos direitos humanos e a exigência contínua de atendimento ao conteúdo específico do direito debatido, sem a persecução cega da indenização patrimonial. Com essa mudança valorativa, a instituição ministerial, assumindo a representação político-funcional, tornou-se resolutiva, protetora do regime democrático, da ordem jurídica e guardiã dos direitos humanos, em especial, dos sociais e individuais indisponíveis, na seara extraprocessual, ainda que possa atuar na seara judicial com o mesmo ânimo resolutivo.

Com essa mudança valorativa, passou-se a buscar uma denominação compatível com as funções ministeriais resolutivas criadas pela ordem jurídica constitucional e infraconstitucional de proteção dos direitos humanos. Por essa razão, adotou-se a denominação “compromisso de concretização de direitos humanos” (CDH), visto que pode haver resolutividade sem acordo expresso, como é o caso do atendimento das exigências de concretização durante a rodada procedimental, que representa certo compromisso ou pacto de concretização, sem que se possa falar diretamente de acordo expresso, formalizado por escrito no “termo de compromisso de concretização de direitos humanos” (TCDH).

O “acordo de concretização de direitos humanos” (ACDH) será formalizado pelo “termo de acordo de concretização de direitos humanos” (TACDH).

Embora se observe que há compromisso de concretização de direitos humanos e que o responsável pela concretização adota espontaneamente medidas para reparar sua conduta, ainda que não se fale diretamente em acordo ou ajuste, o termo “acordo” pode ser utilizado sem maiores problemas. Com efeito, o consentimento volitivo implícito ou explícito que ocorre durante a vigência de um inquérito civil ou de um procedimento promocional não deixa de ser um acordo tácito ou implícito, pois a espontaneidade tem a concordância ministerial monitorada; além disso, os compromissos são constatados com ampla maioria ou quase exclusivamente firmados por meio de acordo expresso, sendo exceção a prática de acordo implícito ou de compromisso unilateral no sentido concretizador dos direitos humanos. Por isso, adota-se o termo “acordo” ou “compromisso” sem qualquer receio, ainda mais porque foi o termo escolhido para representar a fase pós-deliberativa do diálogo constitucional (formalização do acordo deliberativo e fundamentado).

Parece, portanto, mais apropriado denominar o instituto “acordo ou compromisso de concretização” de normas constitucionais, internacionais e políticas públicas que versem sobre condutas, atitudes, atividades ou regulamentos para atender aos direitos humanos. Essa denominação permite ultrapassar a barreira psicológica segundo a qual o obrigado ou o participante responsável pela concretização do direito no diálogo institucional é alguém que estava fazendo algo contra a ordem jurídica ou que pode ser rotulado como infrator ou réu, o que dificulta a finalização de acordos que podem não ser firmados com base em barreiras psicológicas firmadas contra o *nomen juris* conferido ao acordo de concretização dos direitos humanos.

O acordo ou compromisso firmado nesses termos tem força de título executivo extrajudicial, tornando certa a exigência, pendente, em alguns casos, de liquidação ou de especificação das obrigações pactuadas, quando inadimplidas. A eficácia de título executivo do TACDH pode levar à conclusão de que o acordo é um equivalente jurisdicional, mas esse raciocínio parece estar invertido, pois a jurisdição, que tem função substitutiva da vontade originária dos envolvidos, é que se mostra como um equivalente do acordo deliberativo dos participantes ou de qualquer outro meio de solução de problemas pela autocomposição ou autotutela, nas hipóteses permitidas pela ordem jurídica.

A natureza jurídica do acordo é controvertida em razão da indisponibilidade dos direitos envolvidos, que admite certa flexibilização. Mas a definição do objeto de forma mais específica, da razão, do responsável, do custo, do modo, do tempo e do local para concretizar as normas constitucionais e as políticas públicas que tratam dos direitos humanos e a definição das cominações legais por eventual descumprimento são negociáveis em virtude das indefinições inerentes aos direitos sociais, da autonomia constitucional ou representação funcional do Ministério

Público, da autonomia coletiva dos demais entes legitimados pela ordem jurídica, da autonomia dos obrigados, dos participantes do diálogo ou ainda da autonomia e da legitimidade dos destinatários da norma e dos responsáveis pela concretização.

A controvérsia sobre a natureza jurídica do acordo ou compromisso de concretização é fruto de correntes divergentes que defendem ou negam o enquadramento ou a classificação do instituto como transação civil. Os que defendem o instituto como transação apoiam-se em sua função de prevenir ou de encerrar conflito, além de limitar o conjunto de questões (modo, tempo, lugar e cominações) que podem ser transacionadas. Os que negam alegam ser o instituto um negócio jurídico, pois a indisponibilidade objetiva do interesse negociado, a legitimação subjetiva para o exercício individual do interesse protegido e a natureza, em regra, extrapatrimonial, desqualificariam juridicamente como transação (RODRIGUES, 2011, p. 123-124).

Entre os que negam ao acordo a natureza jurídica de transação, encontram-se os que o defendem como:

a) ato jurídico de reconhecimento da violação ou da ameaça a um direito transindividual por parte do agente da conduta (CARNEIRO, 1993, p. 236), de reconhecimento da necessidade de adequar a conduta do obrigado à lei (RODRIGUES, 1997, p. 84) ou de manifestação de vontade do obrigado, e não do órgão público, que só cumpriria o estritamente previsto em lei (CARVALHO FILHO, 1995, p. 137);

b) negócio jurídico declarativo ou declaratório (SAMPAIO, 1999, p. 118) com margem para exercer a declaração de vontade e para determinar a forma de ajustamento à conduta legalmente exigida (RODRIGUES, 2011, p. 131-136)<sup>(22)</sup> e de natureza constitutiva ou como negócio jurídico de criação de direitos e de modificação da relação jurídica pelo ajustamento de conduta (LISBOA, 1997, p. 200);

c) *negozio di accertamento* (no direito italiano), que elimina as controvérsias resultantes da lesão aos direitos protegidos e tem eficácia eminentemente declaratória (DINIZ FILHO, 1999 *apud* RODRIGUES, 2011, p. 125);

d) conciliação concebida fora do processo (CARVALHO, 2005 *apud* RODRIGUES, 2011, p. 126).

O acordo é um negócio jurídico bilateral, pois pressupõe a união de vontades do obrigado ou do participante e do legitimado coletivo de natureza pública. O acordo tem limites decorrentes da indisponibilidade dos direitos transindividuais por parte dos legitimados coletivos quanto ao conteúdo, visto que as concessões só poderiam atingir as condições de tempo, modo e lugar, e não o próprio direito (RODRIGUES, 2011, p. 123) — o que não impede, porém, a autocomposição do que for possível, sem que isso represente transação, na forma conhecida pela ordem

(22) Nessa obra, a autora reconsidera a posição anterior, quando defendia a natureza de ato jurídico.

jurídica, no sentido de concessões mútuas. Por essa razão, não se aplicam as normas dos arts. 840 a 850 do Código Civil (CC) ao acordo de concretização dos direitos humanos nas cláusulas indisponíveis (GAVRONSKI, 2010, p. 382-383).

Cabe lembrar que a indisponibilidade dos direitos individuais no plano coletivo pode ser mitigada ou compatibilizada com a utilização do acordo apenas em benefício dos afetados (excluindo-se as decisões de caráter coletivo que prejudiquem o plano individual, desde que não excepcionadas constitucionalmente), com a autorização da ordem jurídica para se acordar a definição específica do objeto, da razão, do responsável, do custo, do modo, do tempo, do local e das cominações necessárias para a concretização dos direitos humanos, com a possibilidade de afastar normas inconstitucionais no caso concreto por meio de acordo político racional e fundamentado e com a participação de instituições públicas ou privadas que têm legitimidade para dispor em certa medida de direitos sociais e coletivos, como o Parlamento, o Poder Executivo, os sindicatos etc.

Nesse contexto, o axioma de que interesse público ou coletivo não pode ser objeto de negociação precisa ser revisto nos processos de conflitos distributivos, pois há experiências de ordens negociadas ou de cumprimento gradual, progressivo e sujeito a acompanhamento, exatamente por tratar-se de questões relativas à apropriação de bens coletivos de caráter prospectivo, que dependem de resultados e cálculos previsíveis a curto, médio e longo prazo (LOPES, 2006, p. 234). Por essa razão, o acordo revela-se um instrumento excepcional para permitir essas espécies de rodadas procedimentais dotadas de última palavra provisória, que pode ter como objeto os interesses material e procedimentalmente disponíveis e em certa medida os interesses indisponíveis no grau de sua disponibilidade para se fazer um acordo deliberativo. A definição e a delimitação do custo de concretização dos direitos humanos pelo Estado usualmente seriam indisponíveis em acordo, porém essa indisponibilidade começa a diminuir de grau ou medida quando se acorda, por meio de ACDH ou recomendação ministerial, a apresentação de um projeto de lei ou de emenda ao orçamento com o Poder Executivo ou a apreciação e a aprovação desse projeto de lei com o Poder Legislativo, que têm legitimidade para dispor de tais interesses.

Apesar das inúmeras divergências sobre a natureza do instituto, verifica-se a necessidade de mostrar a independência jurídica específica do instituto de acordo de concretização dos demais negócios jurídicos, como transação, contrato etc. É certo que muitos elementos do ACDH são comuns a outros negócios jurídicos, mas isso não implica dizer que se deve obrigatoriamente enquadrar à força seus elementos, características ou efeitos em um dos negócios jurídicos existentes. Isso se deve ao hábito que a humanidade tem de sempre querer ver o novo à luz de conceitos e definições então existentes. No caso, o tempo mostra a necessidade de considerar o instituto como algo

novo e diferente, com elementos próprios que o distinguem dos demais.

Defini-lo como negócio jurídico é acertado, mas não considerá-lo como espécie desse gênero leva à confusão de querer classificá-lo por meio de outros negócios jurídicos, como é o caso da transação, o que se revela sem sentido, visto que o ACDH tem características próprias suficientes para que se possa afirmar que o acordo de concretização é um negócio jurídico autônomo e independente dos demais negócios jurídicos. Assim, o acordo de concretização é um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, com definição, elementos, características e efeitos próprios e autônomos, sem identificação completa com outros negócios jurídicos. Cabe, então, versar sobre alguns aspectos de direitos ditos indisponíveis, que caracterizam o ACDH como instituto próprio, a ponto de impedir a vã tentativa de ver nesse instituto outros negócios jurídicos.

Por outro lado, classificá-lo como um instituto genérico, como ato jurídico, negócio jurídico etc. é também outro equívoco quanto à sua definição e à sua natureza jurídica, pois negócio jurídico tem muitas espécies. Convém buscar uma localização certa, que permita descrever ou classificar o instituto com os elementos, características e efeitos que o tornam autônomo. Assim, chega-se à conclusão de que o acordo de concretização de direitos humanos, denominado pela legislação “termo de ajustamento de conduta”, tem natureza jurídica de acordo de concretização de direitos humanos, como uma espécie de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, como algo novo que o identifica pelas suas próprias características sem paralelo nos demais negócios jurídicos.

Discorda-se, portanto, de quem o classifica genericamente como negócio jurídico bilateral. Não que isso esteja errado, mas não desce à especificidade do instrumento ou não o reconhece como categoria de negócio jurídico bilateral autônomo, com definição, elementos, características, previsão normativa e efeitos próprios, o que impossibilita classificá-lo de forma genérica ou de incluí-lo forçosamente em outros negócios e atos jurídicos existentes. Por mais que haja alguns elementos de interseção, esses elementos não conseguem explicar por completo o instituto, especialmente porque só é firmado por órgão governamental, versa sobre direitos disponíveis e indisponíveis, com a possibilidade de superar parcial ou totalmente tal indisponibilidade, tem força de título executivo e previsão de cominações para o descumprimento etc., de forma a considera-lo autonomamente como ACDH.

No mesmo sentido, também se discorda da ideia de conferir ao instrumento natureza declaratória. O acordo ou compromisso tem natureza ministerial constitutiva ou criadora para a concretização dos direitos humanos, visto que a sua utilização normalmente é ditada por conceitos jurídicos indeterminados, indefinidos ou abertos, que trazem aos direitos sociais a necessidade de se definir claramente todos os seus contornos de liquidação ou de especificação,



como o objeto, o sujeito responsável, o modo, o local e o prazo de concretização e de realização do direito humano que se busca efetivar, bem como as razões, os custos e as cominações.

Essa indefinição permite que se criem muitas relações jurídicas durante a tomada de decisão e o cumprimento da última palavra provisória expressa no acordo de concretização, seja como obrigação-meio, seja como obrigação-fim do Estado<sup>(23)</sup>. Assim, as várias cláusulas de concretização, a modulação dos efeitos dos atos, a proatividade para superar as ações e omissões inconstitucionais contrárias aos direitos humanos e o modo como se concretizam tais direitos mostram claramente a natureza criadora do acordo, com a estipulação de políticas públicas. Vários doutrinadores germânicos defendem esse processo hermenêutico criador e interpretativo de concretização (BONAVIDES, 2004, p. 604-608).

Diante dessas razões, afirma-se que o acordo de concretização de direitos humanos é uma espécie de negócio jurídico autônomo, com natureza jurídica constitutiva, com elementos, características, questionamentos, efeitos e previsão normativa, não havendo qualquer necessidade de classificá-lo de forma genérica ou de inseri-lo forçosamente entre os outros atos e negócios jurídicos existentes.

No negócio jurídico específico denominado “acordo de concretização dos direitos humanos”, a invalidade pode ocorrer por qualquer dos vícios do consentimento, como erro essencial quanto à pessoa ou coisa, dolo, coação<sup>(24)</sup>, contrariedade à lei e, também, por falta de proporcionalidade (GAVRONSKI, 2010, p. 383) ou de razoabilidade na definição ou na concretização dos direitos coletivos.

O acordo é um instrumento dialógico de tutela coletiva extraprocessual, que tem a aptidão natural de aproveitar no plano individual, direta (direitos individuais homogêneos) e indiretamente (direitos difusos e coletivos), os terceiros titulares pessoais dos direitos defendidos, sem ter possibilidade de prejudicá-los. Essa característica afasta a interpretação restritiva nas transações, na forma do art. 843 do CC.

(23) Não se devem confundir os deveres ou as obrigações que o Estado assume no exercício de seu governo para concretizar os direitos humanos sociais — denominadas “obrigações-fim” — com as obrigações assumidas na execução orçamentária da despesa (obrigações-meio). Enquanto as primeiras são obrigações de fazer, de não fazer ou até mesmo de dar, v.g., o dever de educação (CFRB, art. 205), de saúde (CFRB, art. 196), os demais direitos sociais, coletivos etc., as segundas são obrigações de dar o bem dinheiro, sendo por isso denominadas “obrigações de pagamento” (SILVA, 2007, p. 115). Por outras palavras, esses tipos de obrigações entrelaçam-se e são interdependentes, pois se trata de solução que, além de reconhecer um direito subjetivo de dar ou entregar ou de obrigar a dar ou entregar alguma coisa ou quantia de dinheiro de forma contínua, ininterrupta, impessoal etc., exige meios para sua realização, como receita para custeio, pessoal e material para a sua concretização e realização, e poder ou competência para sua efetividade (LOPES, 2006, p. 120).

(24) O Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu acórdão anulando suposto acordo em ajustamento de conduta imposto por membro ministerial sem negociação prévia do envolvido por coação moral (STJ. REsp 802.060/RS. 1ª T. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento: 17 dez. 2009. DJe, 22 fev. 2010).

Para garantir a efetividade do ordenamento jurídico, o acordo é firmado mediante cominações, que podem ser cláusulas penais, suspensão de atividades, obrigações de fazer acessórias em reforço ao bem tutelado, cassação de alvará, nulidade de atos que contrariem o compromisso, ou qualquer outra cominação que sirva para garantir a efetividade dos direitos tutelados extraprocessualmente, à semelhança das medidas de apoio constantes do § 5º do art. 84 do CDC e do art. 297 do CPC. Obviamente que a cominação ou o efeito que surge diretamente da lei é a possibilidade de o título submeter-se às normas processuais de cumprimento forçado perante o Judiciário.

A legitimidade ativa para firmar o acordo é mais ampla que a do inquérito civil público e mais restrita que os legitimados coletivos, visto que parece decorrer da faculdade conferida aos órgãos estatais ou às entidades públicas de concretizar direitos sociais e individuais homogêneos ou indisponíveis ameaçados ou lesionados sem a participação do juiz. Entretanto, para garantir essa legitimação, deve-se aferir a representatividade adequada ou a pertinência temática do órgão ou da entidade pública, que deve ser analisada com base na coincidência entre a atuação no direito que se propõe a defender e as finalidades institucionais (GAVRONSKI, 2010, p. 388). Apesar de muito difundida e de não se aplicar ao Ministério Público, essa limitação não deveria recair sobre o órgão ou a instituição diretamente, pois a defesa dos direitos humanos não deveria sofrer limitações, salvo se a falta de *expertise* ou de conhecimento compromettesse a definição ou a concretização dos direitos humanos, o que poderia ser anulado por outros fundamentos, que não a legitimidade. Ademais, a participação ministerial é obrigatória em demandas iniciadas por outros legitimados, momento em que qualquer vício de legitimidade pode ser suprido, uma vez que essa limitação não se aplica ao Ministério Público.

Os requisitos do acordo podem ser: existência, validade e eficácia. A existência pode ser aferida pela forma escrita e por um agente com atribuição para firmar o acordo. Resumem-se a quatro os requisitos de validade: agente com capacidade e legitimidade coletiva ou constitucional; objeto ou conteúdo em conformidade com a ordem jurídica, proporcional às peculiaridades do caso concreto e com a efetiva proteção do bem coletivo tutelado; ausência de vícios sociais e de vontade na formação do acordo; cominações para o caso de descumprimento.

Os requisitos de eficácia são os do título executivo, quais sejam: certeza, liquidez e exigibilidade. Certeza, pela exigência de definição clara dos sujeitos, da natureza da relação e do objeto; liquidez, pela necessidade de determinação, especificação ou quantificação das obrigações pactuadas (e também do modo, do prazo e do local de concretização). A exigibilidade decorre da possibilidade de cumprimento das obrigações sem sujeição a termo ou condição (GAVRONSKI, 2010, p. 389-392).

Partindo dessa premissa, afirma-se que o acordo de concretização de direitos humanos é uma

excepcional técnica extraprocessual de diálogo constitucional, que os legitimados coletivos, especialmente o Ministério Público, utilizam para concretizar normas constitucionais e internacionais e ainda políticas públicas que versem sobre a efetividade dos direitos humanos, revelando-se um excelente instrumento da subfase deliberativa, que servirá de última palavra provisória, alcançando a subfase pós-deliberativa com a sua formalização, que deverá atender a todos os questionamentos do acordo, especialmente a fundamentação ou a motivação, que deve constar do termo que registra o pacto.

A função desse instrumento é expressiva, pois não só permite o diálogo, mas também instrumentaliza as racionalidades persuasivas, as deliberações e conclusões decorrentes da autonomia constitucional ou representação funcional do Ministério Público, da autonomia da vontade coletiva e jurídica dos envolvidos no diálogo constitucional. São tomadas decisões sobre prazo, modo, lugar, cominações por descumprimento de obrigações constitucionais e de direitos humanos, e sobre outras questões (responsável, razões, custo e conteúdo), caso haja elementos a serem definidos ou especificados. Ademais, o acordo de concretização tem a função de servir como título executivo extrajudicial, permitindo a abertura de processo para fazer cumprir as obrigações alinhavadas no diálogo extraprocessual perante o poder judicial. Nesse caso, o regime de tomada de decisão por meio do diálogo institucional passa a ser o regime de substituição das vontades dos envolvidos, exercido pelo juiz.

O acordo de concretização dos direitos humanos encerra uma rodada procedimental dentro do inquérito civil ou outro procedimento correlato e representa o principal instrumento de deliberação coletiva dialógica, funcionando como última palavra provisória, alcançada em acordo deliberativo, até que se instaure outra rodada, encerrada com outra deliberação, que passa a vigorar como a atual última palavra provisória em substituição da decisão anterior até então em vigência.

Essa técnica permite ao mesmo tempo alcançar as três ondas renovatórias de acesso à justiça: a gratuidade na assistência judiciária, a resolução dos conflitos de massa e a preocupação com a justiça da decisão, sem o apego exagerado à forma (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31-73). De fato, a atuação dialógica ministerial permite o acesso à justiça ou à ordem jurídica justa, garantindo assistência judiciária aos pobres sem qualquer custo, defendendo os direitos sociais, difusos, coletivos e individuais indisponíveis e adotando uma concepção mais ampla de acesso à justiça em que se questiona a formalidade, a justiça das decisões e a necessidade de participação de outros atores para garantir o acesso à justiça. Promove-se, assim, o diálogo constitucional, em que todos os atores políticos e sociais podem apresentar seus argumentos em busca da correção ou do acerto moral da deliberação coletiva pactuada.

Essa premissa tem ganhado cada vez mais importância, a ponto de mudar radicalmente a atuação

ministerial: antes inteiramente focado em processos judiciais como demandista ou sujeito imparcial interveniente, o Ministério Público passa a ter uma atuação resolutiva na defesa dos interesses públicos e das demandas sociais, atuando como *custos juris* e *custos societatis* na via extraprocessual.

A atuação resolutiva institucional é cada vez mais intensa nos procedimentos ministeriais. De acordo com dados publicados pelo CNMP e tomando por base apenas dois ramos do Ministério Público da União no ano de 2013, verifica-se que no MPF foram instaurados 19.794 (dezenove mil, setecentos e noventa e quatro) procedimentos e inquéritos, resultando na celebração de 231 (duzentos e trinta e um) acordos deliberativos. No âmbito do MPT, a atuação extraprocessual resolutiva foi bem mais significativa, com a instauração de 50.887 (cinquenta mil, oitocentos e oitenta e sete) procedimentos e inquéritos civis, tendo sido celebrados 12.172 (doze mil, cento e setenta e dois) acordos deliberativos, o que revela uma perspectiva gradual e contínua de uma atuação ministerial extraprocessual ou resolutiva, como forma de otimizar os métodos de solução de conflitos por meio de acordo (Conselho Nacional do Ministério Público, 2014, p. 287-290 e p. 326)<sup>(25)</sup>.

Numa comparação de dados provenientes das atuações demandistas e resolutivas, uma pesquisa, realizada no período de 2001 a 2004 na comarca de São Paulo sobre os procedimentos que tutelam o meio ambiente, demonstrou que a via judicial é muito lenta e que a atuação ministerial resolutiva, por meio do inquérito civil público e do acordo de concretização de direitos humanos, é mais efetiva na resolução de conflitos ambientais. Assim, a pesquisa evidenciou que, das questões com atuação ministerial extraprocessual, 63% foram resolvidas por ACDH (última palavra provisória), 34% estavam em fase de negociação (em rodadas procedimentais) e apenas 3% foram ajuizadas. A pesquisa também demonstrou que o tempo médio de resolução de conflitos por meio de ACDH é de um ano e meio, enquanto as ações civis públicas ajuizadas em 1997, 1998 e 1999 ainda estavam pendentes de julgamento até o ano 2005, respectivamente 60%, 80% e 100% (MIRANDA, 2010, p. 374).

Isso demonstra o sucesso do diálogo constitucional presidido pelo Ministério Público na atuação extraprocessual ou resolutiva, que permite o acesso à justiça, como defendido na teoria das ondas de Cappelletti e Garth (1988). Assim, o Ministério Público, ao fazer uso dos instrumentos e técnicas de solução consensual de conflitos ou de concretização de direitos conferidos pela ordem constitucional e infraconstitucional, especialmente do acordo de concretização

(25) Esses dados, caso sejam considerados os temas de atuação do MPT, representam a instauração de 87.356 (oitenta e sete mil, trezentos e cinquenta e seis) procedimentos e inquéritos civis e a celebração de 22.735 (vinte e dois mil, setecentos e trinta e cinco) acordos deliberativos por áreas temáticas de atuação ministerial, visto que um procedimento ou um acordo pode compreender mais de um tema (infância, trabalho decente, igualdade, irregularidade na administração pública, trabalho portuário, questões sindicais, fraudes trabalhistas etc.).

dos direitos humanos, e ao assumir a defesa da ordem jurídica, dos direitos sociais e do regime democrático, além de outras atribuições constitucionais igualmente importantes, no uso de sua representação político-funcional, obtém resultados concretos com maior brevidade e economicidade e mais adequados à resolução dos conflitos de natureza coletiva que o processo judicial.

Por outro lado, a atuação extraprocessual ou resolutive adequada, mesmo que fracassado o acordo deliberativo, pode permitir maior êxito na atuação judicial com a identificação da exata dimensão do problema, a demonstração de tentativas de soluções extrajudiciais e o amadurecimento dos pleitos a serem formulados em juízo. Ademais, não se pode esquecer a importância da atuação demandista ou processual, pois há uma evidente relação entre as tendências da jurisprudência e os resultados dos acordos deliberativos na esfera extraprocessual.

## 6. Conclusão

O artigo teve como finalidade precípua demonstrar a necessidade de se lançar um novo olhar à instituição ministerial para que se passe a enfrentar sob o ângulo preventivo, proativo e dialógico a atuação resolutive dos problemas de interesse coletivo que precisam de respostas do sistema de acesso à justiça extraprocessual, com a participação dos atores políticos e sociais envolvidos na solução.

A solução dos problemas coletivos requer necessariamente a especificação dos direitos humanos sociais que, por serem muito indefinidos, precisam ser individualizados em sua dimensão jurídica (o quê), racional (por que), temporal (quando), geográfica (onde), procedimental (como), econômica (quanto custa), cominatória (cominação), para que se alcance a concretização dos direitos humanos por meio do acesso à justiça ministerial dialogada.

A atuação dialógica do Ministério Público deve alcançar sua dimensão procedimental por meio da estratificação das fases do procedimento de concretização dos direitos humanos sociais dirigido pela instituição. Assim, as fases do diálogo constitucional conduzido pelo Ministério Público são as fases da iniciativa, da persuasão racional deliberativa ou de concretização, da aplicação ou realização e da fiscalização ou controle, restringindo-se este artigo ao estudo da fase da persuasão racional deliberativa ou de concretização dos direitos humanos, que é composta pelas subfases pré-deliberativa, deliberativa e pós-deliberativa. Essas subfases têm virtudes para a negociação, que são a curiosidade respeitosa, para a primeira, o acordo deliberativo, a modéstia cognitiva, a ambição cognitiva e a empatia, para a segunda, e a responsividade, a clareza e o senso de falibilidade e a provisoriedade, para a terceira subfase, visto que as rodadas procedimentais têm a finalidade de alcançar acordos deliberativos, que sirvam de última palavra provisória.

Apesar de muitas divergências sobre o TAC, defende-se a mudança de seu nome jurídico para “acordo de concretização de direitos humanos” (ACDH), designação que se compatibiliza com a atuação dialogada resolutive do Ministério Público. De fato, o ACDH é uma espécie de negócio jurídico bilateral ou plurilateral com natureza jurídica autônoma e constitutiva, com elementos, características, questionamentos, efeitos e previsão normativa, não havendo qualquer necessidade de classificá-lo de forma genérica ou de inseri-lo entre os outros atos e negócios jurídicos existentes.

A atuação ministerial deve ter como foco a celebração de um acordo de concretização de direitos humanos, um acordo deliberativo e fundamentado sobre o significado constitucional, atendendo aos vários aspectos de especificação dos direitos humanos em sua dimensão institucional, econômica, racional, procedimental, geográfica, cominatória e temporal, para a concretização dos direitos humanos violados ou ameaçados, conforme o mapa estratégico do CNMP, a Resolução n. 118/2015 do CNMP, a Carta de Brasília, de 22 de setembro de 2016, o CPC de 2015 e a Lei de Mediação e Arbitragem.

Uma vez evidenciada a falta de acordo sobre a concretização dos direitos humanos, a consequência lógica é a judicialização da falta de acordo, para que o Judiciário possa em regime de substituição aos contadores ou envolvidos, participar do diálogo outrora frustrado na seara extraprocessual. Passa-se, então, após a frustração do diálogo extraprocessual, a discutir a intervenção judicial em políticas públicas ou na concretização dos direitos humanos, especialmente dos prestacionais.

Como qualquer negócio jurídico, os requisitos de validade do ACDH são: agente com capacidade e legitimidade coletiva ou constitucional; objeto ou conteúdo em conformidade com a ordem jurídica, proporcional às peculiaridades do caso concreto e com a efetiva proteção do bem coletivo tutelado; ausência de vícios sociais e de vontade na formação do acordo; cominações para o caso de descumprimento. Os requisitos de eficácia são os do título executivo, quais sejam: certeza, liquidez e exigibilidade.

O acordo de concretização dos direitos humanos tem-se revelado um excelente instrumento extraprocessual de acesso à justiça por meio do Ministério Público, evidenciando maior efetividade na realização dos direitos tutelados, pois é concluído em um prazo de 18 (dezoito) meses, enquanto o prazo médio para ser sentenciado por meio do regime de substituição judicial é superior a 5 (cinco) anos.

## Referências

- ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Educ: Sumaré: Fapesp, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra*

- sobre o sentido da Constituição? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *O mundo do trabalho e os direitos fundamentais: o Ministério Público do Trabalho e a representação funcional dos trabalhadores*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.
- CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *A proteção dos direitos difusos através do compromisso de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública*. Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, n. 6, p. 234-240, 1993. Trabalho apresentado no 9º Congresso Nacional do Ministério Público, Salvador, 1992.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ministério Público: um retrato, dados de 2013*, v. 3. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/ANUARIO\\_UM\\_RETRATO\\_9\\_de\\_setembro\\_de\\_2014.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/ANUARIO_UM_RETRATO_9_de_setembro_de_2014.pdf)>. Acesso em: 22/04/2017.
- FERREIRA, Ademir Antonio; PEREIRA, Maria Isabel; REIS, Ana Carla Fonseca. *Gestão empresarial: de Taylor aos nossos dias*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2001.
- FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*. Tradução de Vera Ribeiro e Ana Luíza Borges. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- GAVRONSKI, Alexandre Amaral (Org.). *Técnicas extraprocessuais de tutela coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos sociais: teoria e prática*. São Paulo: Método, 2006.
- MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. O Ministério Público e as novas técnicas de atuação na defesa dos direitos fundamentais. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; SOARES JUNIOR, Jarbas (Coord.). *Teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 335-374.
- MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. New York: Oxford University, 2013.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: CHAVES, Cristiano; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (Coord.). *Temas atuais do Ministério Público: a atuação do Parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 365-405.
- PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando de Atria. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137-176.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Juizados especiais civis e ações coletivas*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SAMPAIO, Francisco José Marques. *Negócio jurídico e direitos difusos e coletivos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- SILVA, Sandoval Alves da. *Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação*. Curitiba: Juruá, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Ensaio ao estudo da imparcialidade do Ministério Público*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2124, 25 abr. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12699>>. Acesso em: 22 nov. 2014.
- \_\_\_\_\_. Acesso à justiça probatória: negativa de tutela jurisdicional como consequência de negativa de convicção judicial. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 232, p. 37-68, jun. 2014.
- \_\_\_\_\_. *O Ministério Público e a concretização dos direitos humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- SOUZA, José Munhós de. *Diálogo institucional e direito à saúde*. Salvador: Juspodivm, 2013.

# A TEORIA DA IMPREVISÃO NO DIREITO DO TRABALHO E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS NÚMEROS 927 E 936/2020 COMO INSTRUMENTOS DE ENFRENTAMENTO DOS EFEITOS DA COVID-19

*Theory of imprevision in labor law and the provisional measures numbers 927 and 936/2020 as instruments for coping with the effects of COVID-19*

Alexandre Agra Belmonte (\*)

**RESUMO:** O artigo visa investigar a natureza jurídica dos efeitos trabalhistas da pandemia da COVID-19, abordando a onerosidade excessiva e as teorias que a embasam notadamente a da imprevisão, bem como as Medidas Provisórias números 927, 936 e 944/2020 como instrumentos jurídicos de prevenção do desemprego no período de calamidade pública.

**PALAVRAS CHAVE:** Onerosidade excessiva. Teorias da Imprevisão, das Bases do Negócio e das Dívidas de Valor. Justiça Comutativa. Caso fortuito. Força Maior. Fato do Príncipe. COVID-19. Calamidade pública. Medidas Provisórias números 927/2020, 936/2020 e 944/2020. Paralisação temporária do trabalho. Redução de jornadas. Benefício governamental complementar. Garantia de emprego.

**ABSTRACT:** The article aims to investigate the legal nature of the labor effects of the COVID-19 pandemic, addressing the excessive burden and the theories that underlie it, notably that of unforeseen circumstances, as well as the Provisionals Measures numbers 927, 936 and 944/2020 as legal instruments to prevent unemployment in the period of public calamity.

**KEYWORDS:** Excessive burden. Theories of Unpredictability, Business Basis and Value Debts. Commutative Justice. Fortuity. Force Majeure. Prince costume. COVID-19. Public calamity. Provisionals Measures numbers 927/2020, 936/2020 and 944/2020. Temporary stoppage of work. Reduces of labor. Complementary government benefit. Job guarantee.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A CLT e a onerosidade excessiva. 3. A Teoria da Imprevisão e sua aplicação à COVID-19. 4. Caso fortuito (fortuito natural) externo e interno. 5. Força maior (fortuito humano) externo e interno. 6. *Factum principis* externo e interno. 7. A eficácia dos fatos jurídicos involuntários nas relações trabalhistas. 8. As Medidas Provisórias ns. 927/2020, 936/2020 e 944/2020. 9. Natureza jurídica do estado de calamidade pública e de emergência da saúde pública frente ao Direito do Trabalho. 10. As alternativas previstas na MPV n. 927/2020. 10.1. Teletrabalho. 10.2. Férias individuais. 10.3. Férias coletivas. 10.4. Antecipação dos feriados. 10.5. Banco de horas e recuperação posterior do tempo perdido com paralisação. 10.6. Prorrogação com compensação. 10.7. Suspensão de exigibilidade de recolhimento do FGTS. 11. Alternativas previstas na MPV n. 936/2020. 11.1. Direcionamento para qualificação. 11.2. Redução salarial. 11.3. Suspensão temporária do contrato de trabalho. 11.4. *Jus variandi* entre redução e suspensão. 11.5. Redução com suspensão. 12. Conclusão. Referências.

## 1. Introdução

O Código Civil de 1916 era, nas relações contratuais, basicamente informado pelo princípio da obrigatoriedade do pactuado (*pacta sunt servanda*). Com fundamento na igualdade das partes, elas deviam absoluto respeito ao combinado.

O diploma Bevilacqua previa a possibilidade de resolução sem culpa dos contratos, mas exclusivamente com fundamento em caso fortuito ou de força maior, e só admitia redução da cláusula penal se ela excedesse o valor da obrigação principal.

O Código Civil de 2002 alterou, substancialmente, as diretrizes do código anterior. Preserva a liberdade de contratar, mas a submete aos princípios da probidade e boa-fé (art. 422, CC), em atenção à função social interna e externa do contrato (art. 421, CC).

Ocorre que os pactos são estabelecidos dentro de um contexto de razoável previsibilidade dos efeitos dos atos e negócios jurídicos, pelo que fatores extraordinários ou de excepcional imprevisibilidade ou inevitabilidade podem, principalmente nos contratos sinalagmáticos, geradores de obrigações recíprocas, desequilibrar a prestação de uma em relação à contraprestação da outra, justificando assim a revisão do pactuado.

Como os contratos unilaterais também decorrem de ajuste em que apenas uma das partes tem obrigações, é evidente que acontecimentos extraordinários

(\*) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Doutor em Direito e Presidente da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e Vice-Presidente da Academia Nacional de Direito Desportivo.

e imprevisíveis podem resultar em ônus excessivo para cumprimento da prestação combinada ou do modo de executá-la.

Atento a essa possibilidade, o Código Civil de 2002 inseriu no diploma regulatório das relações civis, entre outras normas, os dispositivos constantes dos arts. 478, 479 e 480, fundados na Teoria da Imprevisão, na busca do reequilíbrio contratual.

Contudo, o Código Civil não se limita aos contratos. O art. 317 permite, para os negócios jurídicos em geral, contratuais ou não, a revisão em caso de desproporção das prestações por motivos imprevisíveis, considerada, evidentemente, a alocação de riscos definida pelas partes (art. 421-A, II, CC).

Em casos expressos, a exemplo do art. 413, independentemente de imprevisão e com base na justiça comutativa, o juiz pode rever valores ou base de cálculo da cláusula penal, quando desproporcional à obrigação principal ou ainda se considerado o cumprimento parcial da prestação.

Partindo da ideia de que onerosidade excessiva é efeito de uma circunstância, imprevisível ou não, o Código Civil abriu o leque para acolher as várias hipóteses que demandam a revisão ou resolução contratual por sobrecarregar uma das partes. Estabeleceu como regra a origem extraordinária ou imprevisível do desajuste, mas, por exceção, admite pelo fato objetivo do ônus excessivo em casos pontuais, ou ainda quando decorrente de situações específicas de aproveitamento malicioso.

Com efeito, a cláusula *rebus sic stantibus*, de assento legal mínimo imperativo ou cogente nos contratos em geral, determina a revisão judicial ou a resolução de obrigações e contratos, quer com fundamento na Teoria da Imprevisão, quer com fundamento em outras teorias (a exemplo da Teoria da Base do Negócio e da Teoria das Dívidas de Valor).

Finalmente, a probidade e a justiça comutativa que devem orientar os negócios jurídicos são aplicáveis em casos como lesão (art. 156, CC), estado de perigo (art. 157, CC) e excesso na fixação da cláusula penal (art. 413, CC).

Enfim, em todas essas hipóteses há onerosidade excessiva e desequilíbrio das prestações das partes, que carecem de revisão, mas as causas não são as mesmas.

## 2. A CLT e a onerosidade excessiva

A Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943, era, pela natureza social da regulação, pelas circunstâncias do momento de edição e por ser mais moderna, mais sensível do que o Código Civil da época, de 1916, em relação às alterações econômicas nos pactos. Tanto assim, que admitia a revisão das sentenças normativas em virtude de modificação das circunstâncias que as ditaram, ou seja, com base na imprevisão (art. 873, CLT).

Por outro lado, reconhecendo os impactos das variações da moeda no poder de compra da subsistência do trabalhador e das possibilidades empresariais no momento de concessão de vantagens, com base no Decreto-lei n. 229, de 28.2.1967, o § 3º do art. 614 da CLT limitou a duração dos acordos e convenções coletivas a dois anos, admitindo o art. 615, com a redação dada pelo mesmo decreto acima referido, a prorrogação, revisão, denúncia ou revogação total ou parcial do pactuado em acordo ou convenção coletiva por decisão da Assembleia Geral.

Até porque editada durante os problemas gerados pela Segunda Grande Guerra e assim sensível às alterações econômicas e financeiras ditadas por motivo de força maior, permitiu no art. 503, da CLT, por *jus variandi*, a redução salarial proporcional à redução da jornada no montante de 25%.

Com a evolução da sociedade, e da conscientização da importância dos sindicatos nas relações trabalhistas, a Lei n. 4.923/1965 revogou parcial e tacitamente o art. 503, da CLT, para admitir a redução salarial, com redução proporcional de jornada por motivo de força maior, mediante negociação com o sindicato da categoria e se, frustrada, conforme fixação por decisão judicial.

A Constituição Federal de 1988 consolidou a necessidade de participação dos sindicatos nas questões de interesse coletivo, exigindo negociação para efeito de redução salarial e alteração de jornada de trabalho.

A Lei n. 11.101/2005, de recuperação e quebra, exige negociação coletiva para a redução salarial necessária ao enfrentamento da crise financeira da empresa.

Outrossim, a jurisprudência trabalhista admite a diminuição de turmas do professor em caso de falta de alunos para formá-las e a doutrina sugere a revisão salarial proporcional, na base, ao salário por produção, na hipótese de introdução de tecnologia assistencial ao trabalhador, que lhe diminua consideravelmente o tempo gasto na produção, comparativamente ao anteriormente despendido sem a tecnologia, o que triplicaria ou quadruplicaria a remuneração do trabalhador, desequilibrando as condições contratuais originais.

Enfim, a legislação trabalhista identifica a onerosidade excessiva tanto diante de fatores imprevisíveis, como também com fundamento em outros fatores inevitáveis, ainda que previstos pelas partes. Também aqui as normas jurídicas aplicáveis para o reequilíbrio das prestações diante de ônus excessivo pode ter por base a Teoria da Imprevisão, a Teoria das Bases do Negócio, a Teoria das Dívidas de Valor e ainda a mera aplicação da justiça comutativa pelo fato objetivo da desproporção, ou, considerada a fragilidade do trabalhador na relação contratual de trabalho, do prejuízo verificado em comparação com a situação anterior a uma modificação contratual, *ex vi* do art. 468, da CLT.

### 3. A Teoria da Imprevisão e sua aplicação à COVID-19

Entre as teorias destinadas ao ajuste de desequilíbrio nas prestações das partes que figuram num contrato, a Teoria da Imprevisão é, sem dúvida, a que melhor explica os impactos da COVID-19 nas relações de trabalho. O fato é extraordinário, era imprevisível e seus efeitos são inevitáveis. A pandemia pegou a todos de surpresa, sem que existisse vacina ou remédio eficiente para tornar a cura uma certeza. Uma vez ocorrido, pode até ser minimizado mediante medidas de prevenção.

Na condição de fato extraordinário, a primeira questão a ser resolvida é a sua natureza jurídica: caso fortuito, de força maior ou fato do príncipe?

A indagação é relevante.

Em primeiro lugar, porque nas relações civil, os fatos extraordinários geralmente excluem a responsabilidade, resolvendo as obrigações, sem ônus para as partes, questionando-se assim se o mesmo ocorre nas relações trabalhistas.

Em segundo lugar, porque a CLT não faz menção ao caso fortuito e apenas à força maior. Determina o pagamento de indenização por metade no rompimento do contrato por motivo de força maior (fortuito humano), sendo de se indagar se na hipótese de encerramento das atividades de uma empresa por motivo da natureza essa indenização é devida. Não o é, por exemplo, no caso de falecimento do trabalhador, sem responsabilidade do empregador, que exclui direito de indenização à família do trabalhador. Daí questiona-se em que categoria e com quais efeitos a COVID-19 interfere na relação jurídica de trabalho.

Em terceiro lugar, porque o art. 486, da CLT, atribui à autoridade governamental a responsabilidade financeira pela paralisação ou cessação de atividade empresarial por decisão administrativa, indagando-se se ela compreenderia os atos governamentais regionais e locais de fechamento temporário de atividades empresariais, ou a recomendação do governo federal de observância da quarentena.

Finalmente, quando a extensão dos efeitos diante da causa já conhecida for evitável, o empregador que não toma as medidas cabíveis ao afastamento ou à minimização das consequências da COVID-19, diante do que dispõe o art. 501, § 1º, da CLT, torna-se causador da doença, por imprevidência?

Passemos então à análise da força maior, do caso fortuito e do *factum principis*, porque eles são os fatores extraordinários contidos na Teoria da Imprevisão, para que possamos identificar qual deles e como, atua no caso do coronavírus e os respectivos efeitos.

#### 4. Caso fortuito (fortuito natural) externo e interno

Caso fortuito ou fortuito natural é o evento extraordinário da natureza, imprevisível e inevitável, que cria ou interfere numa relação jurídica, alterando-a ou extinguindo-a. Como exemplo, um incêndio

por fato natural acidental, que leva à destruição de estabelecimento onde trabalhava o empregado, ou a morte do empregado, atingido por um raio enquanto trabalhava a céu aberto, numa região onde é rara a ocorrência de raios.<sup>(1)</sup>

Nas hipóteses em que a lei não atribui expressamente a responsabilidade, apesar da ocorrência do fortuito, os efeitos serão variados conforme se trate de fortuito natural externo ou interno.

A diferença está em que o fortuito interno não exclui a responsabilidade, enquanto o fortuito externo geralmente a exclui.

Leciona SERGIO CAVALIERI FILHO<sup>(2)</sup>, “*Entende-se por fortuito interno o fato imprevisível e, por isso, inevitável, que se liga à organização da empresa, que se relaciona com os riscos da atividade*”. Prosseguindo, fornece como exemplos o estouro de um pneu do ônibus, o incêndio do veículo, o mal súbito do motorista, o defeito de concepção de produto destinado ao consumo, ou seja, fatos ligados à organização do negócio.

Já o fortuito externo, ensina, “*é também fato imprevisível e inevitável, mas estranho à organização do negócio*”, fornecendo como exemplos tempestades e enchentes.

Conclui que a presunção de responsabilidade do transportador e do fabricante ou fornecedor é tão forte, que somente o fortuito externo, correspondente a fato estranho à empresa e sem qualquer ligação com a organização do negócio, é capaz de exonerar do dever de indenizar.

Se um motorista da empresa está dirigindo em condições normais de segurança e um raio abre uma cratera na via de rolamento, ocasionado um acidente com o automóvel da empresa, fazendo com que abalroe outro veículo e faleça, o empregador não é responsável pelo acidente. É hipótese de caso fortuito externo, que interrompe o nexo causal, por não se vislumbrar uma conduta causadora do dano ou um responsável que titularize a responsabilidade. Em outras palavras, o raio é, nas circunstâncias da atividade, estranho ao risco de acidentes ordinários na autoestrada e assim elimina a imputação do fato ao empresário.

Contudo, em ocorrendo fortuito interno, a solução será outra. Se o trabalhador a céu aberto é atingido por um raio em região de ocorrência desse fenômeno natural sem que a empresa conte com coberturas de proteção nas épocas de incidência do fortuito, o empregador responde pelo dano. Ou seja, em se tratando de fatos previsíveis, corriqueiros à atividade, podem ser controlados, contornados e gerenciados. E por isso mesmo ingressa internamente na relação entre empregado e empregador, por não ser a ela estranho que nas circunstâncias um raio possa atingir o trabalhador.

(1) BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições Cíveis no Direito do Trabalho*. 5. ed. Salvador: Juspodivm.

(2) Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. São Paulo: Atlas, p. 176 e 302.

## 5. Força maior (fortuito humano) externo e interno

Força maior é o fato humano alheio e transcendente à vontade das partes, sem possibilidade de imputação a pessoa determinada, com concentração da ocorrência em relação ao acontecimento em si mesmo, e que vem a interferir numa relação jurídica sem possibilidade de ser evitado, como invasão de território, guerra ou guerra civil, greve, pânico coletivo, racionamento de energia elétrica.<sup>(3)</sup>

No entanto, a força maior pode ser externa e interna.

Observa FÁBIO ULHÔA COELHO<sup>(4)</sup>, se um jovem vem a falecer em virtude de ter sido atingido por um raio num show de rock, não há responsabilidade do empresário que promove o espetáculo, o que, no entanto, não ocorre se vem a falecer por ter sido pisoteado por outros espectadores que abandonavam o local quando o palco incendiou-se, eis que o defeito no serviço não é fator excludente.

O racionamento de energia elétrica, em relação ao qual poderia o empregador ter se aparelhado para evitar os efeitos, adequando-se, quer por meio de aluguel de gerador, quer através de outras medidas, é caso de força maior interna, cujos efeitos decorrem de imprevidência do empregador (art. 501, § 1º, CLT).

Todavia, se em razão de pânico coletivo ocorrido no estabelecimento do empregador e por ele não causado, em ambiente ou atividade que não é de risco e um trabalhador é pisoteado e falece, a empresa não é responsável, por se tratar de força maior externa, que em regra não ingressa na relação interna entre empregado e empregador, ou seja, na dinâmica do negócio.

Utilizando o mesmo exemplo já citado, se em razão de pânico coletivo ocorrido no estabelecimento do empregador, um trabalhador é pisoteado e falece, a empresa será responsável se o dano for decorrente do fato do estabelecimento não ter áreas de escape em caso de incêndio ou tumulto. Trata-se de força maior interna, cuja imprevidência do empregador ingressa na relação jurídica então mantida com o falecido.

Enfim, no fortuito humano interno, há imprevidência do ofensor, que não exclui a sua responsabilidade, *ex vi* do art. 501, *caput* e § 1º, da CLT, *verbis*:

“Art. 501 – “Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.

§ 1º — A imprevidência do empregador exclui a razão de força maior.”

Nos termos do art. 502, da CLT, “Ocorrendo motivo de força maior que determine a extinção da empresa, ou de um dos estabelecimentos em que trabalhe o empregado, é assegurada a este, quando despedido,

uma indenização na forma seguinte: I — sendo estável, nos termos dos arts. 477 e 478; II — não tendo direito à estabilidade, metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa; III — havendo contrato por prazo determinado, aquela a que se refere o art. 479 desta Lei, reduzida igualmente à metade.”

Conforme art. 61, *caput*, “Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer em face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.”

“§ 3º Sempre que ocorrer interrupção do trabalho, resultante de causas acidentais, ou de força maior, que determinem a impossibilidade de sua realização, a duração do trabalho poderá ser prorrogada pelo tempo necessário até o máximo de 2 (duas) horas, durante o número de dias indispensáveis à recuperação do tempo perdido, desde que não exceda de 10 (dez) horas diárias, em período não superior a 45 (quarenta e cinco) dias por ano, sujeita essa recuperação à prévia autorização da autoridade competente.”

Essa possibilidade de exigir a prestação de horas extras independentemente de acordo individual ou coletivo, ou seja, por *jus variandi*, decorre do fato da força maior.

## 6. Factum principis externo e interno

Fato do príncipe é o ato unilateral da autoridade pública — municipal, estadual ou federal — capaz de alterar ou extinguir relações jurídicas privadas já constituídas, para atendimento ao interesse público, a exemplo da desapropriação.

Cuida-se de espécie de força maior, de efeitos inevitáveis, qualificada pela origem: autoridade administrativa, no exercício do interesse público.

Numa conceituação mais ampla, abrange as leis que tornam ilícito o exercício de uma atividade, como ocorreu com os bingos.

No Direito do Trabalho, *factum principis* é o evento extraordinário e inevitável, transitório ou definitivo, causado por ato governamental federal, estadual ou municipal, que influi numa relação jurídica, modificando-a, paralisando-a ou terminando-a (art. 486, *caput*, CLT). Como exemplo, a cessação de uma atividade ou o fechamento, por determinados meses, de uma rua, por ato de autoridade governamental, para a construção de um viaduto, importando na impossibilidade de operação do estabelecimento onde trabalha o empregado, até a conclusão das obras.

O fato do príncipe também pode ser externo e interno.

O fato do príncipe externo interfere na relação jurídica privada, mas transfere à autoridade pública a responsabilidade da indenização, a exemplo da desapropriação.

Já o fato do príncipe interno conserva a responsabilidade nas mãos do sujeito passivo da relação

(3) BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições Civis no Direito do Trabalho*. 5. ed. Salvador: Juspodivm.

(4) *Curso de Direito Civil*, v. 02, Saraiva, 2. ed. 2004, p. 252.



jurídica por ele afetada. Como exemplos, a interdição ou fechamento de estabelecimento ou prédio que põe em risco os seus usuários.

No *factum principis*, a autoridade causadora fica responsável pelo ressarcimento dos danos causados (art. 486, da CLT), exceto em se tratando de *factum principis* interno, por exemplo, a interdição ou fechamento de estabelecimento que põe em risco a segurança ou saúde dos trabalhadores.

## 7. A eficácia dos fatos jurídicos involuntários nas relações trabalhistas

A Consolidação das Leis do Trabalho não faz distinção entre caso fortuito e de força maior. Refere-se aos fortuitos natural e humano pela denominação genérica e abrangente de força maior (art. 501, *caput*, CLT).

Ao contrário das relações civis, na seara trabalhista a força maior geralmente não tem efeito liberatório e nem exclui a responsabilidade. Isto porque a teoria trabalhista do risco, estampada no art. 2º, *caput*, da CLT, impõe severas limitações à isenção da responsabilidade patronal, *verbis*:

“Art. 2º — Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. (g.f.)”

Via de consequência, o motivo de força maior que importe em paralisação da atividade não autoriza o empregador a suspender o pagamento do salário do trabalhador (art. 61, § 3º, da CLT).

De igual sorte, um incêndio causado por fortuito natural (um raio não absorvido pelo melhor para-raios existente no mercado) ou por fortuito humano (por centenas de manifestantes envolvidos em tumulto externo), que venha a importar na perda do estabelecimento em que o empregado trabalhava, não exime a empresa de indenizá-lo.

Assim ocorre por força do disposto no já referido art. 2º, *caput*, da CLT.

No entanto, essa indenização é devida por meta-de (art. 502, § 2º, da CLT). Isto porque, em que pese a responsabilidade patronal, se o empregador não teve culpa, o empregado muito menos. Dai a indenização devida resulta de divisão entre empregado e empregador do prejuízo causado pela força maior. E se houver paralisação temporária do trabalho por motivos casuais que não decorram de fato do princípio, o empregado não trabalha, faz jus à remuneração integral no interregno, mas depois lhe pode ser cobrada a prestação de horas extras no limite legal, para recuperação do tempo perdido (art. 61, § 3º, da CLT).

Note-se, no entanto, que a CLT pontualmente dá tratamento distinto a certos fortuitos naturais, a exemplo da morte natural do trabalhador, que desfaz o vínculo, sem indenização, mas na hipótese de morte do empregador pessoa física ou empresa individual, dá ao empregado o direito de resolver o contrato com

plena indenização (art. 483, § 2º, da CLT). No último caso foi acolhida a teoria do risco integral.

Diante do risco de contaminação pela COVID-19, o questionamento sobre a eventual imprevidência do empregador para afastar a força maior é delicadíssimo: o empregador que não suspende o trabalho presencial tem responsabilidade objetiva pelo risco causado ao trabalhador (exposição ao transporte público para deslocamento e ao contato com pessoas e coisas no ambiente de trabalho), ou ela é subjetiva, fundada na culpa quando não toma as cautelas capazes de evitar ou minimizar o risco de contaminação dos empregados, respondendo só então pela imprevidência?

Por outro lado, a paralisação de atividades por ato de autoridade governamental como decorrência da COVID-19 pode ser caracterizada como fato do príncipe?

## 8. As Medidas Provisórias ns. 927/2020, 936/2020 e 944/2020

A Medida Provisória n. 927/2020 regula as medidas trabalhistas adotáveis por empregados e empregadores para enfrentamento do estado de calamidade pública e de emergência da saúde pública decorrente da COVID-19: teletrabalho; antecipação de férias individuais; concessão de férias coletivas; aproveitamento e a antecipação de feriados; banco de horas; suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho; e direcionamento do trabalhador para qualificação e o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS.

Já a Medida Provisória n. 936/2020 apresenta medidas trabalhistas complementares: a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários e a suspensão temporária do contrato de trabalho, mediante relativa complementação ou substituição, conforme o caso, pelo pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, que tem por base o valor do seguro desemprego.

Uma das condições para utilização dos instrumentos previstos nas referidas Medidas Provisórias é o não despedimento dos empregados sem justa causa.

Finalmente, a Medida Provisória n. 944/2020 institui o programa emergencial de suporte a empregos para pessoas jurídicas com receita bruta anual superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 10.000.000,00, estabelecendo linhas de crédito para empresários, sociedades empresárias e sociedades cooperativas, excetuadas as sociedades de crédito, com a finalidade de pagamento da folha salarial de seus empregados pelo período de dois meses, limitadas a até duas vezes o salário mínimo por empregado. A taxa de juros é de 3,75% ao ano sobre o valor concedido, com prazo de 36 meses para pagamento e carência de seis meses para início do pagamento, com vencimento antecipado da dívida se ocorrer despedimento sem justa causa entre a data da contratação da linha de crédito e o sexagésimo dia após

o recebimento da última parcela da linha de crédito, sob pena de vencimento antecipado da dívida.

### 9. Natureza jurídica do estado de calamidade pública e de emergência da saúde pública frente ao Direito do Trabalho

No parágrafo único do art. 1º, a MPV n. 927/2020 define como de força maior o estado de calamidade pública e de emergência da saúde pública.

Na verdade, por cuidar-se de evento que tem origem na natureza, a COVID-19, um vírus que diretamente provocou a pandemia com efeitos jurídicos nas relações de trabalho, tecnicamente é hipótese de caso fortuito ou fortuito natural.

A definição de força maior prevista no art. 501, da CLT, engloba os fortuitos naturais, exceto nas hipóteses em que o legislador pontualmente atribui a estes efeitos diferenciados (a exemplo da morte do empregador quando pessoa física – art. 483, § 2º, CLT).

Nos termos do referido do referido art. 501, “Entende-se como força maior todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente”.

Note-se que o legislador não exige a imprevisibilidade do acontecimento. Contenta-se com a inevitabilidade e com não ter o empregado de alguma forma concorrido para a sua verificação.

Assim ocorre porque na concepção do legislador a crise financeira na empresa prevista na Lei n. 4.923/1965 ou medidas que levem à redução salarial para efeito de recuperação da empresa (Lei n. 11.101/2005) também são incluídas no conceito de força maior, mas, pelo excepcionalidade legal e pontual das hipóteses previstas nessas leis, sem a incidência da ressalva da imprevidência patronal prevista no § 1º do art. 501,celetário.

O § 2º do referido dispositivo legalceletário exige, para a caracterização do fortuito natural ou humano, que afete a situação econômica e financeira da empresa.

Diante do fato notório do risco da COVID-19, a ponto da legislação ter se preocupado, de forma emergencial, a flexibilizar os diversos instrumentos existentes na legislação jurídicos, com ajuste direcionado a evitar o desemprego, está claro que fica dispensada, para todos os efeitos, a comprovação de afetação da situação econômica e financeira da empresa. Presumem-se, *iure et de iure*, os atropelos econômicos e financeiros que atingem todos os setores produtivos e todos os trabalhadores.

O § 1º do art. 501, CLT, esclarece que o motivo de força maior é descartado diante da imprevidência do empregador.

Como já antes referido, esse dispositivo não atua nas situações previstas nas Leis ns. 4.923/1965 e 11.101/2005. Aplica-se a fatos como falta de preparo

da empresa para enfrentar um racionamento de energia, previamente divulgado.

Também não há como aplicar-se o dispositivo diante de uma situação como a da COVID-19, exceto nas hipóteses em que o empregador, desatendendo as recomendações do Ministério da Saúde e do fechamento do comércio, bares, restaurantes, cinemas, teatros e casas de shows, obriga o trabalhador a prestar serviços, arriscando-o à contaminação, notadamente aqueles pertencentes ao grupo de risco.

Por outro lado, como vários governos estaduais e prefeituras determinaram a paralisação das atividades empresariais, ressalvadas as essenciais, discute-se se a hipótese seria de fato do príncipe, ou seja, de força maior externa, qualificada pela origem governamental do ato impeditivo administrativo de paralisação da empresa, hipótese em que, nos termos do art. 486, da CLT, a responsabilidade pelos custos da paralisação seria da autoridade governamental.

O governo precisa mesmo participar dos efeitos devastadores desse infortúnio, ajudando na sobrevivência das empresas e dos trabalhadores, que são os pilares da produção, comercialização e distribuição de produtos, prestação de serviços e comercialização no mercado. É o que busca fazer por meio das Medidas Provisórias ns. 936 e 944/2020. Mas, evidentemente, a sua responsabilidade social e econômica, em princípio, não decorre de fato do príncipe. As ações de governo regionais e locais de fechamento temporário de empresas foram determinadas por fatores excepcionais externos e de saúde pública, que transcendem o mero ato administrativo habitual de interesse público.

No art. 2º, a MP n. 927/2020 estabelece que durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º empregado e empregador poderão celebrar acordo individual escrito, a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, respeitados os limites estabelecidos na Constituição.

Como as medidas ali previstas são destinadas à preservação do emprego e da renda durante o estado de calamidade pública decorrente da COVID-19, a intenção do legislador foi a de possibilitar, em caráter de urgência, que por meio desses acordos individuais pudesse o empregador, preservando os empregos, pudesse prontamente organizar a sua atividade. E para isso extraordinariamente flexibilizou as normasceletárias.

Um desses limites é a negociação, via coletiva, de eventual redução salarial (art. 7º, da CF). Mas a MP n. 936/2020 optou pela possibilidade de acordos individuais para quem recebe salário de até R\$3.135,00 ou para quem auferir mais de R\$12.102,00 (hipersuficientes), no que foi questionada a constitucionalidade do afastamento da negociação coletiva em relação a esses trabalhadores.

### 10. As alternativas previstas na MPV n. 927/2020

A MP n. 927 apresenta como alternativas para o período de calamidade pública: o teletrabalho; a

antecipação de férias individuais; a concessão de férias coletivas; o aproveitamento e a antecipação de feriados; o banco de horas; a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho; o direcionamento do trabalhador para qualificação; e o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS (art. 3º. I a VIII).

### 10.1. Teletrabalho

Quanto ao teletrabalho, a MPV n. 927/2020 permite alterar por acordo individual o regime de trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho à distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho (art. 4º, *caput*).

A MPV andou bem ao permitir a alteração por mero *jus variandi*, dada a situação emergencial, que não permite enfrentar burocracias. O que não impede a regulação por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A respeito, o art. 8º, § 4º, da MPV n. 936/2020, estatui que se durante o período de suspensão temporária do contrato de trabalho o empregado mantiver as atividades de trabalho, ainda que parcialmente, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância, ficará descaracterizada a suspensão temporária do contrato de trabalho, e o empregador estará sujeito: ao pagamento imediato da remuneração e dos encargos sociais referentes a todo o período; às penalidades previstas na legislação em vigor; e às sanções previstas em convenção ou em acordo coletivo.

### 10.2. Férias individuais

Relativamente às férias individuais, a MPV n. 927/2020 admite, também por *jus variandi*, a flexibilização em relação à norma legal durante o período de calamidade pública, estatuinto que o empregador informe ao empregado sobre a antecipação de suas férias com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico, com a indicação do período a ser gozado pelo empregado. Apenas ressalva que as férias não poderão ser gozadas em períodos inferiores a cinco dias corridos; que poderão ser concedidas por ato do empregador, ainda que o período aquisitivo a elas relativo não tenha transcorrido; e que serão priorizados os trabalhadores que pertençam ao grupo de risco do coronavírus. E adicionalmente, permite que empregado e empregador possam negociar a antecipação de períodos futuros de férias, mediante acordo individual escrito (art. 6º, *caput* e §§).

O problema é que as férias do trabalhador são anuais e várias antecipações futuras para ter a mobilidade restrita, inclusive para ter momentos de lazer, não atende o objetivo das férias (art. 7º, XVII, CF).

Todavia, o momento é de sacrifício. E o empregador traz menos prejuízo ao trabalhador quando opta

em conceder antecipação de férias, preservando os ganhos do empregado, em vez de reduzir o salário ou suspender o contrato, hipótese em que mesmo com a atuação do Benefício Emergencial reduz o valor da contraprestação inerente ao contrato de trabalho.

### 10.3. Férias coletivas

Durante o estado de calamidade pública a MP permite que o empregador conceda, a seu critério, férias coletivas, devendo apenas notificar o conjunto de empregados afetados com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, não exigindo a aplicação do limite máximo de períodos anuais e o limite mínimo de dias corridos previstos na CLT (art. 11).

A dispensa da comunicação prévia ao órgão local do Ministério da Economia e aos sindicatos representativos da categoria profissional atende aos fins emergenciais da situação (art. 12).

Tanto a antecipação ou concessão de férias individuais, como as coletivas sem a observância das burocracias legais necessárias em tempos normais, são medidas emergenciais e cabíveis, destinadas a contornar a paralisação da atividade em decorrência da pandemia e evitar o desemprego. Repete-se aqui o que foi dito em relação às férias individuais. Dos males, a preservação do valor do salário e a preservação do emprego compensa o sacrifício.

### 10.4. Antecipação dos feriados

De igual sorte, boa a medida de, durante o estado de calamidade pública, possibilitar aos empregadores antecipar o gozo de feriados não religiosos federais, estaduais, distritais e municipais, mediante notificação, por escrito ou por meio eletrônico, ao conjunto de empregados beneficiados com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, com indicação expressa dos feriados aproveitados, tudo com possibilidade de utilização para compensação do saldo em banco de horas (art. 13). Também preserva os ganhos e evita a despedida.

### 10.5. Banco de horas e recuperação posterior do tempo perdido com paralisação

O art. 14 da MPV n. 927 flexibiliza a CLT, elastecendo o prazo de recuperação de 45 dias por ano, previsto no art. 61, § 3º, do diploma trabalhista, do tempo perdido com paralisação por motivo de forma maior, e o conjuga com o banco de horas. Estabelece o novel dispositivo, em caráter temporário:

“Art. 14. Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, ficam autorizadas a interrupção das atividades pelo empregador e a constituição de regime especial de compensação de jornada, por meio de banco de horas, em favor do empregador ou do empregado, estabelecido por meio de acordo coletivo ou individual formal, para a compensação no prazo de até dezoito meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública.

§ 1º A compensação de tempo para recuperação do período interrompido poderá ser feita mediante prorrogação de jornada em até duas horas, que não poderá exceder dez horas diárias.

§ 2º A compensação do saldo de horas poderá ser determinada pelo empregador independentemente de convenção coletiva ou acordo individual ou coletivo. “

A medida também é bem vinda, porque preserva os ganhos salariais e evita a despedida.

#### 10.6. Prorrogação com compensação

O art. 26 da MPV nº 927 permite a prorrogação de jornada de trabalho e a adoção e prorrogação de horas em escalas por acordo individual.

A medida é necessária tanto para os empresários que, ao contrário dos demais, precisam ter a atividade em funcionamento extra, para atender demandas do mercado (fabricação de máscaras, respiradores, médicos e pessoal da saúde), como também para aqueles que precisam adotar revezamento e turnos entre os empregados para evitar a presença simultânea dos trabalhadores no mesmo ambiente.

#### 10.7. Suspensão da exigibilidade de recolhimento do FGTS

Por fim, a MP determinou a suspensão da exigibilidade do recolhimento do FGTS pelos empregadores, referente às competências de março, abril e maio de 2020, com vencimento em abril, maio e junho de 2020, respectivamente, com compensação escalonada posterior (arts. 19 e 20), como forma de dar fôlego às empresas para enfrentamento do período de calamidade.

### 11. As alternativas previstas na MPV n. 936/2020

O art. 18 da MPV n. 927/2020, que cuidava do direcionamento do trabalhador para qualificação, flexibilizando o art. 476-A, da CLT, foi revogado pela Presidência da República e, em substituição, foi apresentada a Medida Provisória n. 936/2020.

Outrossim, a MPV n. 936 trouxe outras alternativas, desta feita com participação direta do governo no auxílio aos empresários e trabalhadores, entre elas a redução de jornada com redução do salário, a suspensão do contrato de trabalho e a criação do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda para complementação ou substituição do salário do trabalhador.

Diferentemente da Medida Provisória n. 927/2020, os empresários que optarem pelas alternativas previstas na MPV n. 936/2020 ficam impedidos de despedir os trabalhadores com os quais fizerem acordos individuais ou coletivos, pelo prazo previsto na Medida Provisória.

Outrossim, constituirá fraude à lei o empresário que adotar as alternativas constantes da Medida Provisória n. 927/2020, concedendo, por exemplo,

antecipação de férias individuais ou coletivas, e depois resolver cumular essas alternativas com redução de jornada com redução salarial ou suspensão do contrato.

#### 11.1. Direcionamento para qualificação

Dispõe o art. 17 da MPV n. 936/2020, no inciso I, que o curso ou o programa de qualificação profissional de que trata o art. 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho poderá ser oferecido pelo empregador exclusivamente na modalidade não presencial, e terá duração não inferior a um mês e nem superior a três meses.

A respeito, a MPV reduziu, durante o período de calamidade, o curso ou programa de qualificação oferecido como opção de suspensão contratual.

No caso, se adotada a solução, aplicam-se à hipótese as normas previstas na MPV, já acima comentadas, sobre suspensão temporária do contrato, e não as da CLT. Ou seja, durante a suspensão o empregador poderá aproveitar para qualificar o trabalhador, com garantia de emprego do trabalhador.

O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda não será devido ao empregado que já esteja em gozo da bolsa de qualificação profissional de que trata o art. 2º-A da Lei n. 7.998, de 1990, que regulamenta o art. 476-A, da CLT.

Não teria sentido o trabalhador cumular o Benefício Emergencial previsto na MPV n. 936/2020 com a bolsa de qualificação profissional custeada pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador — FAT, referente ao trabalhador que já esteja com o contrato de trabalho suspenso para participação em curso ou programa de qualificação profissional como previsto em condições e prazo no art. 476-A, da CLT.

#### 11.2. Redução salarial

O limite estabelecido na CLT para a redução salarial de caráter geral é de 25%, tendo como fatos geradores a força maior ou prejuízos financeiros devidamente comprovados, bastando o *ius variandi* para a alteração contratual até dos efeitos da força maior (art. 503, *caput*, da CLT).

A norma foi revogada por lei posterior, de n. 4.923/1965, que exige apenas comprovadas dificuldades financeiras, derivadas de conjuntura econômica, estabelecendo o limite 25% de redução, mas com contrapartida de redução proporcional da jornada.

Como a Constituição não estabelece limite de redução salarial proporcional à redução da jornada, percentual distinto do previsto na Lei n. 4.923/1965 pode ser instituído por lei ou negociado entre as categorias econômica e profissional. A MP n. 936/2020 o fez, de forma transitória e em caráter emergencial.

Logo, em relação aos percentuais previstos no art. 7º, III, da MP n. 936/2020, nada tem de inconstitucional a possibilidade do empregador acordar a redução

da jornada de trabalho e de salário, exclusivamente, nos seguintes percentuais: a) vinte e cinco por cento; b) cinquenta por cento; ou c) setenta por cento.

O problema está no art. 7º, II, ao designar o acordo individual como suficiente para o ajuste.

Pela interpretação literal da Constituição Federal, esse ajuste exige negociação coletiva. Só por acordo ou convenção coletiva poderia ser viabilizado (art. 7º, VI e VIII, CF).

Aplicada a mesma literalidade, para o hipersuficiente previsto no art. 444, parágrafo único, CLT, também haveria necessidade de ajuste por negociação coletiva.

Apreciando a questão e interpretando sistematicamente a Constituição, provocado, entendeu o STF, por maioria, diante da inusitada crise causada pela pandemia; da urgência do empregador organizar a sua atividade empresarial, paralisando-a ou reduzindo-a em tempo ou quantitativo, pela constitucionalidade das normas que autorizam a negociação individual para quem auferir até R\$ 3.135,00 mensais ou para quem recebe salário mensal a partir de R\$ 12.102,00, bastando a comunicação posterior ao sindicato da categoria profissional (art. 11, § 4º, da MPV).

De qualquer sorte, restará descaracterizado o acordo quanto aos respectivos efeitos, se o empregador valer-se da norma para a redução e, não obstante, impuser ao trabalhador a jornada normal de trabalho, ainda que por meio de trabalho à distância ou lhe exigir a prestação de horas extras.

Relativamente ao acordo de redução, indaga-se se alcança os exercentes de cargo de confiança previstos no art. 62, II, da CLT.

Evidentemente, não, independentemente de serem ou não hipersuficientes. Pelo fato do gestor não ter jornada definida, a redução torna-se inviável. Não bastasse é a justificativa mais contundente, os gestores, em épocas de crise são os trabalhadores que, pelas circunstâncias, são os mais acionados pelo empregador.

Para compensar a redução salarial que beneficia o empregador, foi criado o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, custeado com recursos da União, que beneficia o empregado (art. 5º, I).

O referido benefício só será devido nas reduções a partir de 25% da jornada, com a correspondente redução do salário.

Será devido nos percentuais: de vinte e cinco por cento sobre a base de cálculo para a redução de jornada e de salário igual ou superior a vinte e cinco por cento e inferior a cinquenta por cento; de cinquenta por cento sobre a base de cálculo para a redução de jornada e de salário igual ou superior a cinquenta por cento e inferior a setenta por cento; e de setenta por cento sobre a base de cálculo para a redução de jornada e de salário superior a setenta por cento.

A opção pela redução da jornada de trabalho com redução do salário mediante complementação salarial com o Benefício Emergencial de Preservação do

Emprego e da Renda, importará em garantia provisória do emprego durante o período acordado de redução da jornada de trabalho e de salário e após o restabelecimento da jornada de trabalho e de salário, por período equivalente ao acordado para a redução (art. 10, I e II, da MPV n. 936).

O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será pago ao empregado independentemente do cumprimento de qualquer período aquisitivo; do tempo de vínculo empregatício; e do número de salários recebidos (art. 6º, § 1º, I a III).

O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda não será devido ao empregado que esteja: ocupando cargo ou emprego público, cargo em comissão de livre nomeação e exoneração ou titular de mandato eletivo; ou em gozo: a) de benefício de prestação continuada do Regime Geral de Previdência Social ou dos Regimes Próprios de Previdência Social, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 124 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991; do seguro-desemprego, em qualquer de suas modalidades; e da bolsa de qualificação profissional de que trata o art. 2º-A da Lei n. 7.998, de 1990 (art. 6º, § 2º, I e II, *a* a *c*).

A ajuda compensatória mensal deverá ter o valor definido no acordo individual pactuado ou em negociação coletiva; terá natureza indenizatória; não integrará a base de cálculo do imposto sobre a renda retido na fonte ou da declaração de ajuste anual do imposto sobre a renda da pessoa física do empregado; não integrará a base de cálculo da contribuição previdenciária e dos demais tributos incidentes sobre a folha de salários; não integrará a base de cálculo do valor devido ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, instituído pela Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, e pela Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015; e poderá ser excluída do lucro líquido para fins de determinação do imposto sobre a renda da pessoa jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real (art. 9º, § 1º, I a VI).

A ajuda compensatória prevista não integrará o salário devido pelo empregador (art. 9º, § 2º).

O referido benefício, atendida a exigência de informação ao Ministério da Economia, da redução da jornada de trabalho e de salário, no prazo de dez dias, contado da data da celebração do acordo, consistirá em prestação mensal, devida a partir da data do início da redução da jornada de trabalho e de salário, com a primeira parcela paga trinta dias após o ajuste (incisos I e II do art. 5º da MPV n. 936).

Caso não informe, o empregador ficará responsável pelo pagamento da remuneração no valor anterior à redução da jornada de trabalho e de salário, inclusive dos respectivos encargos sociais, até a que informação seja prestada (§ 3º, I).

Se vier a informação em data posterior aos dez dias estabelecidos em lei, o prazo para pagamento do benefício observará a data em que a informação tenha sido efetivamente prestada, para pagamento nos

trinta dias seguintes, e será devido pelo restante do período pactuado (§ 3º, II e III).

O valor do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda terá como base de cálculo o valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado teria direito se despedido fosse (art. 6º, *caput*), aplicando-se sobre ela o percentual da redução (art. 6º, I).

O empregado com mais de um vínculo formal de emprego poderá receber cumulativamente um Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda para cada vínculo com redução proporcional de jornada de trabalho e de salário (§ 3º do art. 6º).

A redução da jornada e do salário, temporária, cessará no prazo de dois dias corridos, contado: da cessação do estado de calamidade pública; da data estabelecida no acordo individual como termo de encerramento do período e redução pactuado; ou da data de comunicação do empregador que informe ao empregado sobre a sua decisão de antecipar o fim do período de redução pactuado (parágrafo único do art. 7º da MPV).

A dispensa sem justa causa que ocorrer durante o período de garantia provisória no emprego previsto no *caput* sujeitará o empregador ao pagamento, além das parcelas rescisórias previstas na legislação em vigor, de indenização no valor de: cinquenta por cento do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego e de salário igual ou superior a vinte e cinco por cento e inferior a cinquenta por cento; setenta e cinco por cento do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego e de salário igual ou superior a cinquenta por cento e inferior a setenta por cento; ou cem por cento do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, e de salário em percentual superior a setenta por cento (art. 10, § 1º, I a III).

### 11.3. Suspensão temporária do contrato de trabalho

Estabelece o art. 8º, *caput*, da MP n. 936/2020 a possibilidade do empregador acordar a suspensão temporária do contrato de trabalho de seus empregados, pelo prazo máximo de sessenta dias, que poderá ser fracionado em até dois períodos de trinta dias.

A suspensão pode ser total, em caso de paralisação do negócio, ou parcial, referente a um ou alguns setores da empresa.

O art. 8º, § 1º, designa o acordo individual como suficiente para o ajuste. Não havendo exigência constitucional de negociação coletiva para a hipótese, é lícita a negociação individual.

Removido o obstáculo, será possível ao empregador exigir do trabalhador horas extraordinárias compensatórias do tempo perdido com a paralisação (§ 3º do art. 61, que não se confunde com a situação do § 2º, ambos da CLT).

Durante o período de suspensão temporária do contrato, o empregado fará jus a todos os benefícios concedidos pelo empregador aos seus empregados e ficará autorizado a recolher para o Regime Geral de Previdência Social na qualidade de segurado facultativo (§ 2º, I e II da MPV n. 936).

Para compensar a suspensão contratual, foi criado o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, custeado com recursos da União, que beneficia o empregado (art. 5º, II).

O empregado com mais de um vínculo formal de emprego poderá receber cumulativamente um Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda para cada vínculo com suspensão temporária do contrato de trabalho (§ 3º do art. 6º).

O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda não será devido ao empregado que esteja: ocupando cargo ou emprego público, cargo em comissão de livre nomeação e exoneração ou titular de mandato eletivo; ou em gozo: a) de benefício de prestação continuada do Regime Geral de Previdência Social ou dos Regimes Próprios de Previdência Social, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 124 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991; do seguro-desemprego, em qualquer de suas modalidades; e da bolsa de qualificação profissional de que trata o art. 2º-A da Lei n. 7.998, de 1990 (art. 6º, § 2º, I e II, *a a c*).

A opção pela suspensão temporária mediante complementação salarial com o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, importará em garantia provisória do emprego durante o período acordado suspensão temporária do contrato e após o encerramento da suspensão, por período equivalente ao acordado para a suspensão (art. 10, I e II).

A ajuda compensatória mensal deverá ter o valor definido no acordo individual pactuado ou em negociação coletiva; terá natureza indenizatória; não integrará a base de cálculo do imposto sobre a renda retido na fonte ou da declaração de ajuste anual do imposto sobre a renda da pessoa física do empregado; não integrará a base de cálculo da contribuição previdenciária e dos demais tributos incidentes sobre a folha de salários; não integrará a base de cálculo do valor devido ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, instituído pela Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, e pela Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015; e poderá ser excluída do lucro líquido para fins de determinação do imposto sobre a renda da pessoa jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real (art. 9º, § 1º, I a VI).

Para valer-se do expediente da suspensão temporária contratual, o empregador não poderá manter as atividades de trabalho do empregado, ainda que parcialmente, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância. Se assim o fizer, ficará caracterizada a suspensão temporária do contrato de trabalho, e o empregador estará sujeito: ao pagamento imediato da remuneração e dos encargos sociais

referentes a todo o período; às penalidades previstas na legislação em vigor; e às sanções previstas em convenção ou em acordo coletivo (art. 8º, § 4º, I a III da MPV n. 936).

O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, atendida a exigência de informação ao Ministério da Economia, da redução da jornada de trabalho e de salário, no prazo de dez dias, contado da data da celebração do acordo, consistirá em prestação mensal, devida a partir da data do início da suspensão temporária do contrato de trabalho, com a primeira parcela paga trinta dias após o ajuste (art. 5º, § 2º, I e II da MPV n. 936).

Caso não informe, o empregador ficará responsável pelo pagamento da remuneração no valor anterior à suspensão, inclusive dos respectivos encargos sociais, até que a informação seja prestada (§ 3º, I).

Se a informação for encaminhada pela empresa em data posterior aos dez dias estabelecidos em lei, o prazo para pagamento do benefício observará a data em que tenha sido efetivamente prestada, para pagamento nos trinta dias seguintes, e o benefício será devido pelo restante do período pactuado (§ 3º, II e III), respondendo a empresa pelo pagamento normal da remuneração e encargos incidentes quanto ao período antecedente à efetiva prestação da informação (§ 3º, I).

O valor do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda terá como base de cálculo o valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado teria direito se despedido fosse (art. 6º, *caput*).

Para as empresas com receita bruta inferior a R\$4.800.000,00 no ano-calendário de 2019, o benefício será devido em montante equivalente a cem por cento o valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado teria direito se despedido fosse (art. 6º, II, a).

Todavia, em se tratando de empresa que tiver auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), somente poderá suspender o contrato de trabalho de seus empregados mediante o pagamento de ajuda compensatória mensal no valor de trinta por cento do valor do salário do empregado (art. 6º, II, b).

Independentemente do prazo previsto para a suspensão do contrato, ele será restabelecido no prazo de dois dias corridos, contados: da cessação do estado de calamidade pública; da data estabelecida no acordo individual como termo de encerramento do período e suspensão pactuado; ou da data de comunicação do empregador que informe ao empregado sobre a sua decisão de antecipar o fim do período de suspensão pactuado (art. 8º, § 3º, I a III).

A dispensa sem justa causa que ocorrer durante o período de garantia provisória no emprego previsto no *caput* sujeitará o empregador ao pagamento, além das parcelas rescisórias previstas na legislação em vigor, de indenização no valor de cem por cento do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego (art. 10, § 1º, III).

#### 11.4. Jus variandi entre redução e suspensão

Nos termos do art. 16 da MPV n. 936/2020, o empregador pode substituir o sistema de redução de jornada com redução salarial proporcional pela suspensão do contrato, ou vice-versa, dependendo dos efeitos da COVID-19 no funcionamento do seu negócio.

#### 11.5. Redução com suspensão

Não foi prevista pelo legislador, mas quem pode o mais, o *jus variandi* entre redução e suspensão ou vice-versa, pode o menos: nos casos de suspensão parcial de algum ou alguns setores da empresa, nada impede que o empregador, cumulativamente, acerte com os trabalhadores dos demais setores a redução das jornadas com redução proporcional dos salários.

### 12. Conclusão

Inegavelmente, os efeitos da COVID-19 no funcionamento das atividades empresariais devem ser caracterizados como motivo de fortuito natural, embora, na genérica conceituação trabalhista, que abranje o fortuito natural, denominados como decorrentes de força maior.

A determinação governamental de paralisação de negócios, por motivo de saúde pública, não pode ser apontada como fato do príncipe, este ligado apenas a atos administrativos de interesse público de origem normal, e não os excepcionais, derivados, como ocorre no presente momento, de calamidade pública originada de fato da natureza e não de necessidade pública.

Os instrumentos previstos nas Medidas Provisórias ns. 927/2020, 936/2020 e 944/2020, temporários, foram necessários para flexibilização da CLT e para propiciar recursos às empresas para manutenção dos empregados neste período de calamidade pública. Consistem em soluções que podem ser utilizadas para enfrentamento deste período difícil tanto para o empregado como para o empregador.

Simplemente impor os pagamentos salariais em atividades que precisaram ser suspensas por um período entre sessenta e noventa dias, constituiria para as empresas ônus excessivo. A fórmula encontrada foi a melhor saída.

Elogiável, portanto, tanto a complementação financeira governamental de suporte ao trabalhador em caso de redução de jornada com redução proporcional de salário, como na hipótese de suspensão do contrato, e a linha de crédito aberta com juros subsidiados e prazo elástico para pagamento. E é objeto de aplausos a garantia provisória do emprego durante o período de suspensão ou de redução, como forma de evitar o desemprego.

Críticável, no entanto, como tem ocorrido nas recentes alterações legislativas e ainda que possa ser constitucional, o expediente de relegar a atuação do

sindicato a segundo plano. Em vez de, a exemplo dos demais países, prestigiar o sindicato como veículo de diálogo e negociação em situações como essa, de evidente caráter coletivo, as Medidas Provisórias autorizam acordos individuais para os trabalhadores mais frágeis na relação de emprego, que são os hiper hiposuficientes (nominados assim mesmo e que pela presumida baixa qualificação profissional não têm voz solitária), que auferem até R\$ 3.135,00 mensais.

### Bibliografia

BELMONTE, Alexandre Agra. *Instituições Cíveis no Direito do Trabalho*. 5. ed. Salvador: Juspodivm.

BRASIL, STF. MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 6.363, DISTRITO FEDERAL. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>>. Acesso em: 22 abr. 2020.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, 3. ed., revista e atualizada. Rio Janeiro: Forense, 1958.

CAVALLIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas.

COELHO, FÁBIO ULHÔA. *Curso de Direito Civil*. v. 02, 2. ed. Saraiva, 2004.





# CORONAVÍRUS E TRABALHO

## *Coronavirus end employment*

Sergio Pinto Martins (\*)

**RESUMO:** O vírus Covid-19 tem causado pânico em todo o mundo. A propagação do vírus chega ao Brasil. Há repercussões trabalhistas também a considerar. A Medida Provisória ns. 927, trata de assunto. Serão estudadas as disposições da Medida Provisória n. 927/20 e outras regras que podem ser aplicadas no caso da pandemia.

**PALAVRAS CHAVE:** Covid19. Pandemia. Trabalho.

**ABSTRACT:** The Covid-19 virus has caused panic worldwide. The spread of the virus reaches Brazil. There are also labor repercussions to consider. Provisional Measure No. 927 deals with the subject. The provisions of Provisional Measure n. 927/20 and other rules that can be applied in the case of the pandemic will be studied.

**KEYWORDS:** Covid19. Pandemia. Work.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Teletrabalho. 3. Reduzir jornada e salário. 4. Férias coletivas. 5. Férias individuais. 6. Compensação e banco de horas. 7. Aproveitamento e antecipação de feriados. 8. Suspensão. 9. Suspensão para qualificação profissional. 10. Fechamento da empresa por conta de empregador. 11. Quarentena. 12. Doença. 13. Fato do príncipe. 14. Força maior. 15. Aplicabilidade. 16. Diferimento do pagamento do FGTS. 17. Medida Provisória. 18. Conclusão. Referências.

### 1. Introdução

O vírus Covid-19 tem causado pânico em todo o mundo. Virou pandemia. Em determinados países, o número de infectados aumenta em progressão geométrica, como na Itália, na Espanha. Na Itália estão fechados vários estabelecimentos, estando abertos apenas supermercados e farmácias. Se a pessoa sai na rua sem justificativa razoável, recebe multa de 200 mil euros.

A propagação do vírus chega ao Brasil.

Há cidades fechando o comércio e declarando calamidade pública, como São Paulo e Rio de Janeiro.

Há repercussões trabalhistas também a considerar.

A matéria foi regulamentada pela Medida Provisória n. 927, de março de 2020, alterada pela Medida Provisória n. 928/2020.

O objetivo do presente artigo é analisar algumas das disposições da Medida Provisória n. 927/2020 e outras regras que podem ser aplicadas no caso da pandemia.

### 2. Teletrabalho

As pessoas poderão trabalhar em casa no sistema de teletrabalho (arts. 75-B a 75-E da CLT). Jornalistas podem enviar artigos da sua residência. Profissionais liberais podem trabalhar de casa.

Durante o estado de calamidade pública o empregador poderá, a seu critério, alterar o regime de

trabalho presencial para o teletrabalho, o trabalho remoto ou outro tipo de trabalho a distância e determinar o retorno ao regime de trabalho presencial, independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho (art. 4º da Medida Provisória n. 927/2020). Durante o referido período não há necessidade de acordo individual ou coletivo para se fazer teletrabalho. O empregado tem de ser cientificado com no mínimo 48 horas por escrito ou por meio eletrônico para trabalhar em casa (§ 2º do art. 4º).

O objetivo do teletrabalho agora é evitar que as pessoas fiquem circulando nas ruas e também das dispensas por parte do empregador, pois em certas atividades o empregado pode trabalhar em casa.

Depois do Estado de calamidade, o teletrabalho deve constar do contrato individual de trabalho, que especificará quais as atividades a serem desenvolvidas pelo empregado (art. 73-C da CLT). Deverá ser formalizado por escrito.

Nem todas as pessoas conseguem trabalhar em casa, em razão da atividade que desempenham. O cozinheiro não tem como preparar a comida do restaurante da sua casa para servir o cliente de imediato. Faxineiros não têm como trabalhar em casa. Porteiros de prédio não podem trabalhar de casa. Outros não tem os equipamentos de informática necessários. Alguns misturam o trabalho com as tarefas domésticas e não conseguem trabalhar e produzir. Há funcionários do tribunal que não conseguem fazer um processo por dia. Os tribunais têm orientado seus funcionários a trabalhar em casa e irem o mínimo possível na repartição para evitar a propagação do

(\*) Mestre em Direito do Trabalho - USP. Doutor em Direito - USP. Desembargador do TRT da 2ª Região. Diretor da EJUD-2. Professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP.

vírus. Sessões estão sendo canceladas, assim como audiências, cursos, etc.

Aulas poderão ser assistidas pelo Skype e as atividades extraclasses poderão ser realizadas pelo sistema Moodle.

Na hipótese de o empregado não possuir os equipamentos tecnológicos e a infraestrutura necessária e adequada à prestação do teletrabalho, do trabalho remoto ou do trabalho a distância:

I — o empregador poderá fornecer os equipamentos em regime de comodato e pagar por serviços de infraestrutura, que não caracterizarão verba de natureza salarial; ou

II — na impossibilidade do oferecimento do regime de comodato de que trata o inciso I, o período da jornada normal de trabalho será computado como tempo de trabalho à disposição do empregador.

O tempo de uso de aplicativos e programas de comunicação fora da jornada de trabalho normal do empregado não constitui tempo à disposição, regime de prontidão ou de sobreaviso, exceto se houver previsão em acordo individual ou coletivo.

Fica permitida a adoção do regime de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância para estagiários e aprendizes.

### 3. Reduzir jornada e salário

Prescreve o art. 2º da Lei n. 4.923/65: “A empresa que, em face de conjuntura econômica, devidamente comprovada, se encontrar em condições que recomendem, transitoriamente, a redução da jornada normal ou do número de dias do trabalho, poderá fazê-lo, mediante prévio acordo com a entidade sindical representativa dos seus empregados, homologado pela Delegacia Regional do Trabalho, por prazo certo, não excedente de 3 (três) meses, prorrogável, nas mesmas condições, se ainda indispensável, e sempre de modo que a redução do salário mensal resultante não seja superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitado o salário-mínimo regional e reduzidas proporcionalmente a remuneração e as gratificações de gerentes e diretores”.

A situação que se desenvolve nos dias de hoje também diz respeito à conjuntura econômica, em virtude da recessão que se inicia.

Entretanto, a redução da jornada e salário só pode ser feita por acordo coletivo, celebrado entre a empresa e o Sindicato dos empregados. Não pode ser feito por acordo individual. Na Lei n. 4.923 não pode ser feito por convenção coletiva, pois trata de situação de empresa.

O inciso VI do art. 7º da Constituição é claro no sentido de que o salário é irredutível, salvo mediante convenção ou acordo coletivo. Está claro que se pode reduzir salários por acordo coletivo. O acordo é necessariamente coletivo. Não pode ser feita a redução por acordo individual.

A Lei n. 4.923 dispõe que o salário não pode ser reduzido mais do que 25%, devendo ser respeitado o salário mínimo, pois não se pode pagar menos de um salário mínimo para qualquer empregado. Entendo que a redução pode ser superior a 25% desde que estabelecida no acordo coletivo, pois o inciso VI do art. 7º da Constituição não traz esse limite.<sup>(1)</sup>

O § 3º do art. 611-A da CLT mostra que se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

A redução por três meses dos salários e jornada também não foi recepcionada pela Constituição, pois os incisos VI e XIII do art. 7º da Lei Maior não estabeleceu o número de meses, mas o que for previsto na norma coletiva pelo período necessário.

A redução do salário não é considerada alteração unilateral do contrato individual de trabalho para os efeitos do disposto no art. 468 da CLT (§ 3º do art. 2º da Lei n. 4.923/65).

As empresas que tiverem autorização para redução de tempo de trabalho não poderão, até seis meses depois da cessação desse regime, admitir novos empregados, antes de readmitirem os que tenham sido dispensados pelos motivos que hajam justificado a citada redução ou comprovarem que não atenderam, no prazo de oito dias, ao chamado para a readmissão (art. 3º da Lei n. 4.923/65).

O trabalho em horas extras é vedado (art. 4º da Lei n. 4.923/64). Se há redução da jornada para evitar dispensas, não tem sentido fazer horas extras. É possível, porém, fazer horas extras em caso de necessidade imperiosa (art. 61 e §§ 1º e 2º).

Determina o inciso VIII do art. 50 da Lei n. 11.101 (Lei de férias) que constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, redução salarial, compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva.

Indica o § 3º do art. 611-A da CLT que se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

Reza o art. 503 da CLT que é lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25%, respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região. O referido artigo foi revogado pelo inciso VI do art. 7º da Constituição, pois a redução de salários não pode ser feita mediante acordo individual e não há limites para a

(1) MARTINS, Sergio Pinto. *Flexibilização de condições de trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 127.

redução do salário no inciso do art. 7º da Lei Maior. Somente por convenção ou acordo coletivo. Mesmo havendo prejuízos ou motivo de força maior, o salário não poderá ser reduzido unilateralmente pelo empregador.<sup>(2)</sup> Cessados os efeitos decorrentes do motivo de força maior, é garantido o restabelecimento dos salários reduzidos.

#### 4. Férias coletivas

As empresas poderão conceder férias coletivas aos empregados. Já houve uma escola de ensino médio que assim o fez.

Durante o estado de calamidade pública, o empregador poderá, a seu critério, conceder férias coletivas e deverá notificar o conjunto de empregados afetados com antecedência de, no mínimo, 48 horas, não sendo aplicáveis o limite máximo de períodos anuais e o limite mínimo de dias corridos previstos na CLT (art. 11 da Medida Provisória n. 927).

Não é preciso fazer a comunicação prévia ao órgão local do Ministério da Economia e a comunicação aos sindicatos representativos da categoria profissional, de que trata o art. 139 da CLT.

#### 5. Férias individuais

As férias individuais poderão ser antecipadas com antecedência de, no mínimo, 48 horas, mediante documento escrito ou por meio eletrônico. Será indicado o período a ser gozado pelo empregado (art. 6º da Medida Provisória n. 927).

As férias:

I — não poderão ser gozadas em períodos inferiores a cinco dias corridos; e

II — poderão ser concedidas por ato do empregador, ainda que o período aquisitivo a elas relativo não tenha transcorrido.

Empregado e empregador poderão negociar a antecipação de períodos futuros de férias, mediante acordo individual escrito. Não precisa ser por meio de acordo coletivo.

Durante o estado de calamidade, o empregador poderá suspender as férias ou licenças não remuneradas dos profissionais da área de saúde ou daqueles que desempenhem funções essenciais, mediante comunicação formal da decisão ao trabalhador, por escrito ou por meio eletrônico, preferencialmente com antecedência de 48 horas (art. 7º). Não poderá ser comunicado verbal ou tácita.

Para as férias concedidas durante o estado de calamidade pública, o empregador poderá optar por efetuar o pagamento do adicional de um terço de férias após sua concessão, até a data em que é devida a gratificação natalina prevista no art. 1º da Lei n. 4.749/65 (art. 8º). O eventual requerimento por

parte do empregado de conversão de um terço de férias em abono pecuniário estará sujeito à concordância do empregador.

O pagamento da remuneração das férias concedidas em razão do estado de calamidade pública poderá ser efetuado até o quinto dia útil do mês subsequente ao início do gozo das férias. Não é aplicável o disposto no art. 145 da CLT, que exige o pagamento do salário das férias dois dias antes do seu início.

Na hipótese de dispensa do empregado, o empregador pagará, juntamente com o pagamento das verbas rescisórias, os valores ainda não adimplidos relativos às férias.

#### 6. Compensação e banco de horas

Dispõe o art. 14 da Medida Provisória n. 927:

“Art. 14. Durante o estado de calamidade pública que se refere o art. 1º, ficam autorizadas a interrupção das atividades pelo empregador e a constituição de regime especial de compensação de jornada, por meio de banco de horas, em favor do empregador ou do empregado, estabelecido por meio de acordo coletivo ou individual formal, para a compensação no prazo de até dezoito meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública.

§ 1º A compensação de tempo para recuperação do período interrompido poderá ser feita mediante prorrogação de jornada em até duas horas, que não poderá exceder dez horas diárias.

§ 2º A compensação do saldo de horas poderá ser determinada pelo empregador independentemente de convenção coletiva ou acordo individual ou coletivo”.

Acordo de compensação de horas é o ajuste feito entre empregado e empregador para que o primeiro trabalhe mais horas em determinado dia para prestar serviços em número de horas inferior ao normal em outros dias.<sup>(3)</sup>

Faz referência o art. 14 a acordo individual formal. Formal significa evidente, explícito. Deveria ser por escrito. Não pode ser, portanto, tácito. O acordo verbal é uma forma. Melhor seria se fosse escrito, para evitar qualquer dúvida.

O inciso XIII do art. 7º da Constituição trouxe dúvida se o acordo de compensação nele contido é acordo individual ou coletivo. Sua redação é a seguinte: “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”.

A interpretação sistemática leva o intérprete a entender que se trata de acordo individual.

Dispõe o inciso VI do art. 7º da Constituição: “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em

(2) MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 652.

(3) MARTINS, Sergio Pinto Martins. *Manual de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 230; *Direito do trabalho. Coleção Fundamentos* 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 162.

convenção ou acordo coletivo”. Nota-se que aqui é expressa a menção ao acordo coletivo.

Reza o inciso XIV do art. 7º da Lei Maior: “jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva”. Usa o inciso XIV do art. 7º da Lei Magna um sinônimo para permitir a jornada superior a seis horas nos turnos ininterruptos de revezamento: “negociação coletiva”, que importa em convenção ou acordo coletivo.<sup>(4)</sup>

Reconhece o inciso XXVI do art. 7º da Lei Maior as convenções e os acordos coletivos.

Por essa interpretação, se o constituinte usou a expressão “acordo ou convenção coletiva”, é sinal que queria que o acordo fosse individual. Do contrário, usaria a frase invertida: “convenção ou acordo coletivo”, em que o acordo seria necessariamente coletivo.

A interpretação gramatical do inciso XIII do art. 7º da Constituição não é pacífica entre os especialistas, havendo posições em um sentido e em outro.

Entendo que o adjetivo *coletiva*, qualificando o substantivo *convenção*, diz respeito tanto à convenção como ao acordo, até mesmo em razão da conjunção *ou* empregada no texto, que mostra a alternatividade tanto da convenção como do acordo serem coletivos. A palavra *coletiva* deve concordar com a palavra imediatamente anterior, que é feminina, mas aquela se refere também ao acordo. Por esse raciocínio, o acordo deve ser coletivo e não individual.

O filólogo Celso Cunha, que fez a revisão gramatical da Constituição, entende que a última palavra numa frase deve concordar com a anterior, se esta for feminina.<sup>(5)</sup> É seu o exemplo: “Estudo o idioma e a literatura portuguesa.” No mesmo sentido, a lição de Napoleão Mendes de Almeida<sup>(6)</sup>: “Coragem e disciplina digna de granadeiros.” Sá Nunes<sup>(7)</sup> mostra o mesmo tipo de exemplo: “Foi o pobre homem ao convite no dia e hora assinada.” A. M. de Souza e Silva<sup>(8)</sup> emprega exemplo semelhante: “O exército e a marinha brasileira.” Rodrigues Lapa<sup>(9)</sup> indica os seguintes exemplos: “Isso requer estudo e paciência demorada;” “O estudo e a profissão monástica.”

Na verdade, o que o constituinte pretendeu foi apresentar sinônimos para as mesmas expressões. Por isso usou a expressão “acordo ou convenção coletiva” no inciso XIII do art. 7º, “negociação coletiva” no inciso XIV do art. 7º, “convenção e acordo

coletivo” no inciso VI do art. 7º e “convenção e acordo coletivo”, no inciso XXVI do mesmo artigo. O objetivo do constituinte foi de não ser repetitivo, não empregando expressões repetidas, adotando variações ou sinônimos.

Com base nessa orientação, já seria possível dizer que o constituinte, ao falar em acordo, quis se referir a acordo coletivo e não a acordo escrito ou individual, até mesmo para prestigiar a participação dos sindicatos nas negociações coletivas (art. 8º, VI, da Constituição).

Se o empregado pactuar, mediante acordo individual com o empregador, a compensação do horário de trabalho, terá o segundo de pagar como extras as horas trabalhadas além da oitava diária, pois a compensação de horários somente pode ser feita por acordo coletivo ou por convenção coletiva de trabalho, nunca por acordo individual.

A Súmula 85, II, do TST afirma que é válido o acordo individual para compensação de horas, salvo se houver norma coletiva em sentido contrário.

O STF entendeu que a jornada 12 x 36 do bombeiro é válida mediante negociação coletiva. O pedido da ação direta de inconstitucionalidade foi rejeitado (STF, Pleno, ADIn n. 4.842, Min. Edson Fachin, DJE 14.9.2016), mas foi proposto de forma errada, pois questionava a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.901/2009 em relação ao direito à saúde previsto no art. 196 da Constituição. Não foi examinado expressamente o inciso XIII do art. 7º da Constituição.

Não examinou o STF se a palavra *acordo* contida no final do inciso XIII do art. 7º da Constituição é acordo individual ou coletivo. Cabe a ele dar a palavra final sobre a matéria, que é constitucional.

## 7. Aproveitamento e antecipação de feriados

Durante o estado de calamidade pública, os empregadores poderão antecipar o gozo de feriados não religiosos federais, estaduais, distritais e municipais e deverão notificar, por escrito ou por meio eletrônico, o conjunto de empregados beneficiados com antecedência de, no mínimo, 48 horas, mediante indicação expressa dos feriados aproveitados (art. 13 da Medida Provisória n. 927/20). Não poderão ser antecipados feriados religiosos, como, por exemplo, sexta-feira da Paixão (art. 2º da Lei n. 9.093/95) Páscoa, Nossa Senhora (12 de outubro), Natal, etc. Poderão ser antecipados Tiradentes (21 de abril), Independência (7 de setembro), etc.

Os feriados poderão ser utilizados para compensação do saldo em banco de horas.

O aproveitamento de feriados religiosos dependerá de concordância do empregado, mediante manifestação em acordo individual escrito. O acordo não poderá ser verbal ou tácito.

O que parece estranho é que já não se trabalha em dias de feriados. Logo, não haveria compensação. A compensação diz respeito aos dias-ponte entre os

(4) MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do trabalho*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 814.

(5) CUNHA, Celso. *Gramática moderna*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1970, p. 130.

(6) ALMEIDA, Napoleão Mendes. *Gramática metódica da língua portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 413.

(7) NUNES, Sá. *Língua vernácula*. Porto Alegre: Globo, 1938. p. 237.

(8) SILVA, A. M. de Souza e. *Dificuldades sintáticas e flexionais*. Rio de Janeiro: Simões, 1958, p. 24.

(9) LAPA, Rodrigues. *Estatística da língua portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 228.

feriados, como a sexta-feira do feriado que cai na quinta-feira, da segunda-feira do feriado que cai na terça-feira.

O inciso XI do art. 611-A da CLT também permite a troca de feriado por meio de convenção ou acordo coletivo. Seria trabalhar no feriado para não trabalhar em outro dia ou compensar os dias-ponte.

## 8. Suspensão

As partes do contrato de trabalho poderiam estabelecer a suspensão dos seus efeitos no período de contágio do vírus. O empregador não pagaria salário. Valeria o que fosse acordado entre as partes. Essa hipótese não parece que vai ocorrer. O empregado não pode ficar sem receber nada, pois vive com seu salário e também tem compromissos a pagar e sua remuneração impulsiona o comércio.

## 9. Suspensão para qualificação profissional

A suspensão dos efeitos do contrato de trabalho para fins de qualificação profissional é prevista no art. 476-A da CLT.

Pode ser feita pelo prazo de dois a cinco meses.

Exige que seja estabelecida por convenção ou acordo coletivo. Não pode ser feita por acordo individual.

Os efeitos do contrato de trabalho não poderão ficar suspensos por mais de 16 meses (§ 2º do art. 476-A da CLT).

O empregado receberá os benefícios que forem estabelecidos na norma coletiva, como, por exemplo, ticket alimentação, cesta básica, manutenção de plano médico, etc. Receberá ainda prestações do FAT iguais as do seguro-desemprego.

Nessa modalidade, a suspensão tem de ser para qualificação profissional. Se o empregado não vai fazer qualificação profissional, não pode haver a suspensão dos efeitos do contrato de trabalho com base no art. 476-A da CLT.

## 10. Fechamento da empresa por conta do empregador

Outra hipótese seria o empregador fechar seu estabelecimento ou estar impedido de trabalhar e não tomar providências legais. Para o empregado, o fechamento é risco do empreendimento (art. 2º da CLT). O empregador assume os riscos da sua atividade econômica. Logo, tem de pagar os salários dos empregados, mesmo que eles não trabalhem no período.

Escolas têm feito isso, pois há circulação de muitas pessoas por dia. Na USP transitam por volta de 100.000 pessoas diariamente no seu campus do Butantã. No Mackenzie circulam mais de 45.000 pessoas por dia no campus da rua Maria Antonia. É quase o dobro de uma cidade pequena de 25.000 habitantes, como Serra Negra ou Campos do Jordão (SP).

As instituições de ensino vão provavelmente prorrogar o semestre letivo, dependendo do tempo em

que os *campi* ficarem fechados. A prorrogação não poderá adentrar o período de férias, salvo para a realização de exames (§ 2º do art. 322 da CLT).

## 11. Quarentena

Se houver necessidade de quarentena e isolamento, as faltas serão consideradas justificadas ao serviço público ou à atividade laboral privada no período de ausência decorrente das referidas medidas (§ 3º do art. 3º da Lei n. 13.979/20). Se são faltas justificadas, deve haver o pagamento do salário.

## 12. Doença

Caso o empregado fique doente com o Coronavírus e tenha de ficar afastado, o empregador deve pagar os 15 primeiros dias de trabalho (§ 3º do art. 60 da Lei n. 8.213/91). Será um período de interrupção dos efeitos do contrato de trabalho.

A partir do 16º dia de afastamento em razão da instalação da gripe do Coronavírus, haverá concessão de auxílio-doença comum (art. 60 da Lei n. 8.213/91). Será um período de suspensão dos efeitos do contrato de trabalho.

Talvez seria possível liberar o FGTS em razão da doença ter se tornado calamidade pública (art. 20, XVI, a, da Lei n. 8.036/90).

## 13. Fato do príncipe

Caso haja dispensas em virtude da decretação de calamidade pública feita por ato do governo municipal ou estadual ou dos dois ao mesmo tempo será possível questionar a matéria sob o ângulo do fato do príncipe.

Fato do príncipe é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível<sup>(10)</sup> praticada pelo Estado. Obriga o Poder Público a compensar integralmente os prejuízos suportados pela outra parte.<sup>(11)</sup> A Administração não pode causar danos ou prejuízos aos administrados, ainda que em benefício da coletividade. Quando isso ocorre, surge a obrigação de indenizar.<sup>(12)</sup>

No caso da paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato da autoridade municipal ou estadual ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável (art. 486 da CLT). A paralisação do empregador poderá ser temporária ou implicar o fechamento da empresa por ato do governo com o decreto de calamidade pública, que impossibilita a continuação da atividade, por falta de clientes e impossibilidade de pagar empregados

(10) MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 222.

(11) MEIRELLES, *op. cit.*, p. 222.

(12) *Idem*, p. 223.

e fornecedores. Caracteriza o fato de príncipe, pois o fechamento do estabelecimento foi determinado pelo Município ou pelo Estado. A indenização é a por tempo de serviço (arts. 478, 496 e 497 da CLT) e de 40% sobre os depósitos do FGTS. Elas ficariam por conta do Poder Público.

#### 14. Força maior

Força maior é todo o acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente (art. 500 da CLT). O caso é de força maior, pois a doença se propagou rapidamente de forma imprevisível em relação ao qual o empregador não concorreu.

Entretanto, na força maior a indenização de 40% seria devida pela metade, desde que reconhecida pela Justiça do Trabalho (§ 2º do art. 18 da Lei n. 8.036/90), assim como eventual indenização do art. 478 da CLT.

Agora já se fala em dispensa de trabalhadores.

#### 15. Aplicabilidade

As disposições da Medida Provisória n. 927 são aplicadas:

I — às relações de trabalho regidas:

a) pela Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, (trabalho temporário e terceirização); e

b) pela Lei n. 5.889, de 8 de junho de 1973 (trabalho rural);

II — no que couber, às relações regidas pela Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015 (emprego doméstico), tais como jornada, banco de horas e férias.

#### 16. Diferimento do pagamento do FGTS

Fica suspensa a exigibilidade do recolhimento do FGTS pelos empregadores, referente às competências de março, abril e maio de 2020, com vencimento em abril, maio e junho de 2020, respectivamente (art. 19 da Medida Provisória n. 927/2020).

O recolhimento das competências de março, abril e maio de 2020 poderá ser realizado de forma parcelada, sem a incidência da atualização, da multa e dos encargos previstos no art. 22 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990 (art. 20 da Medida Provisória n. 927). O pagamento das obrigações referentes às competências mencionadas será quitado em até seis parcelas mensais, com vencimento no sétimo dia de cada mês, a partir de julho de 2020.

Na hipótese de rescisão do contrato de trabalho, a suspensão prevista no art. 19 ficará resolvida e o empregador ficará obrigado (art. 21 da Medida Provisória n. 927):

I — ao recolhimento dos valores correspondentes, sem incidência da multa e dos encargos devidos nos termos do disposto no art. 22 da Lei n. 8.036, de 1990,

caso seja efetuado dentro do prazo legal estabelecido para sua realização; e

II — ao depósito dos valores previstos no art. 18 da Lei n. 8.036, de 1990.

Fica suspensa a contagem do prazo prescricional dos débitos relativos a contribuições do FGTS pelo prazo de 120 dias, contado da data de entrada em vigor desta Medida Provisória (art. 23 da Medida Provisória n. 927/20).

#### 17. Medida provisória

A situação atual é relevante e urgente para se editar medida provisória. É relevante, importante, indispensável, fundamental, essencial, diante da pandemia do Coronavírus e urgente, de emergência, em razão da propagação da doença e das mortes que poderão ocorrer. Não pode ser feita mais para frente, sob pena de se infectarem muitas pessoas e morrerem também muitas pessoas. Atende a Medida Provisória n. 927/20 os requisitos de urgência e relevância contidos no art. 62 da Constituição. Aliás, não parece que existe situação mais relevante e urgente do que esta para se utilizar de medida provisória. A medida é, portanto, formalmente constitucional.

O art. 18 da Medida Provisória n. 927 foi revogado pela Medida Provisória n. 928.

O STF julgou: “Já se firmou a jurisprudência desta Corte (assim, nas ADI n. 1.204 MC, 1.370 MC e 1.636 MC) no sentido de que, quando medida provisória ainda pendente de apreciação pelo Congresso Nacional é revogada por outra, fica suspensa a eficácia da que foi objeto de revogação até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória revogadora, a qual, se convertida em lei, tornará definitiva a revogação; se não o for, retomará os seus efeitos a medida provisória revogada pelo período que ainda lhe restava para vigorar” (ADI n. 1.665 MC, Rel. Min. Moreira Alves, j. 27.11.97, DJ de 8.5.1998).

A revogação do art. 18 da Medida Provisória n. 927/20 traz a consequência de se considerar suspensão da Medida Provisória n. 927/2020, segundo o julgamento do STF.

Traz, assim, insegurança jurídica a revogação do art. 18 da Medida Provisória n. 927/2020 pela Medida Provisória n. 928, segundo o entendimento do STF.

#### 18. Conclusão

Já foram ajuizadas ações diretas de inconstitucionalidade contra a Medida Provisória n. 927/20 pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), ADIn n. 6.342; e Rede Solidarietà, ADIn 6.344 (Rel. Min. Marco Aurélio), nesta questionando o acordo de compensação não poder ser individual.

A experiência da indústria automobilística parece ser importante nesse momento. Antes de dispensar o empregado deve-se conceder férias coletivas, reduzir jornada e salário mediante negociação coletiva,

estabelecer suspensão dos efeitos para qualificação profissional.

Há, contudo, notícias de Sindicatos que estão se negando a negociar condições de trabalho. A solução é a aplicação do § 1º do art. 617 da CLT. Se o Sindicato de empregados for intimado e não fizer a negociação em 8 dias, os interessados poderão dar ciência à Federação e, na falta desta, à Confederação, para assumirem a direção da negociação. Esgotado o prazo, poderão os interessados prosseguir diretamente na negociação coletiva até o final.

O turismo, empresas aéreas, de cruzeiros em navio, etc. estão sendo prejudicadas, pois as pessoas não querem viajar com medo de se infectarem. Azul reduz 70% das suas viagens. Algumas dessas empresas já estão dizendo que não vão pagar seus prestadores de serviços, como assistência médica.

Pode haver uma quebradeira de empresas, principalmente de pequenas empresas.

Apesar de se falar em Estado mínimo, o Estado tem de intervir neste momento para evitar as dispensas dos empregados ou prestadores de serviços, a falência das empresas e assegurar remuneração aos trabalhadores. A questão é de Direitos Fundamentais, de direito à saúde (arts. 6º e 196 da Constituição) e do direito à vida das pessoas (art. 5º da Constituição), que deve ser observado em primeiro lugar.

Os Estados Unidos aprovaram pacote de US\$ 2 trilhões para ajudar empresas e trabalhadores<sup>(13)</sup>

Poderia ocorrer de o governo isentar os contribuintes de determinados tributos ou prorrogar a data de pagamento desses tributos, como foi feito em relação ao FGTS pela Medida Provisória n. 927.

Fala-se no Estado fazer o pagamento de parte dos salários dos empregados ou de valores a informais para que eles possam sobreviver durante o Estado de calamidade decorrente do Coronavírus (Portugal, Espanha, Inglaterra). Nos países de língua

inglesa fala-se em *helicopter money*, ou seja, jogar dinheiro do helicóptero para ajudar a população a poder sobreviver.

Em determinados países haverá a concessão de empréstimos subsidiados por meio do sistema financeiro.

Haverá também uma recessão econômica por força do vírus. O Produto Interno Bruto do país vai diminuir. Alguns dizem que será até negativo.

A bolsa teve resultados negativos na semana de 9 a 23 de março de 2019. O dólar está cotado a mais de R\$ 5,00.

Eis as minhas primeiras impressões sobre o tema.

## Referências

- ALMEIDA, Napoleão Mendes. *Gramática metódica da língua portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1967.
- CUNHA, Celso. *Gramática moderna*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1970.
- LAPA, Rodrigues. *Estatística da língua portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 228.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- \_\_\_\_\_. *Direito do trabalho*. Coleção Fundamentos 21. ed. São Paulo: Saraiva
- \_\_\_\_\_. *Direito do trabalho*. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- \_\_\_\_\_. *Flexibilização de condições de trabalho*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- NUNES, Sá. *Língua vernácula*. Porto Alegre: Globo, 1938.
- SILVA, A. M. de Souza e. *Dificuldades sintáticas e flexionais*. Rio de Janeiro: Simões, 1958.

(13) O Globo de 25 de março de 2020.

# COVID-19 E OS IMPACTOS SOBRE OS PRAZOS DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA TRABALHISTAS

*COVID-19 and impacts on labor prescription and decadence deadlines*

Fausto Siqueira Gaia (\*)

Camila Miranda de Moraes (\*\*)

**RESUMO:** A declaração de pandemia realizada pela Organização Mundial da Saúde da COVID-19 e a transmissão comunitária do vírus exigiram dos governos locais a adoção de medidas tendentes ao controle da disseminação da doença no mundo. Um dos instrumentos utilizados para evitar o alastramento do vírus é a adoção do isolamento social das pessoas em suas residências. O presente artigo objetiva investigar os impactos das medidas governamentais adotadas, em especial o isolamento da sociedade, sobre a fluência dos prazos prescricionais e decadenciais trabalhistas. Investigar-se-á se, diante desse cenário social e da adoção do processo judicial eletrônico na Justiça do Trabalho, a possibilidade de reconhecimento ou não da suspensão ou da interrupção dos prazos prescricionais e decadenciais trabalhistas.

**PALAVRAS-CHAVE:** COVID-19. Prazos. Prescrição. Decadência.

**ABSTRACT:** The pandemic declaration made by the World Health Organization of COVID-19 and the community transmission of the virus required local governments to adopt measures to control the spread of the disease. One of the measures used for control is the adoption of social isolation, which means that people should avoid contact with others by staying indoors. This article aims to investigate the impacts of the governmental measures adopted, especially the isolation from society, on the fluency of prescriptive and decadential labor terms. It will be investigated whether, in view of this social scenario and the adoption of the electronic judicial process in the Labor Court, it's possible to recognize or not the suspension or interruption of deadlines for legal action.

**KEYWORDS:** COVID-19. Deadlines. Prescription. Decadence.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A norma jurídica como produto do fato social. 2. A prescrição e a decadência em matéria trabalhista. 3. Os prazos prescricionais e suas características. 4. Impactos da COVID-19 na fluência dos prazos prescricionais e decadenciais trabalhistas. Conclusão. Referências.

## Introdução

A Organização Mundial da Saúde declarou em 11 de março de 2020 a existência de pandemia da COVID-19. O alastramento do vírus aos rincões do mundo demandou dos Estados a adoção de medidas sanitárias com o objetivo de reduzir a disseminação da doença. Entre os instrumentos adotados para reduzir a disseminação comunitária do vírus da gripe e permitir que as unidades de saúde possam se preparar para atender a população infectada está o isolamento social e o estímulo à realização do *home-office* e do teletrabalho para atividades de cunho administrativo.

Os Estados e os Municípios brasileiros passaram, em sua grande parte, por meio de atos normativos, a orientar a população para que as pessoas realizassem

o isolamento social, de modo a evitar ou mesmo mitigar o contágio. Associadas às medidas de isolamento domiciliar, foi determinado em diversos entes da federação o fechamento do comércio e de outras atividades empresariais. Essas medidas ensejaram a redução significativa do trânsito de pessoas nas cidades brasileiras.

Diante desse novo cenário social e da adoção pela Justiça do Trabalho do processo judicial eletrônico, o presente artigo científico tem como objetivo responder à seguinte pergunta: quais são os impactos da adoção pelos governos estaduais e municipais de medidas de isolamento social e de restrição de circulação das pessoas sobre os prazos prescricionais e decadenciais trabalhistas?

A pesquisa científica tem como marcos teóricos a teoria tridimensional do direito e a teoria estruturante da norma jurídica desenvolvidas, respectivamente, por Miguel Reale e por Friedrich Müller. A concepção da norma jurídica como resultante da tensão dialética entre os fatos e valores sociais e a noção de que os dados da realidade contribuem para o processo construtivo do texto da norma interpretado permitirão estabelecer a possibilidade de reconhecer a existência

(\*) Doutor em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região.

(\*\*) Doutora em Direito do Trabalho pela PUC-SP. Mestre em Direito Constitucional pela UNIFOR/CE. Juíza do Trabalho Titular no Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região.



ou não de suspensão dos prazos prescricionais e decadenciais trabalhistas.

Delimitados os marcos teóricos na primeira parte do trabalho, serão posteriormente estudados os institutos da prescrição e da decadência, estabelecendo os seus critérios distintivos, especialmente quanto aos prazos e à possibilidade de suspensão e de interrupção de sua contagem no Direito do Trabalho. Por fim, será analisado se a adoção do sistema de processo judicial eletrônico pela Justiça do Trabalho pode servir como fator impeditivo à construção de norma jurídica que contemple o isolamento social como causa de suspensão dos prazos prescricionais e decadenciais.

### 1. A norma jurídica como produto do fato social

O positivismo jurídico normativo, ao propor desvencilhar-se da realidade do mundo dos fatos em nome de um purismo metodológico com a separação entre as esferas de ser e do dever-ser, imprimiu à ciência jurídica um caráter avalorativo, que resultou incapaz de responder às demandas apresentadas pela sociedade da pós-modernidade, marcada pela massificação dos conflitos de interesses<sup>(1)</sup>.

Direito e realidade são influenciáveis entre si<sup>(2)</sup>. Não se pode conceber a norma jurídica afastada do cenário fático que pretende regular<sup>(3)</sup>. O método silogístico de aplicação estática do direito ao caso concreto, típico do modelo do positivismo jurídico, revela a sua insuficiência para a solução dos conflitos da sociedade contemporânea.

Sob esse panorama, marcado pela centralidade da Constituição e pela necessidade de aproximação entre direito e realidade, o pós-positivismo jurídico traz, dentre as suas principais características, a possibilidade do órgão julgador constituir a norma jurídica no caso em concreto<sup>(4)</sup>, distinguindo-se sobremaneira do modelo jusfilosófico anterior que concebia a norma jurídica, confundida com o texto legal, como algo pronto e estático após a elaboração legislativa.

O ordenamento jurídico é constituído no plano normativo pela organização sistemática e harmonizada de regras, princípios e cláusulas gerais. Desempenham esses elementos estruturantes do sistema jurídico o papel de normatizar as relações sociais, estabelecendo comportamentos permitidos, proibidos ou mesmo obrigatórios. Em razão desse espectro característico, alguns autores compreendem o

ordenamento jurídico como sendo representado simplesmente por “um conjunto de normas”<sup>(5)</sup>.

Merece atenção nesse momento estabelecer a extensão do conteúdo das normas jurídicas, ante a eventual confusão que pode ser estabelecida com as suas formas de manifestação. Compreendemos que as normas jurídicas são frutos da atividade hermenêutica do intérprete, construídas a partir da sua matéria-prima que é representada pelas regras, pelos princípios jurídicos, pelas cláusulas gerais e pelos próprios valores e fatos sociais que vigem em determinada sociedade em dado momento histórico. A norma jurídica inexistente de forma apriorística, ou seja, somente pode ser conformada diante dos dados da realidade.

As normas jurídicas são variáveis no tempo e no espaço e não se confundem com as regras, os princípios e as cláusulas gerais, embora estes últimos sirvam como elementos que permitam estabelecer o seu conteúdo e seus limites. O texto normativo constitui apenas o ponto de partida na atividade de construção da norma jurídica propriamente dita. A construção da norma jurídica é um processo dinâmico e evolutivo, que aproxima o direito dos fatos denominados fatos sociais. Isso explica porque Friedrich Müller afirma que um dos equívocos na compreensão da norma jurídica é entendê-la como algo pré-existente e divorciada da realidade social<sup>(6)</sup>.

A norma jurídica é resultado da tensão dos fatos e dos valores sociais em determinada época. Segundo Maria Helena Diniz, o papel da autoridade responsável é apenas o de declarar “a norma jurídica, induzindo-a dos fatos, das relações objetivas exteriores e, uma vez declarada, ela adquire vida própria, destacando-se da vontade de quem a estabeleceu e vive acompanhando as vicissitudes da vida social, já que para este fim existe”<sup>(7)</sup>.

A norma jurídica é produto de uma dada sociedade e é marcada pela volatilidade no tempo e no espaço. Não se quer com isso afirmar que ela seja um fenômeno efêmero ou transitório ou mesmo que a sua interpretação possa ser por demasiado elástica, sob pena de rompimento da ordem<sup>(8)</sup>. Entende-se que a construção normativa somente pode se dar associada aos fatos e aos valores sociais em determinada época. A norma jurídica representa a síntese da tensão dialética entre os fatos e valores juridicamente relevantes.

(1) GAIA, Fausto Siqueira. Tutela inibitória de ofício e a proteção do meio ambiente do trabalho: limites e possibilidades da atuação jurisdicional. São Paulo: LTr, 2015, p. 48-49.

(2) ZIPPELIUS, Reinhold. Filosofia do direito. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83.

(3) MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 11.

(4) FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.

(5) BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Edunb, 1994, p. 31.

(6) MÜLLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 19.

(7) DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363.

(8) REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 127.

O elemento factual e os valores sociais constituem elementos que devem ser obrigatoriamente considerados pelo intérprete no momento da construção da norma jurídica. A inclusão desses dados permite que a concepção de direito não seja restrita apenas ao texto normativo emanado pelo legislador. A relação entre os fatos e os valores sociais é inter-relacional e, portanto, tais elementos estão em constante tensionamento. O tridimensionalismo teórico desenvolvido por Miguel Reale reconhece os elementos fáticos, axiológicos e normativos do direito como sendo integrantes e, entre si, indissociáveis<sup>(9)</sup>. Não se pode conceber as normas jurídicas divorciadas dos fatos e dos valores sociais.

Os fatos sociais conferem tónus de realidade ao direito construído pelo intérprete, tornando mais próxima a relação com a sociedade. A inclusão do elemento fático na construção da norma jurídica assegura, além da proximidade social, a atualidade da atividade hermenêutica realizada pelo intérprete, sem a necessidade de constante renovação da produção legislativa. A edição sucessiva e em curto prazo de textos normativos traz de certo modo insegurança às relações sociais que visa regulamentar, mitigando o caráter de previsibilidade do direito.

Os valores sociais introduzem, por sua vez, o conteúdo ético ao direito. O elemento axiológico deve ser analisado, conforme ensina Miguel Reale, em dupla perspectiva: uma transcendental da história do direito e outra positiva ou empírica<sup>(10)</sup>. Aquele aspecto tem por objetivo perquirir as opções de sentido e de realização do que é justo. Já a análise no cenário empírico pretende construir modelos de comportamento futuro.

A inclusão do elemento valorativo no conteúdo da norma permite estabelecer que o Direito contenha uma substância ética que transcende o próprio texto da lei elaborado pelo legislador. O elemento axiológico assegura que o jurista se valha da norma para “expressar o que deve ou não deve ser feito para a realização de um valor ou impedir a ocorrência de um desvalor”<sup>(11)</sup>. No caso do Direito do Trabalho, o valor principal é a proteção do trabalhador. Esta direção deve ser observada pelo intérprete na compreensão dos institutos jurídicos tutelares do trabalho humano subordinado.

A teoria tridimensional do direito desenvolvida por Miguel Reale reconhece a existência de uma estrutura dinâmica da norma jurídica, representada pelo resultado da tensão constante entre os elementos factuais e valorativos. Esses elementos constitutivos do direito variam no tempo e no espaço. O resultado dessa compreensão do fenômeno normativo impõe ao intérprete, diante do texto legal, valer-se dos elementos fáticos e axiológicos vigentes no momento

da aplicação do direito. Os fatos e os valores sociais devem ser contemporizados na atividade construtiva da norma jurídica pelo intérprete autêntico. Como assinala Livia Mendes Moreira Miraglia, o “Direito do Trabalho deve refletir a realidade social de determinada época, pois só assim é capaz de ser instrumento efetivo de justiça social”<sup>(12)</sup>.

Reconhece-se, assim, que os fatos e valores sociais devem ser considerados na atividade compreensiva dos institutos jurídicos do direito do trabalho, dentre eles a prescrição e a decadência. Analisaremos, a seguir, os institutos da prescrição e da decadência, estabelecendo a sua distinção, contagem de prazos e possibilidades de suspensão e de interrupção.

## 2. A prescrição e a decadência em matéria trabalhista

A segurança nas relações jurídicas é um dos valores tutelados pelo ordenamento jurídico. A Constituição da República elevou à categoria de cláusulas pétreas diversos institutos jurídicos relacionados à segurança jurídica, dentre eles a coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI) e a prescrição (art. 7º, XXIX). Interessa-nos, no presente estudo, a análise da prescrição e da decadência.

Os institutos da prescrição e da decadência objetivam, respectivamente, estabelecer limites temporais para o exercício de um direito, assegurado por lei ou decorrente da vontade manifestada pelas partes nos negócios jurídicos em geral. A ausência normativa de prazos prescricionais e decadenciais perpetuariam os conflitos gerando instabilidade social.

Apesar do elemento temporal ser o ponto em comum desses institutos jurídicos, a prescrição e a decadência não se confundem. Diversos foram os critérios apresentados pela Ciência do Direito para distinguir a prescrição e a decadência. Uma das principais contribuições científicas para essa diferenciação foi apresentada por Agnelo Amorim Filho, professor da Universidade Federal da Paraíba, que diferenciou os institutos a partir das categorias direitos subjetivos e direitos potestativos e dos tipos de ações necessárias para o seu exercício,<sup>(13)</sup> superando distinções tradicionais que realizavam a distinção a partir de suas consequências jurídicas<sup>(14)</sup>.

(12) MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. A terceirização trabalhista no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 70.

(13) AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 300, out. 1960, p. 7-37.

(14) Em posição clássica, a prescrição e a decadência se distinguem pelo fato de que na primeira a parte perderia a exigibilidade do direito, ao passo que nesta haveria a perda do direito em si, ambas em razão do decurso do prazo. Segundo Agnelo Amorim Filho esta distinção se equivoca por proceder a diferenciação entre os institutos jurídicos a partir de suas consequências. Câmara Leal propõe, por sua vez, a distinção entre os institutos ao reconhecer como prescricionais os prazos estabelecidos por lei para que uma das partes possa exercer o direito de ação que protege um direito, ao passo que seriam decadenciais os prazos fixados para que se possa exercer o próprio direito em si. Nesse sentido, vide: LEAL, Antônio Luís da Câmara.

(9) REALE, Miguel. Teoria tridimensional do direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 53.

(10) *Ibid.*, p. 13.

(11) *Ibid.*, p. 125.

Os direitos subjetivos podem ser definidos como faculdades ou prerrogativas decorrentes do ordenamento jurídico ou da vontade das partes, e que são pertencentes aos sujeitos de direito<sup>(15)</sup>. Os direitos subjetivos são, portanto, direitos relacionais e prestaionais que demandam a atuação positiva ou negativa do sujeito de obrigações da relação jurídica.

Os direitos potestativos são definidos, por sua vez, como sendo poderes conferidos por lei a um sujeito de direito, capazes por si só ou por meio do exercício do direito de ação, de criar, modificar ou mesmo alterar a situação ou a posição jurídica de outrem, criando-lhe um estado de sujeição<sup>(16)</sup>. São, dessa forma, caracterizados como direitos exercidos unilateralmente e que não exigem uma prestação para serem exercitados.

Estabelecida a distinção entre essas categorias de direitos, tem-se que a exigibilidade dos direitos subjetivos nasce a partir do momento em que há a violação do direito por parte de terceiro, já que, como acima destacamos, se referem a direitos ligados a uma prestação devida por outrem (dar, fazer, não-fazer e pagar). Os direitos potestativos decorrem de ato unilateral de vontade de seu titular, sem que haja o concurso da vontade alheia para o exercício pelo titular.

Os direitos subjetivos são exercitados, em razão da natureza prestacional da obrigação subjacente, por meio de ações condenatórias, quando aquela não for cumprida espontaneamente pelo devedor do direito. Já os direitos potestativos podem ser exercidos pelo seu titular unilateralmente, como exemplifica, no âmbito do Direito do Trabalho, a dispensa imotivada do trabalhador não estável, ou dependem da atuação obrigatória estatal para que possam ser exercidos, a exemplo da dispensa por justa causa do dirigente sindical estável. No caso dos direitos potestativos, quando há a necessidade de atuação judicial para o seu exercício, tem-se que tais direitos são exercitados por meio das ações constitutivas, já que estas são técnicas processuais idôneas a criar, modificar ou extinguir as relações jurídicas.

Diante dessas distinções, tem-se que os direitos subjetivos nascem por ocasião da violação do direito por outrem, nascendo a pretensão do suposto titular do direito e, conseqüentemente, a possibilidade do exercício do direito de ação. Já os direitos potestativos não decorrem da violação do direito por outrem, já que podem ser exercidos independentemente da vontade alheia.

Agnelo Amorim Filho diferencia, assim, os prazos prescricionais dos decadenciais pelo fato daqueles relacionarem-se ao exercício dos chamados “direitos subjetivos” em que são, conseqüentemente, exercidas as suas pretensões por intermédio das ações

condenatórias. A *contrario sensu*, estaremos diante de prazos decadenciais, quando estiverem envolvidos os chamados direitos potestativos, que, quando exercidos mediante atuação estatal, são instrumentalizados por meio das ações constitutivas positivas ou negativas<sup>(17)</sup>.

A conseqüência jurídica do decurso do prazo estabelecido em lei é que, em se tratando de prazos prescricionais, tem-se a perda da pretensão jurídica, embora o direito permaneça intacto e possa ser adimplido espontaneamente pela parte contrária. Por sua vez, em se tratando de prazos decadenciais, a conseqüência jurídica para o não exercício do direito no prazo estipulado é a própria perda do direito em si.

O direito de ação, enquanto direito público, se refere a um direito subjetivo da parte de vir a Juízo requerer a prestação jurisdicional. Portanto, os prazos bienal e quinquenal para o exercício do direito de ação na Justiça do Trabalho são prazos prescricionais.

Estabelecida a distinção central entre os institutos jurídicos da prescrição e da decadência, faz-se necessário o estabelecimento de outras diferenciações realizadas pelo Código Civil Brasileiro, especialmente quanto à contagem dos prazos, indispensáveis ao objeto do nosso estudo.

### 3. Os prazos prescricionais e decadenciais e suas características

O Código Civil brasileiro estabeleceu, entre os artigos 189 e 211, distinções entre os institutos jurídicos da prescrição e da decadência. Em razão da delimitação do objeto de estudo, serão tratadas apenas as disposições normativas essenciais à compreensão dos impactos do isolamento social e de restrição para a circulação de pessoas impostos pelas autoridades sanitárias para o combate da disseminação do COVID-19 nos prazos prescricionais e decadenciais no âmbito trabalhista.

Como destacamos anteriormente, o instituto da prescrição está relacionado ao exercício de uma pretensão que é deduzida contra o Estado — titular da jurisdição — em face do suposto devedor do direito material. Diante da necessidade *a priori* da atuação estatal para o exercício do direito de ação, necessário se faz analisar o arcabouço normativo existente acerca da teoria geral da prescrição e da decadência.

Os prazos decadenciais são contínuos, não havendo interrupção ou suspensão do seu curso, ao contrário dos prazos prescricionais. Especificamente em relação aos incapazes para praticar atos da vida civil (art. 3º do Código Civil), o legislador ordinário de forma excepcional criou texto de norma específica impedindo a fluência dos prazos decadenciais em relação a estas pessoas.

Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 133-134.

(15) PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 34.

(16) AMORIM FILHO, Agnelo. *Op. cit.*, p. 10.

(17) AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 300, out. 1960, p. 7-37.

A opção do legislador em manter, como regra geral, a continuidade dos prazos decadenciais decorre da própria natureza jurídica do direito subjacente. Conforme pontuamos no item anterior desse trabalho, a decadência está relacionada ao exercício dos chamados direitos potestativos, ou seja, direitos que não demandam uma prestação de outrem para que possa existir e ser exercido.

Os prazos decadenciais podem ser conhecidos de ofício pelo Juiz, quando aqueles forem previstos em lei. A autorização para cognição *ex officio* na Justiça do Trabalho decorre da disposição expressa do art. 487, II, do Código de Processo Civil, aplicado supletivamente e subsidiariamente ao direito processual do trabalho por força do art. 15 do mesmo diploma processual. São excepcionados do conhecimento judicial sem provocação da parte interessada os prazos decadenciais criados por intermédio de negócios jurídicos.

Os prazos prescricionais objetivam, por sua vez, estabelecer limites temporais para o exercício da pretensão, em vista da garantia da segurança jurídica e da paz social em detrimento do valor justiça<sup>(18)</sup>. Os conflitos sociais não podem ter duração indefinida no tempo, daí porque são *ex lege* os prazos prescricionais e não podem sofrer alteração pela vontade das partes. Como vimos, a prescrição fulmina a pretensão da parte em vir a juízo buscar a reparação de um dano praticado por outrem e está diretamente relacionada a direitos subjetivos prestacionais.

Da mesma forma que nos prazos decadenciais legais, a prescrição pode ser conhecida de ofício pelo órgão julgador, diante da autorização dada pelos arts. 15 e 487, II, do Código de Processo Civil. No caso específico dos prazos prescricionais, o legislador ordinário estabeleceu em *numerus clausus* situações que impedem a fluência, que suspendem ou interrompem a sua contagem.

Por conta da delimitação do objeto de estudo, nos deteremos à análise específica do disposto nos arts. 198, II, 199, I e 202, I e II do Código Civil que tratam, respectivamente, dos ausentes do país para a prestação de serviços para a União, os Estados e os Municípios, da condição resolutiva como causa de impedimento à fluência da prescrição e do protesto judicial *lato sensu* interruptivo do prazo prescricional.

Dispõe o artigo 198, II do Código Civil que não fluirá o prazo de prescrição em relação às pessoas que se encontram fora do país realizando serviço público em favor dos entes federativos. A opção do legislador em reconhecer o bloqueio do curso do prazo prescricional decorre do fato de que as pessoas, em tais situações, encontram de certa forma limitações ao exercício do direito de ação.

O direito de ação para ser plenamente exercido pressupõe, excepcionadas as hipóteses de utilização do *ius postulandi*, a necessidade de constituição de

advogado para representar em juízo os seus interesses. A constituição de patrono para a defesa dos interesses exige que a parte possa se reunir com o seu representante antes mesmo de estar em juízo, inclusive para que possam ser estabelecidas as possíveis teses de atuação. As pessoas que se encontram no exterior prestando um serviço público em favor do país podem sofrer limitação ao exercício pleno do direito de ação. Justifica-se, nesse aspecto, a opção do legislador ordinário ao reconhecer que os prazos prescricionais não fluirão durante esse período.

Voltaremos, no capítulo subsequente desse artigo, a analisar essa hipótese legal por ocasião da análise sobre a possibilidade de aplicação, por analogia, desse dispositivo aos prazos prescricionais trabalhistas dos profissionais de saúde que se encontram na zona de frente ao combate da COVID-19.

O artigo 199, I do Código Civil estabelece, ainda, que não correrá o prazo prescricional enquanto pendente a condição suspensiva. O instituto jurídico da prescrição está relacionado aos chamados direitos subjetivos, que, em essência, são direitos prestacionais. As obrigações de dar, de fazer, de não-fazer e de pagar decorrem, em grande parte, de negócios jurídicos formados pela manifestação de vontade das partes. A mesma liberdade que as partes possuem para estabelecer os direitos e as obrigações nos negócios jurídicos em geral permitem o estabelecimento de condições, que podem ser suspensivas ou resolutivas.

As condições subordinam o efeito de um negócio jurídico ao acontecimento de um evento futuro e incerto. Serão resolutivas, à luz do que dispõe o art. 127 do Código Civil, aquelas condições negociadas pelas partes que, enquanto não se implementarem, fazem com que o negócio jurídico mantenha a produção de seus efeitos. As condições serão consideradas, por sua vez, suspensivas, quando a eficácia inicial do ato ou negócio jurídico esteja subordinada ao cumprimento da cláusula acessória<sup>(19)</sup> (art. 126 do Código Civil).

Decorre logicamente da distinção entre condições resolutivas e suspensivas a conclusão de que somente estas últimas impedem a fluência do prazo prescricional. E nem poderia ser diferente. Enquanto estiver pendente uma condição suspensiva, o negócio jurídico não produzirá efeitos e, conseqüentemente, não nascerá a pretensão da parte a uma prestação (princípio da *actio nata*). Situação diversa é a das condições resolutivas, que, por sua natureza, não impedem o exercício do direito.

Transportando as condições suspensivas para as relações de trabalho poder-se-ia concluir de forma açodada que a ocorrência das causas de suspensão do contrato de trabalho implicariam necessariamente a sustação da fluência dos prazos prescricionais trabalhistas. Este entendimento é, no entanto, manifestamente equivocado. As condições suspensivas são eventos futuros e incertos que impedem que o

(18) DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 297.

(19) MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. Código Civil Comentado. 2. ed. São Paulo: RT, 2018, p.200.

negócio jurídico produza os seus efeitos enquanto não implantadas no cenário fático.

Nas situações de suspensão do contrato de trabalho, em primeiro lugar tem-se que o contrato já iniciou a produção de seus efeitos, embora posteriormente tenha ocorrido a sustação de seus efeitos em razão da superveniência de algumas hipóteses legais. Além disso, é cediço na Ciência do Direito que, mesmo suspenso o contrato de trabalho, alguns efeitos jurídicos são produzidos como, por exemplo, os deveres das partes de guardar sigilo de informações a outra confiadas, o dever de não causar danos a outrem, dentre outros tantos. Tem-se, portanto, que a suspensão do contrato de trabalho não se confunde com as condições suspensivas de que trata o art. 126 do Código Civil e, conseqüentemente, não se poderá falar em suspensão do prazo prescricional<sup>(20)</sup>.

Outro dispositivo que interessa ao presente estudo é o art. 202 *caput* e os incisos I e II do Código Civil, que acabou de certa forma sendo reproduzido pelo parágrafo terceiro do artigo 11, da CLT, incluído pela Lei 13.467/2017. Embora vejamos como desnecessária a inclusão do referido parágrafo ao artigo 11 do texto consolidado, já que o direito comum é fonte subsidiária do direito do trabalho, resta agora totalmente livre de dúvidas que o ajuizamento da reclamação trabalhista tem o condão de interromper a prescrição, em relação aos pedidos idênticos.

O despacho de citação, no Direito Processual Civil, e o ajuizamento da reclamação trabalhista, no Direito Processual do Trabalho, têm o condão de promover a interrupção do prazo prescricional, ainda que a ação tenha sido distribuída a juízo incompetente. Da mesma forma, tem-se que a apresentação do protesto judicial tem o condão de promover a interrupção do prazo prescricional.

Diferentemente das situações de suspensão, na interrupção da prescrição reinicia-se do zero a contagem dos prazos prescricionais. O termo inicial do prazo volta a fluir do começo. O fundamento que justifica a interrupção da prescrição nessas hipóteses legais encontra-se no fato de que, ao promover o ajuizamento da demanda ou ao apresentar o protesto interruptivo, a parte interessada manifesta a sua vontade em ter o seu direito tutelado, rompendo a inércia que a prescrição objetiva inibir. É removida, assim, a ideia de inércia da parte.

A interrupção do prazo prescricional somente pode operar uma única vez e, nas relações de trabalho, alcança tanto o prazo bienal, contado da data da extinção do contrato de trabalho, quanto o prazo quinquenal nas parcelas de trato sucessivo (prescrição

parcial) ou nas parcelas decorrentes de alteração do pactuado de direito não previsto em lei (prescrição total da Súmula 294 do Tribunal Superior do Trabalho).

De toda a sorte, considerando que a atividade jurisdicional não se encontra suspensa nesse período de disseminação da COVID-19, é prudente que seja apresentado pelos advogados o protesto judicial de modo a interromper o prazo prescricional. Nessas situações excepcionais para praticar atos processuais urgentes, inclusive interromper o prazo prescricional, são autorizados por lei a apresentação do protesto judicial e o ajuizamento da demanda sem a necessidade de apresentação inicial da procuração da parte, nos termos do art. 104 do CPC.

#### 4. Impactos da Covid-19 na fluência dos prazos prescricionais e decadenciais trabalhistas

A Resolução n. 313, de 19 de março de 2020, do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu no âmbito do Poder Judiciário o regime de plantão extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços, com o objetivo de prevenir o contágio da COVID-19. Dentre as medidas administrativas determinadas na Resolução n. 313 do CNJ estão a suspensão do trabalho presencial nos Tribunais dos magistrados, servidores, estagiários e colaboradores, a manutenção da continuidade do serviço de distribuição de processos judiciais e administrativos e a suspensão dos prazos processuais.

De início, é importante destacar que a suspensão dos prazos processuais determinada pela Resolução n. 313 do CNJ não implicou a suspensão dos prazos prescricionais. É sabido que a prescrição é tema de direito material e não de direito processual. Tanto é assim que a prescrição é classificada como uma questão prejudicial de mérito e que, quando acolhida pelo órgão julgador, ensejará a extinção do feito com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, II, do CPC.

Ora, se a prescrição é matéria de mérito, não poderá a suspensão dos prazos processuais determinada pela Resolução n. 313 do CNJ importar a suspensão dos prazos prescricionais trabalhistas.

No âmbito da Justiça do Trabalho, os processos judiciais são eletrônicos e são distribuídos automaticamente pelo sistema PJe. Não demandam, em princípio, a atuação presencial do advogado nas sedes dos fóruns trabalhistas de primeiro grau de jurisdição nem no segundo grau de jurisdição ou no Tribunal Superior do Trabalho. A adoção do processo judicial eletrônico poderia levar à conclusão de que não haveria que se falar em suspensão do prazo prescricional trabalhista, diante da manutenção do serviço de distribuição dos processos. Essa conclusão merece, contudo, uma reflexão crítica.

No Direito Processual do Trabalho há autorização expressa no art. 791 da Consolidação das Leis do Trabalho para que o trabalhador possa, nas instâncias ordinárias, apresentar a sua demanda sem a necessidade de constituição de advogado para representá-lo em

(20) O Tribunal Superior do Trabalho albergou esse entendimento, conforme se depreende do disposto na Orientação Jurisprudencial 375 da SDI-I, *verbis*: “OJ-SDI1-375 AUXÍLIO-DOENÇA. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO. PRESCRIÇÃO. CONTAGEM (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010). A suspensão do contrato de trabalho, em virtude da percepção do auxílio-doença ou da aposentadoria por invalidez, não impede a fluência da prescrição quinquenal, ressalvada a hipótese de absoluta impossibilidade de acesso ao Judiciário”.

juízo. O exercício do *jus postulandi* foi validado pelo Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento da ADIN n. 1.127-8, o que levou, posteriormente, o Tribunal Superior do Trabalho a editar o enunciado da Súmula n. 425<sup>(21)</sup> regulamentando as situações em que o *jus postulandi* poderá ser exercido pela parte.

De toda a sorte, a adoção do sistema informatizado de Processo Judicial Eletrônico pela Justiça do Trabalho exige que a distribuição seja realizada por pessoa que possua certificação digital, o que nem sempre é acessível à população em geral. Os Tribunais Regionais do Trabalho, para garantir o exercício do *jus postulandi*, criaram setores específicos nos fóruns para recebimento das reclamações trabalhistas escritas e verbais apresentadas pelo trabalhador. Esse serviço é necessariamente realizado de forma presencial, o que está obstaculizado pela Resolução n. 313 do CNJ que suspendeu o atendimento presencial no âmbito do Poder Judiciário. E quais são os efeitos da suspensão do atendimento presencial sobre os prazos prescricionais?

O instituto da prescrição tem, dentre outros objetivos, o de garantir a segurança jurídica nas relações sociais, diante do estabelecimento de limites temporais para a apresentação das pretensões em juízo. O estabelecimento de prazos prescricionais impõe limites temporais à parte para a apresentação de suas pretensões, que nascem no momento da violação do direito material. Objetiva a prescrição, portanto, inibir a inércia voluntária da parte em buscar o Poder Judiciário. Dessa forma, com a suspensão dos atendimentos presenciais, inequívoca é a possibilidade de serem reconhecidos como suspensos os prazos prescricionais, no caso do exercício do *jus postulandi*, já que não há que se falar em inércia voluntária da parte em ir a juízo.

Em relação às demandas que seriam ajuizadas por advogados constituídos ou a serem constituídos pela parte, é possível construir a partir do texto de lei norma jurídica capaz de reconhecer a suspensão dos prazos prescricionais no período de recomendação de isolamento horizontal da população para prevenir o contágio da COVID-19?

Certamente, essa questão possui uma maior dificuldade de solução jurídica, uma vez que as hipóteses de suspensão dos prazos prescricionais são apresentadas taxativamente no Código Civil. No entanto, não podemos olvidar que a norma jurídica é fruto da tensão dialética de fatos e valores sociais e, portanto, sofre influência direta das circunstâncias fáticas. A construção da norma jurídica a partir do texto de lei deve levar em consideração as circunstâncias fáticas no momento da aplicação pelo intérprete autêntico<sup>(22)</sup>.

(21) Súmula n. 425 do TST. *JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO*. ALCANCE. Res. n. 165/2010, DEJT divulgado em 30.4.2010 e 3 e 4.5.2010. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

(22) Destacamos que a necessidade de se levar em consideração os elementos fáticos é a razão que determina que “diante das

Parte das autoridades de saúde pública dos entes federativos adotou para o combate à contaminação e à disseminação do vírus da COVID-19, entre outras medidas, a recomendação por decretos e outros atos normativos internos para que população mantivesse o isolamento social horizontal. Foi determinado, ainda, por diversas autoridades do Poder Executivo o fechamento de diversas atividades comerciais, industriais e do setor de serviços, mantendo apenas o funcionamento de determinadas atividades essenciais, como, por exemplo, o transporte e o comércio varejista de alimentos. Diversos escritórios de advocacia fecharam ou reduziram o atendimento presencial a seus clientes atuais e potenciais.

A adoção dessas medidas implicou a redução no tráfego de pessoas nas ruas das cidades, diante do risco de contágio decorrente do contato interpessoal. O medo de uma possível contaminação nas ruas fez com que grande parte das pessoas permanecesse em casa ou limitasse a circulação pelas cidades, aguçando a orientação das autoridades de saúde pública.

Ontologicamente, o instituto jurídico da prescrição objetiva a garantia da segurança jurídica e da paz social, estabelecendo prazos peremptórios para que as partes possam apresentar as suas pretensões em juízo a partir da violação do direito. Decorre da natureza jurídica do instituto da prescrição que a inércia voluntária das partes é condição para que haja o seu reconhecimento em Juízo. Esse posicionamento, conforme destacamos anteriormente, é inclusive albergado pelos tribunais trabalhistas, como se infere, por exemplo, do entendimento jurisprudencial estampado na Orientação Jurisprudencial n. 375 da SDI-I do TST.

Apesar de partir da premissa de que a inércia voluntária da parte é condição para o acolhimento da prescrição, tem-se que em situações em que a parte é impedida de exercer o direito de ação, seja por situações previstas em lei<sup>(23)</sup>, ou diante de circunstâncias fáticas excepcionais, poderá se falar em impedimento à fluência dos prazos prescricionais. A situação envolvendo a pandemia da COVID-19 constitui circunstância fática excepcional, capaz de permitir a construção da norma jurídica a partir da teoria geral da prescrição que reconheça a suspensão dos prazos prescricionais no período em que for recomendado o isolamento horizontal das pessoas.

*peculiaridades de cada situação posta a julgamento, a construção da norma jurídica somente (pode) ser concebida diante da situação concreta, e não de forma apriorística*”. Nesse sentido, vide: GAIA, Fausto Siqueira. Tutela inibitória de ofício e a proteção do meio ambiente do trabalho: limites e possibilidades da atuação jurisdicional. São Paulo: LTr, 2015. p. 131.

(23) Constituem exemplos de situações eleitas pelo legislador ordinário para impedir ou suspender a fluência dos prazos prescricionais: a ação entre os cônjuges, durante a constância da sociedade conjugal; a ação entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar; entre tutelados ou curatelados e seus tutores ou curadores, durante a tutela ou a curatela; contra os incapazes do art. 3º do Código Civil; contra os ausentes do País em serviço público da União, dos Estados ou dos Municípios; contra os que acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra; pendente condição suspensiva; não estando vencido o prazo; e pendendo ação de evicção.

A Constituição da República de 1988 já em seu preâmbulo reconheceu que a instituição do Estado Democrático de Direito tem como objetivos assegurar ao povo o exercício dos direitos individuais, dentre eles especificamente elencados os direitos à segurança e ao bem-estar social. O Estado Brasileiro tem o dever fundamental, a partir do texto normativo contido no preâmbulo constitucional, de zelar pela segurança e pelo bem-estar de sua população.

A segurança de que trata o preâmbulo constitucional não se limita apenas à segurança jurídica, mas alcança, sobretudo, a segurança física das pessoas e a manutenção de sua integridade e higidez. A adoção de medidas de restrição de circulação das pessoas no período de pandemia da COVID-19 vai ao encontro do direito fundamental à segurança da população.

Diante desse cenário é possível estabelecer que não é dado exigir de trabalhadores que os mesmos deixem a segurança de suas casas e se arrisquem à contaminação pessoal e de seus familiares pelo vírus da COVID-19, ao irem às ruas em busca de profissionais habilitados para atuar em juízo. O entendimento em sentido contrário implicaria colocar o direito fundamental à vida em segundo plano em nome da segurança jurídica que o instituto da prescrição objetiva tutelar.

No caso específico dos trabalhadores do setor da saúde, a construção da norma jurídica capaz de reconhecer a suspensão dos prazos prescricionais no período de recomendação do isolamento horizontal é possível a partir da própria redação do art. 198, II, do Código Civil.

Destacamos anteriormente que a opção do legislador em reconhecer a suspensão do curso do prazo prescricional na hipótese do art. 198, II, do Código Civil decorre do fato de que as pessoas, em tais situações, encontram certas limitações ao pleno exercício do direito constitucional de ação. O combate de endemias e pandemias, como é o caso da COVID-19, exigiu maior sobrecarga de trabalho dos profissionais da saúde nos hospitais públicos e particulares, reduzindo os seus tempos livres e suas folgas. Alguns Estados e Municípios da Federação cancelaram as férias deferidas aos profissionais de saúde para que estes pudessem atuar no período da pandemia da COVID-19. Inclusive, é importante destacar que diversas unidades particulares estão sendo requisitadas pelo Poder Público no auxílio às internações de pessoas com sintomas do vírus.

É certo que os trabalhadores que laboram no setor de saúde, ainda que em unidades privadas, prestam relevante serviço público em favor do país. O direito à saúde é um direito social de todos e um dever do Estado, nos termos do art. 196 da Constituição da República. O artigo 197 da Constituição Cidadã de 1988 estabelece, ainda, que são de relevância pública as ações e os serviços de saúde.

Nesse cenário de sobrecarga de trabalho dos profissionais da área da saúde, especialmente para aqueles envolvidos diretamente na atuação na linha de enfrentamento ao COVID-19, imperioso é o

reconhecimento dessas circunstâncias fáticas no processo de construção da norma jurídica que estabeleça a suspensão dos prazos prescricionais durante o período em que for recomendado o isolamento horizontal das pessoas. É possível, portanto, reconhecer, especificamente aos profissionais da área da saúde, a suspensão dos prazos prescricionais trabalhistas, mediante aplicação analógica do disposto no art. 198, II do Código Civil.

Ainda sobre a suspensão dos prazos prescricionais trabalhistas, uma questão importante que se impõe é estabelecer qual seria o período alcançado pela suspensão. Novamente, faz-se necessário o retorno à premissa original do trabalho. Como já apontado nesse estudo, o instituto da prescrição tem como um de seus objetivos inibir a inércia voluntária da parte em buscar o Poder Judiciário.

Dessa forma, o período a ser alcançado pela suspensão dos prazos prescricionais deve ser aquele em que vigorarem os decretos ou atos normativos municipais, estaduais ou federais que, no local da prestação de serviços, recomendaram o isolamento horizontal da população para o combate à disseminação da COVID-19. Especificamente quanto aos atos normativos estaduais e municipais do local da prestação de serviços do trabalhador vale lembrar que deverá o mesmo fazer prova de sua existência, nos termos do art. 376 do Código de Processo Civil.

Quanto aos prazos decadenciais, entende-se que, como os prazos não se suspendem ou interrompem por força de lei, que as medidas de isolamento horizontal destinadas ao combate à contaminação da população pela COVID-19 não serão capazes de influenciar a sua contagem.

## Conclusão

Os prazos prescricionais e decadenciais objetivam assegurar a estabilidade, garantindo segurança às relações jurídicas. O aumento da disseminação do vírus da COVID-19 no Brasil ensejou a adoção de medidas pelo Poder Público tendentes a evitar a disseminação do contágio do vírus e a preparação do sistema público de saúde para atender possíveis pacientes infectados, dentre elas a recomendação da adoção de isolamento horizontal pela população.

A restrição determinada pelo Poder Público na circulação de pessoas implica manifesto e justificado impedimento dos trabalhadores em procurar a Justiça do Trabalho para a solução dos conflitos trabalhistas. Essa nova circunstância fática permite construir, a partir do texto do Código Civil, norma jurídica capaz de reconhecer a suspensão da contagem dos prazos prescricionais trabalhistas enquanto durarem as recomendações governamentais ao isolamento horizontal das pessoas.

As normas jurídicas decorrem da tensão dialética entre os fatos e os valores da sociedade em determinado momento, conforme preconiza a teoria tridimensional do direito. A nova realidade social

imposta pelo combate à disseminação da COVID-19 permite a construção de normas jurídicas a partir do texto positivado.

A norma jurídica construída sobre a suspensão da prescrição trabalhista, a partir da interpretação do texto normativo e dos novos fatos da realidade, ainda não teve o seu reconhecimento realizado pelo Poder Judiciário, o que deve acontecer a partir do retorno à normalidade social. De modo a evitar o perecimento de direitos e interromper os prazos prescricionais bienal e quinquenal previstos no inciso XXIX do art. 7º da Constituição da República, o ordenamento jurídico confere aos trabalhadores a possibilidade de protocolar o protesto judicial, ainda que sem a apresentação do instrumento de procuração no momento da propositura da demanda.

Quanto à fluência dos prazos decadenciais, em razão de expressa disposição restritiva em lei, não será possível, ainda que diante da situação de excepcionalidade da pandemia da COVID-19, reconhecer a possibilidade de suspensão ou de interrupção desses prazos.

#### Referências

- AMORIM FILHO, Agnelo. Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 300, out. 1960. p. 7-37.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 4. ed. Brasília: Edunb, 1994.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 48, n. 189, p. 105-131, jan./mar. 2011.
- GAIA, Fausto Siqueira. *Tutela inibitória de ofício e a proteção do meio ambiente do trabalho: limites e possibilidades da atuação jurisdicional*. São Paulo: LTr, 2015.
- LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da prescrição e da decadência: teoria geral do direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. *Código Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: RT, 2018.
- MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.





## O RESGATE DO DIREITO AO TRABALHO EM TEMPOS DE PANDEMIA

*Rescuing the Right to Work in times of pandemic*

Valdete Souto Severo (\*)

Celso Rodrigues (\*\*)

**RESUMO:** O presente artigo analisará os efeitos da precarização das condições de trabalho que se dá em razão do estímulo declarado à informalidade. A tecnologia como elemento de precarização, especialmente através do uso de plataformas digitais, alia-se a situações de precarização que atingem, sobretudo mulheres e mulheres negras. Em um momento de crise sanitária como a que hoje enfrentamos, em razão da COVID-19, essa discussão torna-se ainda mais urgente. Preconizamos a importância dos direitos sociais trabalhistas como condição de possibilidade não apenas do enfrentamento de crises agudas, como também das possibilidades de sociabilidade no âmbito da formulação de uma racionalidade para além do capital.

**PALAVRAS-CHAVE:** COVID-19. Trabalho. Informalidade. Precarização. Trabalho Feminino. Exclusão social. Direitos Sociais.

**ABSTRACT:** This article will analyze the effects of precarious working conditions that occur due to the declared incentive to informality. Technology as a precarious element, especially through the use of digital platforms, is combined with precarious situations that affect mainly black women and women. At a time of health crisis like the one we face today, due to COVID-19, this discussion becomes even more urgent. We advocate the importance of social labor rights as a condition for the possibility not only of facing acute crises, but also of the possibilities of sociability in the context of formulating a rationality beyond capital.

**KEYWORDS:** COVID-19. Labor. Informality. Precarious work. Female work. Social exclusion. Social rights.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A falácia da informalidade como ideal. 3. A precarização tem rosto de mulher. 4. A tecnologia nos conduz necessariamente à informalidade? 5. COVID-19 e o direito do trabalho: o desafio o tempo presente. 6. Conclusão. Referências.

**Introdução**

O presente artigo analisará os efeitos da precarização das condições de trabalho, especialmente a partir do estímulo à informalidade, potencializado pelas inúmeras narrativas em torno do empreendedorismo e pelo desenvolvimento em escala global de novas tecnologias capazes de engendrar uma “economia de plataformas”, como tem sido propalado nos discursos midiáticos. Em um momento de crise sanitária como a que hoje enfrentamos, em razão da

COVID-19, essa precarização agudiza a crise social e dificulta as possibilidades de seu enfrentamento.

Já a partir da década de 1990, a adesão dos governos brasileiros a um modelo de modernização subordinada, representou, no âmbito social, um retrocesso em relação às pretensões de instauração de um modelo de Estado Social, tal como concebido na Constituição de 1988. Esse quadro não impediu, paradoxalmente, que a partir das resistências oferecidas pela sociedade civil e movimentos sociais se edificassem estruturas de atendimento social às populações despossuídas, num quadro permanente de precariedade material e humana, como no exemplo do SUS. Esse cenário conviveu com a intensificação da precarização do trabalho e as implicações de uma agenda governamental voltada àquilo que Boaventura de Sousa Santos denominou “desestatização”: o Estado transfere a um incipiente “terceiro setor” inúmeras tarefas de atendimento social, recuando de seu papel provedor<sup>(1)</sup>.

Nos últimos anos, notadamente a partir da conjuntura política que levou a entronização do governo Temer,

(\*) Pós-doutoranda junto ao programa de Ciências Políticas na UFRGS — Universidade Federal do Rio Grande do Sul, é Doutora em Direito do Trabalho pela USP — Universidade de São Paulo e Mestre em Direitos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica — PUC do RS. É juíza do trabalho da Quarta Região desde 2001, pesquisadora do Grupo de Pesquisa Trabalho e Capital — USP e UFRGS e membra do RENAPEDTS — Rede Nacional de Pesquisa e Estudos em Direito do Trabalho e Previdência Social. Especialista em Processo Civil pela UNISINOS — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, em São Leopoldo; Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela UNISC — Universidade de Santa Cruz, RS; de Master em Direito do Trabalho, Direito Sindical e Previdência Social, pela Universidade Europeia de Roma — UER (Itália) e de Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade da República do Uruguai. É Presidente da AJD — Associação Juízes pela Democracia, gestão 2019-2021 e diretora da ALJT — Asociacion Latinoamericana de Jueces del Trabajo.

(\*\*) Sociólogo e Bacharel em Direito. Doutor e Mestre em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Coordenador do Instituto Pensar. Professor de Sociologia

do Trabalho na Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na FEMARGS (Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do RGS). Pós-doutorando do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais da PUCRS.

(1) SANTOS, Boaventura de Sousa. SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.). *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.

assistimos ao recrudescimento das críticas ao modelo de Estado de bem-estar social que buscava identificar na existência de Direitos e garantias sociais as causas da crise econômica que o país passou a experimentar a partir de 2015. Na interface dessa crítica recuperava-se um pensamento inspirado no thatcherismo oitentista em defesa do chamado “estado mínimo”, num viés intensamente moralista de combate ao intervencionismo do Estado contra as liberdades individuais.

A construção legislativa que consolidou o processo de desmanche dos referidos Direitos Sociais é emblematicamente representada pela edição de uma emenda constitucional que limitou gastos sociais (EC n. 95), pela edição de leis precarizantes, em 2017 (Leis ns. 13.429 e 13.467), pelo desmanche do sistema de seguridade social através da EC n. 103/2019 e pela edição das medidas provisórias mais recentes (MPs ns. 905, 927 e 936).

A trajetória de desmantelamento das funções sociais do Estado encontrou-se com a pandemia da COVID-19, que diariamente provoca a morte e o adoecimento de um número expressivo de pessoas, somando hoje a pavorosa cifra de 1.149.678 pessoas infectadas, e tendo vitimado de forma fatal pelo menos 60.108 pessoas até o dia 05 de abril. Esses números mudam diariamente.

No Brasil, os dados do dia 5 de abril de 2020 revelam que pelo menos 10.431 pessoas já testaram positivo para a COVID-19. Considerando que não há testes para quem não está internado em condições mais graves, certamente esse é um número absolutamente defasado. Há motivos para crer que também o número de mortes oficialmente divulgado no Brasil, 446 pessoas até o dia 05 de abril, está defasado.

Pois bem, a nova doença expõe de forma expressiva a fratura social brasileira, agravada pelas referidas “reformas” citadas acima. O caráter evidentemente social da pandemia promoveu, em certa medida, um resgate contingente do papel estatal no combate à expansão e atendimento aos doentes, ao mesmo tempo em que trouxe o urgente questionamento do discurso de um empreendedorismo que se revela na prática a arena da informalidade e da precarização da vida humana no mercado capitalista. No horizonte de um quadro de colapso econômico e social, recupera-se a importância fundamental dos direitos sociais trabalhistas.

A resposta estatal foi a defesa da economia, evidenciando com nitidez o caráter classista do governo, cujas ações e omissões têm sido marcadas pela defesa intransigente de seus compromissos com os setores do grande capital. Portanto, aquilo que poderia ser interpretado como miopia política num delicado cenário de tragédia social, reflete a compreensão de que os instrumentos estatais devem estar voltados à defesa da economia em sua “dessocialização”, ou seja, destituídas de seu papel na produção do bem comum<sup>(2)</sup>.

(2) Segundo dados do IBGE por meio da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua) diferença entre o 1% mais

O Direito do Trabalho sempre foi alvo da fúria do capital, mesmo sendo inscrito na ordem liberal e servindo também à manutenção do sistema, exatamente porque dá condições materiais de existência e lugar de fala aos dominados, àqueles que precisam trabalhar para sobreviver. É previsível, portanto, que em momentos nos quais as características objetivas do sistema estão mais evidentes, aumente — em vez de arrefecer — os ataques aos direitos sociais dos quais os direitos trabalhistas constituem uma das principais expressões.

No Brasil, esse fato objetivo é, ainda, atravessado por um machismo e racismo estruturais, que acabam por fazer com que a precarização recaia preferencialmente sobre as mulheres, sobretudo sobre as mulheres negras.

Neste artigo, pretendemos demonstrar a importância da aplicação ainda mais radical das regras trabalhistas de proteção, como medida indispensável para o enfrentamento da crise sanitária e para a superação desse modelo de múltipla exclusão social, ao mesmo tempo: machista, racista e genocida, que tem sido posto em curso com maior velocidade e ferocidade nos últimos anos em nosso país.

## 1. A falácia da informalidade como ideal

O projeto político e econômico hegemônico durante a primeira metade do século XX no Brasil pautava-se por um discurso conciliatório no âmbito das relações de classe e meritocrático no plano das realizações individuais.

A propriedade da carteira de trabalho expressava um ideal de cidadania levado a cabo especialmente através do trabalhismo e de sua proposta de integração subordinada dos trabalhadores, um esteio fundamental que despolitizava a classe trabalhadora, em nome do tradicional discurso das possibilidades de ascensão econômica e social<sup>(3)</sup>.

O prestígio de ser trabalhador se dava, então, em larga medida, em razão da ideologia disseminada de que se efetivamente comprometida, abrindo mão das férias e “vestindo a camiseta” da empresa, a pessoa poderia tornar-se patrão. Biografias de empresários

rico é 34 vezes maior que a metade mais pobre e no caso dos primeiros, sua renda subiu 8,4% em 2018, mesmo num quadro recessivo. Significativo também nestes dados é a retração da renda trabalho, contrariando a tendência mantida até 2015. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25702-renda-do-trabalho-do-1-mais-rico-e-34-vezes-maior-que-da-metade-mais-pobre>>.

(3) “Octávio Ianni traz o exemplo de uma reportagem publicada no Correio de São Paulo em fevereiro de 1934 em que, um empregador da época sustentava que, se trabalhasse com dedicação e esforço, o candidato a uma vaga de faxineiro poderia se tornar gerente ou sócio: “se o pretendente tem qualidades morais e físicas, que preencham os requisitos, a sua carreira está iniciada e o seu futuro garantido, pois que os funcionários desta firma, como atrás explicámos, partem do nada e vão ao máximo”. Esse tipo de discurso fará com que o empregado se empenhe ao máximo, buscando efetivamente se tornar um “colaborador” do capital, sem deixar de ser, na realidade, apenas por ele empregado”. ALMEIDA, Almiro Eduardo de. Empregador. Belo Horizonte: Lumen-juris, 2018, p. 322.

“saídos do nada” como Silvio Santos costumam fornecer os modelos típicos, numa evidente versão da predestinação calvinista como demonstrou Weber<sup>(4)</sup> à respeito das bases religiosas do ideário capitalista, uma espécie de teologia civil da modernidade ocidental. Esse modelo sacrificial que constrói uma espécie de utopia individual que adia o prazer em nome do trabalho árduo e disciplinado permanece inscrito na contemporaneidade. O ingresso do Brasil nos marcos do capitalismo globalizado implicou a ênfase ideológica deste discurso, como fundamento do empreendedorismo individual.

Como já nos ensinava Marx, por mais que o trabalho seja um modo de realização de sujeitos pensantes, sob a lógica do capital, esse trabalho passa a ser apenas um meio para obter um resultado<sup>(5)</sup>, que não é objeto de escolha verdadeiramente livre de quem trabalha, porque se constitui como a principal, senão única, via para garantir sobrevivência física. Em uma síntese perfeita, Marx refere que o “trabalho é a vida, e se a vida não se permutar todos os dias por alimentos, sofre e, em seguida, perece. Para que a vida do homem seja uma mercadoria é preciso, portanto, admitir a escravidão”<sup>(6)</sup>. Sob nossa forma de organização social, o trabalho passa a ser uma mercadoria oferecida no mercado e submetida à lei de oferta e procura<sup>(7)</sup>. Os contornos jurídicos que o Estado emprestará à relação social que resultar dessa troca nada mais são do que escolhas políticas que refletem o maior ou o menor cuidado em manter condições para a reprodução do próprio trabalhador ou respostas que se tornam historicamente necessárias à luta coletiva organizada, travada pela classe trabalhadora.

A compreensão das bases objetivas da realidade capitalista e dos limites desses contornos jurídicos, que evidentemente não definem o fenômeno social e sim tentam conformá-lo a determinados parâmetros, nos habilita a perceber melhor a falácia do empreendedorismo.

(4) WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Pioneira Ed, 1985.

(5) Na relação de trabalho, o trabalhador labora “sob o controle do capitalista, a quem pertence seu trabalho”, o qual direciona a atividade e cuida para que não haja desperdício de matéria-prima. O produto desse trabalho também é propriedade do capitalista. “Mediante a compra da força de trabalho, o capitalista incorpora o próprio trabalho, como fermento vivo, aos elementos mortos que constituem o produto e lhe pertencem igualmente. Do seu ponto de vista, o processo de trabalho não é mais do que o consumo da mercadoria por ele comprada, a força de trabalho, que, no entanto, ele só pode consumir desde que lhe acrescente os meios de produção. O processo de trabalho se realiza entre coisas que o capitalista comprou, entre coisas que lhe pertencem. Assim, o produto desse processo lhe pertence tanto quanto o produto do processo de fermentação em sua adegua”. MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 262-3.

(6) MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 36.

(7) “Se a oferta é muito maior que a procura, então uma parte dos trabalhadores cai na situação de miséria ou na morte pela fome. A existência do trabalhador é, portanto, reduzida à condição de existência de qualquer outra mercadoria. O trabalhador tornou-se uma mercadoria e é uma sorte para ele conseguir chegar ao homem que se interesse por ele. E a procura, da qual a vida do trabalhador depende, depende do capricho do rico e capitalista”. MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 24.

A CLT, quando define as figuras do empregado e do empregador, em seus artigos 2º e 3º, não está, por óbvio, resumindo o fenômeno social da troca entre capital e trabalho. Está fazendo uma opção política que deixa de fora uma série de trocas, como a do advogado com seu cliente, do vendedor de pipocas ou a do servidor público com a administração. E essa opção política está, também ela, contaminada pela ideologia do capital, pois exclui uma parcela significativa de pessoas que sobrevivem do trabalho que realiza, deixando-as sem qualquer espécie de proteção, sob o argumento de que há autonomia na prestação do serviço.

A análise do que ocorre na materialidade da vida nos revela que em uma sociedade capitalista, a classe que vive do trabalho compõe um todo heterogêneo que, entretanto, pode ser identificado exatamente por essa realidade objetiva: não há liberdade para quem vive do trabalho; há trabalho forçado, necessário para a obtenção dos bens materiais que viabilizam a sobrevivência. Por isso Marx afirma que “foi preciso esperar séculos para que o trabalhador ‘livre’, em consequência de um modo de produção capitalista desenvolvido, aceitasse livremente, isto é, fosse socialmente coagido a vender a totalidade de seu tempo ativo de vida, até mesmo sua própria capacidade de trabalho, pelo preço dos meios de subsistência que lhe são habituais, e sua primogenitura por um prato de lentilhas”<sup>(8)</sup>. Marx não está se referindo aos *empregados*, está se referindo a maioria absoluta da população que, em uma sociedade capitalista, não sobrevive sem a remuneração que recebe em troca da força de trabalho que vende no mercado. Duas circunstâncias desnudam com mais clareza essa realidade.

A primeira delas, diretamente relacionada ao desenvolvimento de novas tecnologias, é a existência de um número significativo de pessoas que, expulsas da forma jurídica da relação de emprego, seja por opção legislativa seja por interpretação jurídica que esvazia de sentido o texto dos artigos acima referidos, passam a vender sua força de trabalho através de plataformas digitais. Com isso, tornam-se ainda mais dependentes da vontade de quem auferir lucros com a compra e o uso de sua força de trabalho.

Para estimulá-las a acreditarem no mito do empreendedorismo, os governos democráticos que se sucederam a partir da década de 1990 não pouparam esforços. Há um número expressivo de legislações que legitimam e convidam trabalhadoras e trabalhadores a serem empresários individuais, facilitando ainda mais a identificação com a ideologia do capital. A Lei n. 11.598/2007 cria a Rede Nacional para a Simplicificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios; a Lei Complementar n. 123/2006 institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; a Lei Complementar n. 128/2008, cria a figura do Microempreendedor Individual — MEI e

(8) MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 343.

a Lei n. 12.441/2011 permite a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada<sup>(9)</sup>.

Era claro o incentivo estatal para que manicures, motoristas, jornalistas e outros profissionais apostassem na “pejotização” do próprio trabalho, uma prática estimulada pela Lei n. 13.467/2017, ao criar a figura do “autônomo exclusivo”<sup>(10)</sup>.

O uso de novas tecnologias tornou ainda mais fácil esconder o verdadeiro beneficiário da força de trabalho sob fórmulas de falsa autonomia, tornando-se de tal modo significativo o novo “método” de exploração do trabalho inaugurado pela empresa Uber, a ponto de provocar a disseminação da expressão “uberização” das condições de trabalho<sup>(11)</sup>.

A dificuldade de reconhecimento do vínculo de emprego de motoristas que atuam através de plataformas digitais não decorre da ausência dos “requisitos legais”, mas de uma opção política, que busca esvaziar de sentido o próprio conceito — já sujeito a críticas por não abarcar toda a classe que depende da venda da força de trabalho para sobreviver — de relação de emprego. Há, portanto, um claro movimento que se alinha à lógica de retrocesso social que estamos experimentando, de forma paradoxal, desde a década de 1990, e que se agudiza com as “reformas” antes referidas.

A segunda circunstância é a emergência da COVID-19 que, ao impor a necessidade de isolamento físico como única forma eficaz de conter a contaminação até que exista alguma resposta médica para o adoecimento que provoca, revela com nitidez a mera aparência do que diferencia (falsos) autônomos e empregados, em uma realidade capitalista. Quando Marx afirma que o capital não tem a mínima consideração pela saúde e duração da vida do trabalhador, “a menos que seja forçado pela sociedade a ter essa consideração”,<sup>(12)</sup> ele poderia estar se referindo às recentes declarações dadas por alguns donos de capital, sobre a necessidade de que seus empregados sigam

trabalhando, mesmo que isso custe a vida deles e de muitas outras pessoas<sup>(13)</sup>.

Historicamente, o desenvolvimento do capitalismo implicou um permanente exercício do que Gregoire Chamayou denominou “poder cinegético”, ou seja “captura, predação, extermínio” e “expropriação do humano” em nome de interesses econômicos, mas não exclusivamente<sup>(14)</sup>. Assim sendo, o genocídio como prática da acumulação de capital acompanha sua globalização, irradiando-se dos centros europeus e expressando seu esperanto: a redução do ser humano e da natureza à condição de coisa passível de ser comercializada; é, pois, da essência do sistema social, como já identificara Marx.

O esvaziamento do conceito de relação de emprego e o estímulo a um empreendedorismo precário tornaram a classe trabalhadora ainda mais frágil e, portanto, imediatamente suscetível aos efeitos nefastos de uma crise sanitária.

A maioria das pessoas que “empreende” — o *empresariado* — trabalha hoje para se alimentar no dia seguinte e, pela ausência absoluta de proteção social, não tem condição alguma de suportar o necessário isolamento físico e, portanto, a interrupção do trabalho. À informalidade historicamente estruturada na sociedade brasileira como a das trabalhadoras domésticas, vem somar-se um imenso contingente oriundo de sucessivas “reestruturações produtivas”, eficientes na produção de precarização e desemprego.

## 2. A precarização tem rosto de mulher

A frase que inicia esse capítulo não é nossa. Já faz tempo que o movimento feminista vem denunciando que a precarização atinge, sobretudo as mulheres, e especialmente as mulheres negras. Já na década de 1960, quando o Decreto n. 200/67 permitiu a descentralização da atividade administrativa, tendo como objetivo incentivar a terceirização no serviço público, os primeiros alvos foram justamente os serviços de limpeza e conservação. Um trabalho realizado em sua maioria absoluta por mulheres negras<sup>(15)</sup>. Hoje, o estímulo à terceirização, especialmente através da Lei n. 13.429, precariza ainda mais outras atividades também predominantemente femininas e estruturadas de modo assediador, como é o caso do telemarketing<sup>(16)</sup>.

As dinâmicas envolvendo o trabalho feminino desafiaram aportes teóricos acostumados a pensar o trabalho exclusivamente numa perspectiva masculina, uma

(9) Há, ainda, a Lei Complementar n. 139/2011 altera o limite de faturamento do MEI, a Lei Complementar n. 147/2014 altera a Lei Complementar n. 123, com simplificação de processos e procedimentos, impede o aumento de IPTU, cobranças de taxas diversas e normatiza o processo de cobranças de taxas associativas para o MEI, bem como modifica partes da Lei Geral da Micro e Pequena Empresa; o Decreto n. 9.927/2019 que dispõe sobre o Comitê para Gestão da Rede Nacional para a Simplificação do Registro e da Legalização de Empresas e Negócios — CGSIM; a Lei Complementar n. 155/2016, que reorganiza e simplifica a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional.

(10) Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.

(11) Sobre o tema: <<http://abet-trabalho.org.br/dossie-uberizacao-do-trabalho/>>; <[https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/7422/1/Uberiza%C3%A7%C3%A3o%20nas%20rela%C3%A7%C3%B5es\\_Souza\\_2018.pdf](https://monografias.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/7422/1/Uberiza%C3%A7%C3%A3o%20nas%20rela%C3%A7%C3%B5es_Souza_2018.pdf)>; <<https://www.prppg.ufpr.br/signa/visitante/trabalhoConclusaoWS?idpessoal=31194&idprograma=40001016017P3&anobase=2017&idct=44>>; entre outros trabalhos.

(12) MARX, Karl. *O Capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013. p. 342.

(13) Ver: <<https://theintercept.com/2020/03/29/coronavirus-economia-vidas-logica-genocida/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

(14) Grégoire Chamayou, *Les chasses à l’homme*, La Fabrique, Paris, 2010. Citado por TELLES, Vera. A Violência como forma de governo. *Le Monde Diplomatique*, janeiro de 2019.

(15) Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/brasil/2013/07/mulheres-e-negros-sao-maioria-no-setor-de-asseio-e-conservacao>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

(16) Ver, sobre o tema: <<https://www.cartacapital.com.br/opiniao/a-perversao-normalizada-assedio-moral-no-ambiente-de-trabalho/>>. Acesso em: 30 mar. 2020.

vez que envolvem especificidades aparentemente “invisíveis”. No caso do emprego doméstico, ocupação hegemônica das mulheres brasileiras, a recessão econômica vigente não impediu seu crescimento: hoje são mais de 6,3 milhões de empregadas domésticas no país. No entanto, tal crescimento deu-se pela via da informalidade, já que sete entre dez dessas trabalhadoras não tem vínculo de emprego e auferem ganho médio de R\$ 755,00<sup>(17)</sup>. Em outras palavras, um crescimento que mantém a marginalização e a desqualificação do trabalho de cuidado (de casas e de pessoas), reificando tradições acerca do “lugar da mulher”.

As pesquisas históricas já demonstraram as dificuldades de penetração dos ordenamentos jurídicos no *domus* brasileiro, dominado pela lógica patriarcal e privatista<sup>(18)</sup>. A preservação das hierarquias sociais passa, evidentemente, pela manutenção de relações não reconhecidas pelo Direito. Desta forma, o Direito do Trabalho não atravessou a soleira da porta das casas e, por extensão, outros espaços nos quais o trabalho predominantemente feminino se pratica. Ocupações vinculadas aos trabalhos de cuidado (97% exercidas por mulheres), além de atividades estéticas em suas mais variadas profissões (manicure, podóloga, cabeleireira), historicamente estiveram fora da abrangência das leis trabalhistas<sup>(19)</sup>.

A “reforma” trabalhista representada tanto pelas Leis ns. 13.429 e 13.467, quanto pelas posteriores medidas provisórias editadas pelos governos Temer e Bolsonaro (MP n. 808; 905; 927) e secundada por uma verdadeira descostura do sistema de seguridade social (EC n. 103/2019), aguçaram de modo exponencial a erosão constitucional que, em realidade, já vinha sendo operada desde o início da década de 1990. Já naquele período, a aposta na terceirização, especialmente através da edição da Súmula n. 331 pelo TST, e a lei do banco de horas, revelavam uma clara vontade de destruir a teia de proteção social que ainda figurava apenas como projeto na ordem constitucional parida na luta pelo fim da ditadura civil-militar.

A chamada “reforma” previdenciária representou um golpe tremendo nas camadas sociais populares que, grosso modo, precisarão trabalhar mais para almejar aposentadoria num mercado de trabalho de aprofundamento constante da precarização,

onerando especialmente as mulheres que atuam nos serviços de cuidado. Além disso, reduziu fonte para custeio de creches e escolas públicas, espaços essenciais para as mulheres que precisam vender sua força de trabalho no “mercado” e não têm com quem deixar os filhos. O horizonte fiscal do Estado brasileiro se libertou dos “gastos sociais”, oferecendo aos estratos sociais mais pobres da população o tradicional e histórico modelo de “socialização das perdas”.

Durante os primeiros 15 anos deste século, a descostura da teia de proteção social foi refreada, embora leis flexibilizantes seguissem sendo editadas<sup>(20)</sup>. Algumas dessas leis foram endereçadas a precarizar diretamente o trabalho feminino, como é o caso da Lei Complementar n. 150/2015, que mantém a discriminação em relação ao trabalho doméstico, com disposições severas, como a exigência de trabalho por três dias na semana para que configure vínculo de emprego ou a possibilidade de “acompanhar” a família sem que isso signifique tempo à disposição. Dispositivos legais como estes, a demora na regularização jurídica e as reações adversas ao dispositivo legal atestam as imensas dificuldades presentes na sociedade brasileira de suplantar tradições privatistas e familistas que serviram historicamente para sustentar uma relação cuja matriz, até os dias de hoje, está próxima à lógica da relação senhor(a) e escrava<sup>(21)</sup>.

A partir da ruptura democrática, houve um aprofundamento dessa ânsia precarizante, mantendo o recorte de gênero. Em 2016, a Lei n. 13.352 estabeleceu que a manicure ou a cabeleireira firmam contrato de parceria, e ainda acrescenta que “o salão-parceiro será responsável pela centralização dos pagamentos e recebimentos decorrentes das atividades” e realizará a retenção “de sua cota-parte à título de atividade de aluguel de bens móveis e de utensílios para o desempenho das atividades” (art. 1º-A), legitimando a fraude à relação de emprego.

(20) É exemplo disso a Lei n. 10.101/2000, que transforma em uma espécie de salário precário o direito remuneratório à participação nos lucros e resultados da empresa. A Lei n. 10.820/2003 autoriza desconto em folha de pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento mercantil concedidos por instituições financeiras e sociedades de arrendamento mercantil, beneficiando claramente essas instituições em detrimento do direito fundamental à intangibilidade do salário.

(21) Art. 11. Em relação ao empregado responsável por acompanhar o empregador prestando serviços em viagem, serão consideradas apenas as horas efetivamente trabalhadas no período, podendo ser compensadas as horas extraordinárias em outro dia, observado o art. 2º. § 1º O acompanhamento do empregador pelo empregado em viagem será condicionado à prévia existência de acordo escrito entre as partes. § 2º A remuneração-hora do serviço em viagem será, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento) superior ao valor do salário-hora normal. § 3º O disposto no § 2º deste artigo poderá ser, mediante acordo, convertido em acréscimo no banco de horas, a ser utilizado a critério do empregado”. Não tem grifo no original, o destaque se dá para tornar evidente o fato de que a lei, comemorada como um avanço, permite que a trabalhadora (pois também essa é uma atividade predominantemente feminina) permaneça fora de sua casa e alijada do convívio familiar, à disposição dos patrões, sem qualquer remuneração. E, quando em efetivo serviço (previsão que ignora completamente a regra geral do art. 4º da CLT quanto ao tempo à disposição), a previsão é de que a remuneração seja paga com acréscimo inferior àquele constitucionalmente previsto.

(17) Disponível em: <[https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com\\_media/ibge/arquivos/0649bf9319de9f6b0f3f75e26dbce06d.pdf](https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_media/ibge/arquivos/0649bf9319de9f6b0f3f75e26dbce06d.pdf)>.

(18) Aqui estamos acompanhados pela obra do antropólogo Roberto DaMatta que faz uma contínua reflexão acerca desta temática a partir da dualidade entre a casa como domínio privado em oposição à rua, espaço do anonimato das relações sociais e que encontra intensa resistência numa sociedade que normaliza as desigualdades pela imposição da ética privada em detrimento da ética pública. Ver entre outros: DA MATTA, Roberto. A Casa e a Rua. SP: Editora Brasiliense, 1985.

(19) A educação sofre de injunções semelhantes. Constantemente confundida com a “tia”, a professora das séries iniciais enfrenta resistências sociais para a compreensão de seu papel como trabalhadora. Por fim, como explicar que a mais baixa remuneração na docência é justamente da professora de séries iniciais, sempre louvada como a mais importante na formação educacional?

Em 2017, as Leis n. 13.429 e 13.467 alteraram mais de 200 dispositivos da CLT e a lei do trabalho temporário, ampliando as possibilidades de terceirização, criando contratos precários, facilitando a dispensa e a majoração da jornada, retirando o caráter remuneratório de algumas verbas, entre outras mudanças que suprimem direitos. O trabalho intermitente e o teletrabalho constituem, por exemplo, modalidades que se articulam ao cotidiano da maioria absoluta das mulheres brasileiras, obrigadas a desdobrar-se em extensas jornadas alternadas com tarefas domésticas e cuidados com filhos, numa espécie de produção de mais-valor oculto<sup>(22)</sup>.

A autorização para trabalhar por doze horas consecutivas, com possibilidade de supressão (indenização) do intervalo para repouso e alimentação, também atinge, sobretudo, as trabalhadoras mulheres, que são maioria na área da limpeza e conservação e nos serviços de saúde<sup>(23)</sup>. A Lei n. 13.467 ainda obriga a mulher gestante ou lactante a levar atestado médico para a empresa, a fim de que seja afastada do ambiente insalubre de trabalho, colocando-a em situação de extrema fragilidade diante do empregador. Esses exemplos não esgotam a precarização promovida por essas legislações.

Em tempos de destruição de leis trabalhistas impõe-se um esforço de reflexão diferenciado, acostumados que estamos a trilhar um campo de discussão dominado pelo primado do trabalho como agenciamento masculino. A difusão e o aprofundamento das práticas flexibilizadoras do mundo do capital que vivenciamos, atingem o universo feminino de forma a complexificar a trama da análise. Como observou com precisão Abílio<sup>(24)</sup> ao definir esse processo pela expressão: “o flex é feminino”, ou seja, o que deve ser compreendido com o termo “feminização do mundo do trabalho” é a disseminação de inúmeros formatos de flexibilização que sobredeterminam a exploração capitalista sobre as mulheres: trabalhos domésticos, trabalho “por peça” à domicílio, SVD (Serviços de Venda Diretas), diaristas, informalidade maciça (reatualizando tradições), disputa por programas de assistência social, etc. práticas dos “bicos” e da “viração” etc.<sup>(25)</sup>.

(22) O artigo 452-A da CLT estabelece direito às férias...sem remuneração. Permitir que a trabalhadora receba valor inferior ao mínimo legal e perca o direito aos repouso semanais remunerados, sem falar na concorrência que essa modalidade de contratação gera entre os empregados e na precarização que provoca, inclusive no que tange ao custeio do sistema de seguridade social. Além disso, pela Lei n. 13.467, a trabalhadora em regime de teletrabalho perde o direito à aplicação de todas as normas de duração do trabalho, e poderá ajustar, por meio de negociação coletiva, quem suportará os custos de seu trabalho, em evidente afronta à redação do artigo segundo, que se mantém.

(23) A já caduca MP n. 808 previa a possibilidade de ajuste individual para trabalho habitual de 12h na área da saúde e a MP n. 927/2020, sob o pretexto de adotar medidas contra a pandemia, autoriza extensão de jornada para além de 12h nessa mesma área, que é formada em sua maioria por trabalhadoras mulheres.

(24) ABÍLIO, Costhek Ludmila. *Sem maquiagem*. RJ, Ed. Boitempo, 2014. p. 86.

(25) Em qualquer dimensão de subutilização de mão de obra o contingente feminino é sempre maior, segundo dados do PNAD Contínua de 2019 o que sinaliza preferencialmente às mulheres o

### 3. A tecnologia nos conduz necessariamente à informalidade?

Sendo o desenvolvimento tecnológico uma característica inexorável da nossa “modernidade líquida”, a análise crítica se impõe a partir da seguinte reflexão: nas sociedades capitalistas a difusão das tecnologias deveria promover a elevação dos padrões de vida, notadamente, por meio das janelas de tempo livre, conforme ensina o sociólogo italiano Domenico de Masi<sup>(26)</sup> e o pensador norte-americano Jeremy Refkin. Por que, justamente ao contrário das previsões “otimistas” dos referidos autores, assistimos à transmutação das tecnologias em instrumentos de controle e manipulação de relações de trabalho que acentuam a sobreexploração dos trabalhadores? O “mau uso” das tecnologias nas chamadas “economias de plataforma”, decorrem de mais uma “distorção” das relações entre a moral e o progresso humano, como por exemplo, a energia nuclear?

Sobre essa temática é preciso uma reflexão fundamentada. Ao contrário do que tentam demonstrar certos publicistas, as tecnologias e seus usos não correspondem a um “*a priori*”, ou seja, não se apresentam a partir de sua suposta inevitabilidade e tão pouco estão desconectadas no tempo e no espaço à disposição para sua utilização “neutra”, impermeáveis a qualquer análise que lhe condicione os limites. Supor que os avanços tecnológicos nos levariam a uma sociedade do ócio, destinada ao usufruto comum do progresso pode nos remeter a uma entre outras possibilidades para dizer o mínimo, mas dependerá essencialmente de outros fatores sociais, econômicos e políticos e sua correlação no jogo de forças sociais envolvidas neste processo.

A pesquisa histórica pode contribuir neste esclarecimento. Na aurora do capitalismo o emprego em larga escala de tecnologias ensejou o crescimento da exploração dos trabalhadores, basta lembrar a reação dos ludistas e o emprego indiscriminado de crianças e mulheres na indústria inglesa no século XIX.

A introdução das práticas fordistas alinhou esse modelo à conjuntura de consolidação do capitalismo organizado do século XX. Em outras palavras, ao longo de sua história as relações de trabalho capitalista sempre tiveram nos avanços tecnológicos um suporte para o incremento da produção e não necessariamente a redução da exploração do trabalho. Ao contrário, algumas modernas tecnologias estão a serviço

percurso da informalidade. Conforme os pesquisadores, Virginia Rolla Donoso e Carlos Henrique: “para cada 100 mulheres ocupadas com horas suficientes, havia 41 mulheres com a força de trabalho subutilizada por desemprego, insuficiência de horas ou por ser uma inativa potencialmente apta a ingressar na força de trabalho. No caso dos homens, este número foi de 25 para cada 100 pessoas em 2019”. Disponível em: <<http://www.dmttemdebate.com.br/mulher-e-mercado-de-trabalho-no-brasil>>.

(26) O sociólogo italiano ganhou notoriedade a partir de suas reflexões acerca das possibilidades dos avanços tecnológicos libertarem a vida humana das fadigas do trabalho em moldes fordistas e projetando uma sociedade do ócio. DE MASI, Domenico. *O Ócio Criativo*. RJ: Sextante, 2000.

inclusive das formas mais viscerais de exploração de trabalho fordistas, como na indústria frigorífica, para citar um exemplo nacional.

Mesmo nos processos de “reengenharia” ou “reestruturação produtiva” que levaram à mundialização das práticas toyotistas, o emprego em larga escala das novas tecnologias trouxe a diversificação dos mecanismos de controle das rotinas e da produtividade numa nova perspectiva: terceirização, controle de qualidade, metas de desempenho, avaliações, descaracterização salarial, etc, passam a integrar um modelo superexploratório que não pode prescindir das tecnologias para seus objetivos de qualificar a espoliação do trabalho.

Ao mesmo tempo, as novas tecnologias alavancam e aprofundam as formas de trabalho precarizadas já embutidas no modelo toyotista, ao mesmo tempo que dialogam com as tradições de um mercado de trabalho historicamente pouco regulamentado, como no caso latino-americano. A chamada “*Gig economy*”, ou “economia de bicos” significou a captura de formas de trabalho informal à lógica do capitalismo, sob a instrumentalização das tecnologias de plataforma.

Portanto, não se trata de “mau uso” das tecnologias, o que equivaleria a descontextualizar seu emprego, num movimento de abstração evidente. Por que não integrar esse imenso contingente de trabalhadores desempregados ao mercado de trabalho formal? As novas tecnologias permitem um controle minucioso sobre as rotinas dos trabalhadores que se encaixaria às regulações jurídicas com precisão. Por que não fazê-lo?

Arregimentar trabalhadoras e trabalhadores às suas plataformas como “parceira(o)s”, desconsiderando direitos trabalhistas corresponde, evidentemente, a uma escolha política dentro dos ditames da acumulação de capital em vigor, dentre os quais destaca-se a lógica de operar com a força de trabalho em nível *just in time*, subindo um degrau na mercadorização da vida humana.

Aqui cabe ainda uma analogia. Como apontou Elias e Baumer<sup>(27)</sup> em seus estudos sobre o pensamento europeu, as sociedades ocidentais operam a partir de “ideias-força”, ou seja, postulados cuja relevância e legitimidade constroem os marcos sociais que organizam a vida. Assim como o teocentrismo predominante na sociedade medieval, o moderno capitalismo flexível ergueu seus ideais com pretensões determinísticas; Economia, Liberdade, Indivíduo, Mercado e Tecnologia são apresentados a partir do *a priori* capitalista numa perspectiva unívoca e teleológica, enquanto “entidades” acima da sociedade e exclusivamente responsáveis por sua modelação. O discurso é de que as tecnologias “inevitavelmente irão desempregar”, os preços deverão subir “de acordo com o mercado”, o trabalho informal nas plataformas permitem “mais

liberdade” e, finalmente “a economia não pode parar”. A compressão espaço-tempo a que se refere Giddens<sup>(28)</sup> em sua descrição das sociedades ocidentais se presta aos ditames desse modelo de capitalismo globalizado e suas pretensões hegemônicas mentirosas.

Na contramão dos consensos fabricados poder-se-ia perguntar, por fim, o que impede de existir regulamentação trabalhista na chamada “*Gig economy*”, além do vívido interesse de avançar sobre um território que a “liberdade” trazida com a “reforma” trabalhista permitiu, qual seja, a superexploração das pessoas que trabalham. A não-regulação em nome da liberdade é própria do ativismo de um Estado, definido paradoxalmente como “mínimo”.

#### 4. COVID-19 e o direito do trabalho: o desafio do tempo presente

A doença COVID-19 foi detectada em janeiro deste ano. Desde então, já atingiu todos os continentes, acometendo quase meio milhão de pessoas e causando mais de 60.108 óbitos, até o início de abril de 2020. Trata-se de um vírus com capacidade letal, para o qual ainda não temos vacina, algo, portanto, assustador. Essa nova doença tem desafiado a lógica do capital, colocando em xeque as possibilidades de seguir apostando na informalidade e na supressão de direitos sociais. Coloca em destaque também o papel do cuidado das casas e da nossa saúde, atividades predominantemente femininas.

No caso do Brasil, os riscos sanitários são agravados pelo contingenciamento dos gastos com saúde por 20 anos, através da Emenda Constitucional n. 95, e pela descostura da teia de proteção social através das reformas trabalhista e previdenciária, como procuramos demonstrar nos capítulos precedentes. Uma descostura que tem nítido recorte de raça e de gênero.

A pandemia nos surpreende, portanto, em um momento no qual já estamos desamparados, em razão da aposta na supressão de direitos e na informalidade. Ao medo da contaminação soma-se o medo das carências objetivas que uma sociedade baseada na troca de trabalho por capital impõe à maioria absoluta das pessoas, sobretudo àquelas mais vulneráveis.

Ao contrário do que outros países estão fazendo, adotando medidas de contenção das despedidas, de manutenção de salários, de pagamento de renda mínima e de redução dos riscos no ambiente de trabalho<sup>(29)</sup>, o Brasil propõe a MP n. 927, estabelecendo possibilidade de extensão de jornada por mais de 12h para profissionais da saúde, autorizando afastamento não remunerado de empregados em quarentena e dispondo que a infecção por coronavírus não

(28) GIDDENS, Anthony. *Consequências da Modernidade*. SP: UNESP, 1990.

(29) Como informa a nota técnica do DIEESE, Disponível em: <file:///C:/Users/vsevero/Downloads/DIEESE%20NOTA%20TEC%2020224%20coronavirus%20medidas%20paísesvf.pdf.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2020.

(27) ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994 e BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno v. I e II*. Lisboa: Edições 70.

constitui doença profissional<sup>(30)</sup>. Por sua vez, a MP n. 928 apenas revoga o art. 18 da MP n. 927, claramente em resposta à indignação social em relação a esse artigo, que estabelece a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho por 4 meses, sem qualquer remuneração, e relativiza o dever de informação por parte do governo federal<sup>(31)</sup>. Além disso, o governo anuncia falsa ajuda aos pequenos empresários, através de empréstimos bancários que serão cobrados, com juros, no prazo de 36 meses<sup>(32)</sup>.

No dia 01 de abril de 2020, nova MP, de número 936, autoriza redução de salário com redução de jornada, mediante ajuste direto entre empregado e empregador, em afronta literal ao texto da Constituição<sup>(33)</sup>. Retorna a previsão de suspensão do contrato e mesmo que a MP preveja uma pífia garantia contra a despedida, a realidade é que segue a aposta no desmanche de direitos sociais como forma de produzir ainda mais miséria, em um momento tão ímpar e assustador como o que estamos vivendo.

A aposta, portanto, mesmo num quadro de calamidade pública, é de seguir promovendo a destruição de direitos sociais, seja através de novas medidas, seja pela tentativa de conversão de medidas anteriores em lei, como a da MP n. 905, inclusive com a proposta de atropelamento dos prazos legais<sup>(34)</sup>, ou, ainda, propondo falsas soluções, como a da redução de salários de servidores públicos<sup>(35)</sup>. Reduzir salário ou despedir gerará um efeito dominó de proporções catastróficas, especialmente para quem empreende e gera emprego em nosso país, pois significa, concretamente, retirar capacidade de consumo e potencializar o adocimento.

Segundo o DIEESE, a renda mínima necessária para uma vida digna ultrapassa R\$ 4.300,00 por

mês<sup>(36)</sup>. Essa estimativa está muito longe não apenas do valor do salário mínimo, que atualmente é de R\$ 1.045,00, como do auxílio proposto pelo governo, para pagamento por apenas dois meses, que é de R\$ 600,00 por pessoa<sup>(37)</sup> e que até agora não foi implementado. A timidez nas medidas determina a impossibilidade concreta de sobrevivência física de milhões de pessoas enquanto durar o isolamento físico, indispensável para conter a disseminação da nova doença<sup>(38)</sup>.

Interessante é perceber que não há, no horizonte das propostas do Estado, referência alguma à necessidade de transferência imediata de renda de quem obteve lucro nos últimos anos, enquanto toda a classe trabalhadora perdia direitos. As instituições financeiras tiveram lucro de R\$ 22,73 bilhões, apenas no segundo trimestre de 2019<sup>(39)</sup>. Apesar disso, a “contribuição” que estão dando é a concessão de empréstimo com juros. Ou seja, é nenhuma.

Existe inclusive a proposta de lei para a regulação do imposto sobre grandes fortunas, previsto no artigo 153 da Constituição de 1988<sup>(40)</sup>, que não tem merecido a atenção do parlamento. Uma proposta insuficiente, pois com previsão de alíquotas muito baixas. Há, também, nova proposta formulada em razão da crise sanitária que também revela-se assustadoramente tímida, pois limita a contribuição em percentuais irrisórios, com o máximo de 5% para patrimônio superior a R\$ 40 milhões<sup>(41)</sup>. Entre as empresas mais lucrativas do mundo em 2020, está o Walmart, com rendimento de US\$ 514.405 milhões; a Shell, com US\$ 396.556 milhões; o Grupo Volkswagen com US\$ 278.341 milhões e a Toyota com US\$ 272.612 milhões<sup>(42)</sup>. Há, ainda, famílias brasileiras que acumulam patrimônio equivalente a 5% de todo o PIB nacional<sup>(43)</sup>. Essas pessoas

(36) Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecesta-basica/salarioMinimo.html>>. Acesso em: 29/3/2020.

(37) Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-03/camara-aprova-auxilio-r-600-por-mes-para-trabalhador-informal>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

(38) A orientação da Organização Mundial de Saúde é clara nesse sentido: <<https://saude.estadao.com.br/noticias/geral,oms-reforca-proposta-de-isolamento-social-contra-coronavirus-mas-diz-que-e-preciso-fazer-mais,70003249476>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

(39) Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/08/16/empresas-capital-aberto-lucro-segundo-trimestre.htm>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

(40) Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129136>>. acesso em: 29 mar. 2020.

(41) Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/648567-projeto-institui-imposto-sobre-grandes-fortunas-para-combater-pandemia/>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

(42) Disponível em: <<https://pt.fxssi.com/as-10-empresas-mais-lucrativas-do-mundo>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

(43) “Os irmãos Roberto Irineu Marinho, João Roberto Marinho, José Roberto Marinho aparecem no topo da lista das famílias mais ricas do Brasil, divulgada pela revista “Forbes”. Juntos, a fortuna dos Marinho soma US\$ 28,9 bilhões, o equivalente pelo câmbio atual a R\$ 64,3 bilhões. A lista das 15 famílias mais ricas do Brasil tem também outros sobrenomes famosos como Safra, Ermírio de Moraes, Moreira Salles, Camargo Correia, Vilella, Odebrecht e Setubal, entre outros. As fortunas das 15 famílias mais ricas do Brasil guardam US\$ 122 bilhões, o equivalente a R\$ 269 bilhões, ou cerca de 5% do PIB do país”. Disponível em: <<https://www.jornaldebetrato.com>>.

(30) Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm)>. Acesso em: 26 mar. 2020.

(31) Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm)>. acesso em: 26 mar. 2020.

(32) Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/governo-financiera-salario-de-funcionario-de-pequenas-medias-empresas-com-40-bi-em-credito-24333027>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

(33) Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-936-de-1-de-abril-de-2020-250711934>>. acesso em: 5 abr. 2020.

(34) Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/03/24/maia-propoe-rito-sumario-para-corriger-medidas-provisorias-editadas-com-excessos.ghtml>>. Acesso em: 26 mar. 2020.

(35) É nesse sentido a PEC n. 438/2018, do deputado Pedro Paulo (DEM-RJ) já admitida pela Comissão de Constituição e Justiça, que, entre outras medidas de contenção da despesa pública, prevê redução de salário. Por sua vez, a PEC n. 186/2019, do Senador José Serra, entre outras medidas de ajuste, prevê, em caso de excesso de despesa com pessoal, que os entes deverão promover, como medidas iniciais de ajuste, a redução temporária da jornada de trabalho com adequação dos vencimentos à nova carga horária, com critérios definidos em lei; a redução em pelo menos vinte por cento das despesas com cargos em comissão e funções de confiança; e, por fim, a exoneração dos servidores não estáveis. A PEC n. 186 propõe alterar o inciso XV do art. 37, o art. 95, III e o art. 128, § 5º, c da CR, afastando a garantia da irredutibilidade de vencimentos e subsídios de servidores, magistrados e membros do Ministério Público. Propostas similares estão também na PEC n. 188/2019.



poderiam e deveriam contribuir para a contenção dos efeitos da crise econômica e sanitária.

O fato de que não seja prioridade absoluta a taxaço das fortunas ou mesmo o confisco de patrimônio para redistribuição de renda que permita a sobrevivência física de quem depende do trabalho e está impedido de realizá-lo em razão da pandemia, revela o que a teoria marxista já apontava: o Estado funciona como aparelho de reprodução dos interesses do capital<sup>(44)</sup>. Revela, também, o embuste da ideologia do estado mínimo, pois em momentos de crise mais aguda, o capital reclama a atuação do estado, inclusive com ajuda financeira, como modo de manter seus privilégios<sup>(45)</sup>.

A COVID-19 explicita o que, em realidade, já era evidente na sociedade do capital: a aposta na informalidade e na precarização das condições de trabalho, assim como a escolha por medidas que oneram quem vive do trabalho, em detrimento daquelas que ocasionariam redistribuição de riqueza e que seriam bem mais eficazes, não é uma fatalidade. Trata-se de uma escolha política deliberadamente exercida por quem detém o poder e que, em momentos de crise aguda, revela-se fatal para as possibilidades de convívio social minimamente decente.

A expansão da informalidade e da precarização dos vínculos de trabalho acompanham um projeto de desenvolvimento por exclusão do qual faz parte, como vimos, as reformas legislativas realizadas especialmente desde 2017. Trata-se de um cenário que deverá se agravar com os desdobramentos da crise da COVID-19, mas que, em certa medida, ganhou mais espaço nas coberturas midiáticas, inclusive na perspectiva de rasurar a legitimidade estatal no contexto de crise.

Quando atribui ao capitalismo o caráter de “flexível”, David Harvey destaca o fato de que formas formais e informais se retroalimentam nesse modelo. No interior das dinâmicas capitalistas se desenvolveram clivagens que permitem diferenciar a intensidade dos impactos que a crise atual produz e seus desdobramentos. Trabalhadores formais e informais vivem experiências distintas de privação na crise. Essas clivagens, que em anos anteriores foram exploradas para construir um cenário em que os Direitos Sociais surgiam como “privilégios” de poucos, agora

são recuperadas para reafirmar que “é melhor ter trabalho do que direitos”.

A crise atual tem permitido evidenciar aspectos das relações capitalistas no Brasil normalmente “embacadas” pelos monopólios midiáticos. Logo, se a “salvação pela economia” se prestou à destruição dos direitos sociais e agora se pretende ponta-de-lança de novos ataques à dignidade da pessoa humana há algo de novo na conjuntura. Abandonando a elegância de Bill Clinton, em 1993, um discurso empresarial brasileiro se manifestou, apontando para a inescapável descartabilidade da vida humana diante da exigência de retomada da economia. Em certa medida expressaram uma desumanidade que é inerente à defesa da economia como suprema entidade social, algo que pertence à história do capitalismo e que fora abreviada, em certa medida, pela existência de Direitos Sociais.

O que certa parcela do empresariado nacional manifesta não está distante do senhor de escravos paulista que em 1855 na epidemia de Cólera, manifestara-se contrariado com “exagerar os episódios coléricos” que prejudicava os negócios. Naquele contexto histórico falávamos de escravos. Na atualidade, a referência é às pessoas que trabalham.

## 5. Conclusão

A potência avassaladora da COVID-19 parece evocar, neste momento, as lições de Hannah Arendt em Verdade e Política<sup>(46)</sup>: “Uma opinião incômoda pode ser contraposta, rejeitada ou resultar em compromisso, mas fatos incômodos têm uma teimosia enfurecedora que nada pode demover, a não ser mentiras”. A pretensão de “escolher seus próprios fatos”, desconsiderando o quadro dramático como forma de contornar as medidas absolutamente necessárias para evitar a catástrofe social revela a corrosão da legitimidade política do atual governo e sua incapacidade de dar respostas eficientes para a crise. Críticas à ciência, estímulo à desinformação “estrategicamente interessada”, produção de ódios como armas para a defesa intransigente do mercado contra “o social” e incentivo à informalidade são estratégias que hoje se revelam absolutamente contrárias às possibilidades de continuação da vida em sociedade.

A crueza dos fatos expostos diariamente nas mídias apresenta, igualmente, a desmoralização dos pífios argumentos da perda de centralidade do trabalho nas sociedades capitalistas. Redescobre-se o trabalho dos entregadores, enfermeiras, diaristas, servidores da segurança pública, cuidadores, faxineiras e tantas outras atividades indispensáveis, realizadas por seres humanos cujas rotinas expõem suas vidas ao contágio e, portanto, à morte. Redescobre-se a premissa marxiana básica de que sem trabalho não há capital.

Descortina-se, também, a precariedade das condições em que atua um grande contingente de pessoas, submetidas à crueza da lógica de trabalhar sem direitos. Revela-se, uma vez mais, o recorte de raça e

br/noticia/166598/quinze-familias-mais-ricas-do-brasil-somam-5--do->. Acesso em: 29 mar. 2020.

(44) “O Estado nascido da luta de classes é o representante daquela classe dominante, que tem o domínio dos meios de produção, e é economicamente dominante. Por meio do Estado, essa classe dominante adquire também os instrumentos da dominação política, cria uma determinada ordem que consolida a submissão de uma classe por outra”. NAVES. Marcio Bilharinho (Org.). O Discreto Charme do Direito Burguês: Ensaios sobre Pachukanis. Coleção Ideias 8. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas — UNICAMP, 2009. p. 22.

(45) A falácia do Estado Liberal está entranhada, inclusive na Ciência Política que costuma situá-lo historicamente no século XIX. O passado e presente da história do capitalismo tem sido o Estado sempre esteve ao lado dos interesses expansionistas do empreendimento capitalista, seja reprimindo grevistas, saqueando colônias, extraindo riquezas ou assinando acordos comerciais desiguais na Ásia. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/economia/governo-coronavirus-socorro-companhias-aereas/>>. Acesso em: 29 mar. 2020.

(46) ARENDT, Hannah. *Verdade e Política*. São Paulo: Relógio D’Água, 1995.

especialmente de gênero nas escolhas políticas acerca de quem deve suportar o ônus que a manutenção do sistema do capital impõe.

Por fim, desvela-se o caráter atavicamente capitalista de comportamentos humanos que compreendem a economia como algo mais importante do que as vidas humanas, e de um Estado que age rapidamente para promover a repartição desigual das perdas econômicas, preservando os interesses do capital em detrimento da ampla maioria da população brasileira. Coerente com suas práticas recentes, o poder político no Brasil exercita sua vocação à necropolítica nos termos definidos por Mbembe<sup>(47)</sup>: deixar morrer as populações consideradas indesejáveis por ação ou omissão.

As lições que podemos tirar de tudo isso são múltiplas e o intuito desse breve ensaio foi justamente enunciá-las. O processo de alteração de rumos no convívio social, notadamente no que se refere ao papel do Estado enquanto regulador e responsável pela efetividade de direitos sociais ainda será testado, pois sequer chegamos ao pior momento da pandemia. As escolhas políticas que fizemos, especialmente no que tange aos direitos sociais, determinarão a forma como a sociedade irá sofrer as consequências de mais essa crise do modelo social que temos.

O que importa desde logo perceber e destacar é que a aposta na informalidade, feita de forma mais aguda nos últimos anos, assim como a ausência de políticas capazes de minimar o caráter racista e sexista da precarização, fizeram com que o Brasil se encontrasse com a tragédia da COVID-19 já fragilizado.

Há um longo caminho a ser percorrido, que passa necessariamente pela revisão de escolhas recentes, como a de contingenciar gastos com proteção social através da EC n. 95, destruir completamente o sistema de seguridade social através da EC n. 103 ou desfigurar o direito do trabalho através das “reformas” (Leis ns. 13.467 e 13.429, MPs ns. 905, 927, 936). A consequência concreta dessas medidas é o desemprego, a informalidade, a perda da capacidade de consumo e o aumento exponencial do número de miseráveis, enquanto também aumenta o capital das poucas famílias milionárias do país.

Se não há mais espaço para concessões por parte do capital e nem mesmo diante de uma pandemia quem dá as regras ao jogo aceita repensar a forma como dividimos bens e riquezas, a conclusão só pode ser a de que é necessária e urgente a superação do nosso modelo de sociedade. Enquanto tratarmos a natureza e os seres humanos como mercadoria, outras catástrofes e doenças surgirão e se tornarão cada vez mais fatais. As lições de Marx nunca foram tão atuais. Enquanto a classe trabalhadora for, ao mesmo tempo, produtora da riqueza e esteio do luxo de poucos, enquanto seguirmos multiplicando miséria e exclusão social seremos incapazes de reagir.

A triste realidade da COVID-19, de forma paradoxal, impõe a recuperação do lugar da ciência e do

conhecimento e o resgate da importância dos direitos sociais. A natureza da crise poderá ajudar a confeccionar uma espécie de consenso social, no sentido de que a atuação estatal é fundamental para a própria sobrevivência, escancarando de vez a incapacidade de o mercado agir como gestor da vida em sociedade. São efeitos ainda incipientes de um cenário de instabilidades.

O certo é que o caminho para mudanças estruturais na forma como convivemos e dividimos aquilo que produzimos passa, de modo mais imediato, pelo reconhecimento da importância dos direitos sociais trabalhistas, abandonando-se de uma vez por todas a falácia do empreendedorismo como expressão de liberdade, reconhecendo vínculos de emprego, efetivando proteções contra a despedida, reduzindo jornada e majorando remunerações.

A hora agora é de apostar na efetividade de um conjunto de direitos mínimos capaz de permitir que as pessoas tenham condições materiais de pensar sobre a realidade a sua volta e de atuar, coletivamente, para alterá-la.

## Referências

- ABÍLIO, Costhek Ludmila. *Sem maquiagem*. RJ, Ed. Boitempo, 2014.
- ALMEIDA, Almiro Eduardo de. *Empregador*. Belo Horizonte: Lumen-juris, 2018.
- ARENDT, Hanna. *Verdade e Política*. São Paulo: Relógio D' Água, 1995.
- DA MATTA, Roberto. *A Casa e a Rua*. SP: Editora Brasileira, 1985.
- DE MASI, Domenico. *O Ócio Criativo*. RJ: Sextante, 2000.
- ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994 e
- BAUMER, Franklin L. *O Pensamento Europeu Moderno* v. I e II. Lisboa: Edições 70.
- GIDDENS, Anthony. *Consequências da Modernidade*. SP: UNESP, 1990.
- MARX, Karl. *Manuscritos econômicos-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004.
- \_\_\_\_\_. *O Capital*. Livro I. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MBEMBE, Achile. *Necropolítica*. SP: N-1 Edições, 2018.
- NAVES, Marcio Bilharinho (Org.). *O Discreto Charme do Direito Burguês: Ensaio sobre Pachukanis*. Coleção Ideias 8. Campinas: Instituto de Filosofia e Ciências Humanas — UNICAMP, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. SANTOS, Boaventura de Sousa. (Org.). *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.
- TELLES, Vera. *A Violência como forma de governo*. Le Monde Diplomatique, Janeiro de 2019.
- WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo: Pioneira Ed, 1985.

(47) MBEMBE, Achile. *Necropolítica*. SP: N-1 Edições, 2018.

## LIBERDADE DE CLASSE E LIBERDADE SINDICAL

*Freedom of class and freedom of association*

Marcus Orione (\*)

**RESUMO:** O artigo trata da inviabilidade da efetiva liberdade sindical no capitalismo. Inicialmente, utiliza-se de exemplo de um país do centro do capitalismo, a Alemanha, para demonstrar a tese. Após, trata do tema à luz da organização sindical brasileira. No lugar da noção de liberdade sindical ensaia a possibilidade de um novo conceito, ainda em estudo, denominado liberdade de classe.

**PALAVRAS-CHAVE:** Liberdade de classe. Liberdade sindical. Capitalismo.

**ABSTRACT:** The article deals with the impossibility of effective union freedom in capitalism. Initially, it uses the example of a country at the center of capitalism, Germany, to demonstrate the thesis. After, it deals with the theme from the perspective of the Brazilian union organization. Instead of the notion of union freedom, it suggests the possibility of a new concept, still under study, called class freedom.

**KEYWORDS:** Class freedom. Union freedom. Capitalism.

**SUMÁRIO:** I. Introdução. II. A experiência alemã: *flexsecurity* e o elemento negocial da liberdade sindical. III. O modelo sindical brasileiro e a impossibilidade fática da liberdade sindical. IV. Conclusão. Referências.

**I) Introdução**

A partir da Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017 (reforma trabalhista do governo Temer), em especial na parte em que dispõe sobre a prevalência do negociado sobre o legislado, alguns poderiam a se atrever a afirmar que a liberdade sindical teria dado um grande passo para ser acolhida no Brasil. Excluído aqui o debate da constitucionalidade da disposição, nos interessa investigar se isso realmente se deu e se, mesmo num ambiente de liberdade sindical, é possível a afirmação da liberdade da classe trabalhadora.

Em relação à segunda hipótese, não nos interessa debater o óbvio: que é melhor uma entidade representativa de trabalhadores e trabalhadoras livre para atuar, ainda que sob premissas de liberdade burguesa, do que uma atada a limitações na sua constituição e atuação. É claro que é mais efetivo operar a partir de uma ordem liberal. A questão não é esta, e sim se é realmente possível a liberdade plena da classe trabalhadora no seu interior. Portanto, mais do que dado quantitativo do liberalismo, buscaremos enfrentar questão que deve ser considerada na perspectiva qualitativa. Em suma, onde há democracia liberal, não é possível haver liberdade plena, em especial aquela ligada a um ente de representação da classe trabalhadora.

Aqui, quando falamos a respeito do tema, estamos pensando na liberdade sindical como mais um elemento que compõe a de índole burguesa e, portanto, o que chamamos aqui de democracia liberal. E, especificamente quando pensamos em liberdade sindical,

concebemos um conjunto de pressupostos que lhe são ínsitos, a saber: a) a liberdade dos trabalhadores e trabalhadoras na escolha individual de que sindicato desejam participar; b) a livre organização interna da entidade sindical em si, que deve ser realizada com ausência de intromissões das empresas e do estado; c) a liberdade plena da entidade sindical na negociação de condições de trabalho para os seus representados e suas representadas; c) a proteção dos membros que representam o sindicato e dos trabalhadores representados no caso de atuação coletiva; d) e, por fim, a liberdade de escolha e de desenvolvimento dos meios de pressão para obtenção de resultados favoráveis aos interesses da classe trabalhadora (como no caso da greve, por exemplo). Alguns poderiam tentar encurtar ou aumentar a lista. No nosso caso, cremos que somente a observância de todos esses pressupostos poderia fazer a liberdade sindical se constituir numa realidade. E é exatamente no cumprimento desse conjunto que reside a sua impossibilidade enquanto efetiva liberdade de classe do proletariado. É *materialmente inviável*, observados os parâmetros do próprio conceito de liberdade burguesa, que esse agrupamento, como um todo harmônico, seja plenamente efetivado no que se conhece por estado de democrático de direito. Os óbices são, antes de tudo, decorrentes da limitação imposta pelo próprio tipo de liberdade que se exerce numa democracia burguesa.

Antes, no entanto, de demonstrar quais são esses obstáculos, vejamos como os fatos comprovam o que falamos.

**II) A experiência alemã: *flexicurity* e o elemento negocial da liberdade sindical**

Começamos utilizando uma experiência estrangeira em que a doutrina concebe que haja efetivamente

(\*) Mestrado em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Associado III do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo (USP).

liberdade sindical. Somente após, examinaremos o nosso caso específico.

Recentemente, em virtude de atividades em que estamos envolvidos por volta de cinco anos com universidades alemãs, nos colocamos em contato estreito com as realidades da seguridade social e trabalhista da legislação da Alemanha. As nossas pesquisas desembocaram no estudo da flexibilização no Brasil e naquele país. Após alguns encontros em Berlim e Münster, o Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer, da Westfälische Wilhelms-Universität Münster, ministrou aulas, em Agosto de 2019, na matéria *Flexibilização das leis trabalhistas e previdenciárias no Brasil e na Europa — leitura a partir da forma jurídica no curso de pós-graduação estrito senso da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)*. Embora a flexibilização apenas de forma parcial resvale na questão da liberdade sindical (mais especificamente no tocante à parte ligada à liberdade de a entidade representativa dos trabalhadores e trabalhadoras negociar as cláusulas coletivas em favor de seus representados e representadas), ela nos parece ótima para o que pretendemos demonstrar. Ressalte-se, ainda, que se trata de tema ligado, também parcialmente, à festejada, por alguns, possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado mencionada inicialmente.

Vejamos o que pretendemos analisar a partir das lições legadas pelo Professor Steinmeyer.

Na Europa, haveria uma tendência a um modelo conhecido como *flexicurity*, que, nas palavras do jurista alemão, “envolveria uma deliberada combinação de flexibilização com confiáveis arranjos contratuais, estratégias de adaptação ao mercado de trabalho e aprendizagem de longo prazo, efetivas políticas públicas ativas para o mercado de trabalho e adequados e sustentáveis sistemas de proteção social”. Ela teria sido concebida a partir da Estratégia de Lisboa como forma de criar mais e melhores empregos, modernizar o mercado de trabalho e, como consequência, além de atuar no combate ao desemprego, intensificar a coesão social, implicando “o equilíbrio entre direitos com previsão legal e a responsabilidade de todos os envolvidos”. Disso seriam provenientes, pelo menos em tese, “empregos mais inclusivos”. O equilíbrio entre direitos e reponsabilidades contaria sempre com uma política de proteção social, em especial para o caso de desemprego. Aliás, isso fica bem claro quando estudamos o modelo de seguridade social alemão e percebemos uma clara comunicação entre políticas de previdência, assistência social e saúde. A lógica contributiva, que permeia a previdência e a saúde, é conectada, em especial no caso dos desempregados, e se comunica intensamente com a assistência social. Tudo é concebido a partir de uma relação realmente orgânica entre a participação e a exclusão do mercado de trabalho. Há, enfim, um caráter complementar que é típico da *flexicurity*. Isto é fundamental, quando se pensa no conceito. Não se trata apenas de um modelo que se compõe de perdas para os trabalhadores e trabalhadoras, já que, em algum instante, há uma relação entre o mercado de trabalho e a proteção social

para aquele que está excluído da possibilidade de integrá-lo (seja pelo evento desemprego ou por outro como a impossibilidade de trabalhar por conta de algum problema de saúde por exemplo). Há uma lógica de equilíbrio que envolve estado e demais agentes de produção, bem como concessões de todas as partes (inclusive dos capitalistas), mantida sempre a busca da coesão social. É exatamente nesta noção de arranjo, de responsabilidades, de atuação equilibrada que entram os entes representativos de trabalhadores e trabalhadoras e empresas, participando do processo em especial a partir das negociações coletivas. A adesão ao modelo de *flexicurity* na Alemanha se deu em especial a partir do ano 2000 com a atuação no governo dos Partidos Social-Democrata e Verde.

Cada país-membro da Comunidade Europeia foi se adaptando à *flexicurity* segundo as suas especificidades. Ela encontra-se inserta numa perspectiva de políticas públicas que terá seu detalhamento em cada um deles, tanto na perspectiva governamental, quanto na dos agentes de produção. Insere-se num marco consensual, típico das democracias burguesas, entre a classe dos capitalistas e a dos trabalhadores e trabalhadoras, capitaneada pelo estado. Nesse campo, as políticas públicas e a proteção legal ao trabalhador individualmente considerado (leia-se atuação estatal) deve ser conjugada com os esforços de empresas e trabalhadores(as) em especial por meio de negociações coletivas. Assim, observando-se o quadro acrescentado à disciplina ministrada na USP pelo Professor Steinmeyer, existiriam os seguintes modelos na Europa: a) o mediterrâneo, composto de países como Espanha, Itália e Grécia, que apostam especialmente em medidas de proteção legal contra o desemprego e que são dotados de menor flexibilidade que os demais; b) o continental, em que se incluem países como Alemanha, França e Luxemburgo, com elevada proteção contra o desemprego e grande número de benefícios, dotados de média possibilidade flexibilizatória, considerado o conjunto dos países europeus; c) os países do modelo anglo-saxão, em que se encontram Portugal, Inglaterra e Irlanda, em que há uma menor proteção em especial contra o desemprego e possibilidade maior de flexibilização que os anteriores e, por fim, d) os países do modelo nórdico em que se encontram a Dinamarca, a Suécia, Finlândia, Holanda e a Áustria, que contam com intenso grau de possibilidade flexibilizatória, mas também elevada proteção social, constituindo o exemplo mais perfeito do que se entende por *flexicurity*, possuindo simultaneamente elevada taxa de emprego e de proteção social.

A Alemanha trata-se de caso mais perfeito, na perspectiva da *flexicurity*, do que denominamos liberalismo social: ou seja, é um dos melhores exemplos da busca da conciliação entre o indivíduo e a sociedade no mundo ocidental. Ela optou, nesta linha, por uma relação entre uma flexibilidade moderada (mas muito significativa, se olharmos o conjunto dos países centrais ao capitalismo), e uma proteção social bastante efetiva.

Para chegarmos à nossa relação entre negociação coletiva em modelos dotados de alguma flexibilidade e os correlatos dilemas da liberdade sindical, precisamos antes destacar alguns elementos do direito coletivo do trabalho alemão.

A representação na Alemanha se faz prioritariamente a partir dos Conselhos, constituídos por empresas. Existem sindicatos, cuja adesão é livre (mais um aspecto da liberdade sindical), mas as principais negociações coletivas são feitas pelos Conselhos no âmbito das empresas a respeito de situações específicas que envolvem os seus trabalhadores e as suas trabalhadoras. Os sindicatos, em alguns casos, costumam fazer negociações mais abrangentes referentes a regras gerais mínimas de salário e de férias, por exemplo, que se aplicam aos seus membros, podendo ser estendida a outros trabalhadores e a outras trabalhadoras, se houver disposição neste sentido. No entanto, deve-se frisar que esta não é a tipologia mais significativa na Alemanha, mas sim aquela realizada no âmbito das empresas pelos Conselhos. Na lógica de que o risco do empreendimento é do empregador, os Conselhos foram constituídos no sentido de partilhar *certas* decisões com os empregados e empregadas. Quando se diz certas decisões é bom ficar claro, como fez questão de realçar o Professor Steinmeyer na aula antes mencionada, que nunca são delegadas, ou compartilhadas, as de natureza econômica. Assim, o que é produzido ou como é produzido permanece na esfera exclusiva de deliberação patronal. Ou seja, a decisão sobre o processo produtivo nunca é entregue à classe trabalhadora. A produção continua sob o comando inexorável do capitalista. Somente as cláusulas chamadas de sociais seriam deliberadas, necessariamente, com a participação do Conselho (forma de pagamento dos salários, por exemplo). E este dado é relevante para o que estamos tentando demonstrar. Dele nos utilizaremos no momento certo. Os Conselhos são compostos por representantes da empresa e de trabalhadores e trabalhadoras, sendo por eles e por elas eleitos. É um típico sistema de parceria, sendo vedado mesmo que qualquer interesse político partidário se manifeste por meio dos Conselhos no interior da empresa<sup>(1)</sup>. Os seus representantes possuem

proteção, não podendo ser demitidos durante o período de representação. Isso estaria em consonância com outro aspecto da liberdade sindical. Considerando, ainda, que a sua constituição não sofre a intromissão estatal, encontrando-se na esfera de deliberação dos trabalhadores e das trabalhadoras, percebe-se que, somados os demais elementos informadores, nos encontramos diante de hipótese típica de liberdade sindical.

Realizada a junção de todas as informações anteriores, podemos nos centrar no eixo de nossa investigação sobre a liberdade sindical em um sistema que é pensado a partir da flexibilização, ainda que considerada por Steinmeyer como moderada (no entanto, não tão moderada se cotejarmos a Alemanha não apenas com a Europa, mas também com outros países do Ocidente). Trata-se de uma liberdade nos estreitos limites postos pela classe capitalista, isto é, pela lógica do sujeito de direito. Ou seja, a participação da classe trabalhadora em nada opera alterações no processo de produção, do qual é excluída. Sob a já desgastada alegação de que o risco da atividade empresarial é exclusivamente do empregador, o que se esconde de trabalhadores e trabalhadoras é a gestão e a apropriação dos meios de produção, que permanecem intocadas. O que lhes resta é o debate sobre as cláusulas econômicas; enfim, uma participação economicista<sup>(2)</sup>, em que sequer o aspecto político de real interesse da classe trabalhadora pode ser introduzido. Tudo conflui para a conciliação de classes dentro de certos parâmetros postos pela ordem instituída. O Conselho do modelo alemão nada mais é do que a tradução moderna de algo que já se encontrava instrumentalizado na Constituição de Weimar de 1919, em pleno momento de maior tensão classista, representando a mais cristalina tradução da conciliação de classes<sup>(3)</sup>. E, assim como em Weimar, a apologia da lógica negocial de classes foi novamente tutelada pela social-democracia alemã, que deixou, novamente, de ser a legítima representante da classe trabalhadora na luta e incorporou o pior papel que o processo histórico poderia lhe reservar. A história se repete: a primeira vez como tragédia, a segunda como farsa.

(1) Aliás, de acordo com a Seção 2, § 1º, do *Works Constitution Act*: "The employer and the works council shall work together to promote the interests of the employees and the plant in accordance with the valid collective bargaining agreements, in a spirit of mutual trust, and in cooperation with the trade unions represented in the plant and the employers' organisations". A questão da natureza consensual é tão séria que chega mesmo a dispor a Seção 74, parágrafo 2º, da mesma disposição normativa: Sec. 74 para 2 of the *Work Constitution Act*:

"It shall be impermissible for the employer and the works council to use labour dispute measures against each other; this does not apply to labour disputes between parties competent to conclude collective bargaining agreements. Employer and works council shall refrain from activities which adversely affect the operations of or order in the plant. They shall refrain from any party politics within the plant; the handling of matters relating to collective labour, social and economic policy which pertain directly to the plant or its employees shall not be affected hereby." Perceba-se o nítido caráter de conciliação de classes de que estão revestidas estas disposições, e que segue o modelo alemão desde a Constituição de Weimar de 1919, que, em seu famoso artigo 165, já continha determinações de natureza conciliatória. Aliás,

o disposto na Seção 74, § 2º, está em perfeita consonância com as digressões de Bernard Edelman, quando discorre sobre a questão da importância, para esse processo, da vedação do debate político, na perspectiva da classe trabalhadora, no ambiente da empresa (EDEL-MAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. Coord. da trad. Marcus Orione. São Paulo: Boitempo, 2016, p. 63-107).

(2) O movimento economicista se limitava à busca de melhores condições para os trabalhadores e trabalhadoras nos ambientes do trabalho, pautando uma luta meramente econômica que se cingia a temas como redução da jornada de trabalho ou aumento de salários, por exemplo (LENIN, Vladimir Ilich. *O estado e a revolução*: o que ensina o marxismo sobre o estado e o papel do proletariado na revolução. Trad. Marcelo Braz. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2007, p. 53).

(3) A respeito do tema na Constituição de Weimar de 1919, confira-se ORIONE, Marcus. Forma jurídica e luta de classes como critérios informadores da crítica marxista de modelos constitucionais: um estudo a partir das Constituições do México de 1917, de Weimar de 1919 e da República Socialista Soviética da Rússia de 1918. In BATISTA, Flávio Roberto; MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer (Orgs.). *Revolução Russa, Estado e Direito*. São Paulo: Dobratura Editorial, 2017, p. 161-191.

Neste tipo de modelo, tudo leva sempre a crer que trabalhadores e trabalhadoras estão participando livremente das escolhas, numa lógica de ponderação, de moderação. No entanto, aqui é que mora o perigo: o ato de ponderar sempre parte de pressupostos estranhos aos verdadeiros interesses da classe trabalhadora. O problema da ponderação é o seu ponto de partida: o de que cada um deve assumir a sua responsabilidade numa lógica inserta na perspectiva da reprodução da compra e venda da força de trabalho como elemento constitutivo do modo de produção capitalista. Não nos adiantemos, no entanto. Esgarcaremos este argumento mais adiante nas nossas conclusões.

### III) O modelo sindical brasileiro e a impossibilidade fática da liberdade sindical

Se isso se dá com um país da estatura da Alemanha na perspectiva do capitalismo mundial, o que sobrar para países da periferia do capitalismo? Poucas esperanças nos restam na análise do caso brasileiro.

Embora mais adiante pretendamos retomar o papel negocial dos sindicatos num modelo que se pretende cada vez mais flexibilizado como o brasileiro — dado fundamental, insistimos, para se entender a liberdade sindical burguesa —, faz-se necessário que voltemos no tempo.

Desde o final da década de 1930 e início dos anos 1940, buscou-se a concepção de um aparelhamento em que sindicatos de trabalhadores e trabalhadoras se retirassem do campo da luta, inserindo-se na esfera pública. Como extensão do público, eles passaram a deter prerrogativas de representação da categoria e de cobrança compulsória de uma contribuição de seus membros, a que, por muito tempo, se deu o nome de imposto sindical. A situação assemelhava-se a uma delegação tributária estatal na sua origem. Sob a tríade natureza pública/categoria/contribuição compulsória, instalou-se um modelo de elevado controle das entidades sindicais desde a sua constituição à eleição de seus dirigentes, passando pela limitação ainda dos meios de pressão para a obtenção de resultados nas suas negociações — que se encontravam altamente ligadas à atuação do poder público em especial por meio da sentença normativa da Justiça do trabalho.

Até a Constituição de 1988, este modelo vigorou praticamente intacto. E, mesmo após a sua promulgação, embora se defenda que a natureza pública dos sindicatos tenha sido afastada, as duas outras características do modelo, que ajudavam a impedir a plena adesão a um modelo de liberdade sindical, permaneceram intactas por muito tempo: a noção de categoria e a contribuição compulsória imposta a esta.

A situação se alterou substancialmente com a Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017). Em norma que afastou a contribuição compulsória, considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, houve uma alteração sensível na condição dos sindicatos. Por incrível que pareça, esse instrumento que realmente pode ter sido essencial no

fenômeno de artificialismo de vários sindicatos foi, ao mesmo tempo, dado fundamental para a existência de uma certa resistência sindical (a dialética sempre presente). Não sem sentido que esta alteração tenha sido acompanhada de um dos primeiros atos do governo Bolsonaro, a Medida Provisória n. 873/2019, em que se burocratizava a cobrança das mensalidades pagas pelos associados às suas entidades sindicais. Este conjunto de disposições, considerando-se em especial a última, face à sua proximidade com a tramitação da reforma previdenciária promovida pelo mesmo governo, implicou em nível de desmobilização jamais presenciado em outros instantes de ataques claros à classe trabalhadora.

Veja-se que, abandonando a esfera pública e sendo supostamente admitido na privada, ao sindicato caberia prover as suas fontes. Não obstante, isso sequer tem sido plenamente observado pelo Judiciário que, em algumas situações, tem-se colocado contra iniciativas de efetivação de cobrança de valores, de caráter privado, indispensáveis à subsistência sindical. Portanto, mesmo com o distanciamento, mas não total afastamento, do Executivo na atuação sindical, o Judiciário vem assumindo papel fundamental para que a liberdade sindical não se opere de forma plena no país. E isto fica mais claro ainda se acompanharmos, especialmente a partir da greve dos petroleiros de 1995, o cerceamento ao direito de greve de trabalhadores e trabalhadoras. Com uma inédita sutileza nos métodos, esta greve é responsável por uma nova conformação da forma jurídica em relação à atuação das entidades sindicais. A partir dela, há uma sofisticação jamais vista na nossa ideologia jurídica<sup>(4)</sup>. Após, não são raros os exemplos em que o Judiciário assumiu um papel fundamental no impedimento da liberdade sindical burguesa no país: em hipóteses como as decisões reiteradas a respeito do funcionamento de transportes públicos em horário de pico em situações de greves (como no caso dos metroviários ou dos condutores de ônibus no interior do mesmo município) ou na insólita decisão do Supremo Tribunal Federal que permite o corte de ponto de servidores, observadas certas condições, em caso de greves no serviço público.

Se é assim com o Judiciário, em relação ao Executivo e Legislativo, o controle estatal, ainda que mais mitigado, continua a existir, como vimos no caso da Medida Provisória n. 873/2019. Da mesma forma, a preservação do conceito de categoria leva a uma esdrúxula possibilidade de intervenção disfarçada de controle *soft* no momento da constituição da entidade sindical. Aliás, é coisa de se pensar: se não há mais contribuição compulsória, não há também mais sentido no conceito de categoria. Os dois conceitos nasceram atados e isso tinha uma razão de ser: o caráter público dos sindicatos. Como se desejava que

(4) A respeito confira-se a excelente análise feita em CORREGLIANO, Danilo Uler. *O sistema de controle do movimento grevista no Brasil: da greve dos petroleiros em 1995 aos dias atuais*. 2013. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

o sindicato abrangesse, com a sua atuação conformatora à dinâmica da compra e venda da força de trabalho, não apenas os seus filiados, com o intuito de se conter a luta de classes, concebeu-se a noção de categoria. Havia, pois, lógica em que todos e todas que pertencessem à categoria pagassem, em especial em vista das vantagens negociais decorrentes da atuação do sindicato, com uma contribuição compulsória. Era a função negocial, mais do que qualquer outra, a pedra de toque da conciliação de classes, com o que tudo era harmonicamente construído a partir da lógica de um direito público. Com o fim da contribuição compulsória, há ainda uma maior ruptura na natureza pública das entidades sindicais e os seus filiados passam a arcar sozinhos, com suas mensalidades, não apenas por benefícios assistenciais, mas também pelas conquistas decorrentes da negociação coletiva. Isso decorre do caráter cada vez mais privado que vem assumindo o sindicato no modelo brasileiro (dado fundamental para mais aproximá-lo da liberdade sindical). Caso não se entenda dessa forma, não há como se respeitar inclusive a natureza privada dos sindicatos, que passariam a prestar serviços a terceiros fora da lógica da equivalência entre a prestação do serviço e a quantia percebida para prestá-los. De certo modo, com a preservação da noção de categoria, e sem a contribuição compulsória, o agente privado passa a realizar atividades para terceiros que não deveriam ser da sua alçada — com a preservação de um certo caráter público não condizente com a esfera privada a que supostamente teriam sido conduzidos os sindicatos. Assim, o sindicato, às suas próprias expensas (leia-se em especial as mensalidades dos filiados), passa a prestar serviço a terceiros sem o correspondente pagamento pelo serviço prestado, o que perverte a noção privada que teria sido agora definitivamente incorporada à sua condição com o fim da contribuição compulsória. Aliás, a extensão de cláusulas negociais a partir do conceito de categoria, sem qualquer pagamento correlato, é fator que acaba por dissuadir quem pretende se filiar a um sindicato como diferencial de prestação de serviços. Se o sindicato, para sobreviver, terá que se transformar num prestador de serviços (lugar que lhe é reservado em toda parte do mundo desde o instante em que passa a apresentar a natureza de pessoa jurídica de direito privado), não há qualquer razão, na perspectiva da equivalência, típica deste processo de privatização do ente sindical, a lógica da preservação do conceito de categoria, com as prerrogativas que lhe são correlatas. Ou se privatiza o sindicato totalmente ou não. Não como se exigir, com o fim da contribuição compulsória, que os sindicatos vivam no limbo entre o público e o privado numa ordem econômica que tende cada vez mais ao liberalismo. Finda a contribuição compulsória, há que se ter como plena a liberdade do sindicato de acolher, dentre os seus membros, qualquer trabalhador ou trabalhadora que entender representável. Veja-se como mais esta questão leva à impossibilidade da liberdade sindical no país, já que, quando abordamos o tema, estamos nos referindo a uma liberdade entre agentes com personalidade de

direito privado. No entanto, a questão da relação público/privado não é um problema apenas nosso. O oportunismo em torno do dualismo das noções de público e privado informa a lógica de atuação do capitalismo como um todo. Somente a ele interessa promover a distinção entre as duas esferas, separando a sociedade civil do estado e não deixando claro que, no seu seio, tudo redundava em interesses em torno da propriedade e, portanto, na dimensão privatística<sup>(5)</sup>. É na aparência da existência de um interesse público que ele joga o seu jogo (que inclui no Brasil o deslocamento, a seu bel prazer, dos sindicatos de uma para outra esfera). Por outro lado, qualquer sistema que impinge, já de início, limites à escolha da forma como os trabalhadores e trabalhadoras irão se organizar, seja pela junção de trabalhadores da mesma empresa (como na Alemanha), seja pela lógica da categoria (como no Brasil), seria, só por essa razão, incongruente com a ideia de liberdade sindical na perspectiva da escolha, pelos próprios trabalhadores e trabalhadoras, da forma de sua constituição. Em derradeira instância, estes modelos indicam modalidades de organização que correspondem à lógica da produção. Isto é, o que determina a união dos trabalhadores é a maneira como a produção irá se organizar, tomando-se como base a divisão social do trabalho que lhe é ínsita. Só isso seria suficiente para enterrar qualquer ilusão com a ideia de liberdade sindical.

De tudo, o que resta é que o novo molde da reforma trabalhista do Governo Temer longe de favorecer a lógica da liberdade sindical prestou-lhe mais um desserviço. E aqui entram, na sua análise, a flexibilização e a dinâmica negocial (a tal prevalência do negociado sobre o legislado).

No nosso país, subtraída a proteção legal como mínimo civilizatório, algo estranho se dá a partir da ideia de que todos e todas teríamos responsabilidade em parte do crescimento econômico: a questão conduz inexoravelmente a condições excessivamente onerosas à classe trabalhadora. Veja-se, por exemplo, como isso se repete agora com os fenômenos de uberrização e turkerização do trabalho. Por aqui, a flexibilização assume o aspecto mais negativo que a palavra pode traduzir: basta verificar as condições impostas aos entregadores de refeições dos mais diversos aplicativos. Domenico de Massi teria apostado no ócio criativo decorrente dos ganhos de tecnologia. No entanto, o que restou, em especial nos países da periferia, é a geração de um negócio (a negação do ócio, portanto) fundado no desespero do trabalhador diante de um mercado de trabalho fragmentado. Aliás, de forma inadmissível, quem propugna por uma *flexicurity* no Brasil pede mais flexibilização a partir da relação contratual coletiva, menor proteção legal individual aos trabalhadores e trabalhadoras e quase nenhuma rede de segurança social. Para entender o que estamos a dizer, basta acompanhar a trajetória

(5) Aqui sugerimos a leitura de PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Coord. Marcus Orione. Trad. Lucas Simone. São Paulo: Sundermman, 2017, p. 165-182.

e os resultados da mais nefastas dentre as reformas previdenciárias (promovida pelo governo Jair Bolsonaro) já realizada no país em todos os tempos — que resultou na Emenda Constitucional 103/19. A junção de tudo isso certamente não corresponde ao conceito europeu de *flexicurity*.

É nesse contexto que, com a reforma trabalhista, vem proposta de supremacia do negociado sobre o legislado, que ajuda a revelar, por sua ligação com o tema da flexibilização, os suplícios da busca da liberdade sindical em países da periferia do capitalismo. Um sindicato vigiado desde a sua constituição, ainda que de forma diversa dos momentos anteriores da nossa história, pelo Executivo, Legislativo e Judiciário; um sindicato que se assenta num direito de greve e de outras formas de pressão cada vez mais destruídos; um sindicato com a possibilidade de obtenção de rendas cada vez mais diminuída e cerceada, na perspectiva mesmo de ente privado, pelas autoridades estatais; um sindicato num mundo do trabalho precarizado e ainda atado ao conceito de categoria; enfim, é esse o sindicato “livre” que irá realizar negociações, inclusive mais pejorativas para a categoria, à margem da proteção legal. Este é o eixo da participação sindical no processo de flexibilização brasileiro. Para isso, e apenas para isso, é que serve a liberdade sindical brasileira.

De tudo que foi dito resta mais do que cristalino que, se a liberdade sindical não é possível enquanto liberdade de classe da classe trabalhadora nos países centrais do capitalismo, ela é inexistente nesse sentido naqueles da sua periferia. E aqui entra a questão que foi deixada de lado para esse momento derradeiro: ela é impossível não apenas por motivos econômicos conjunturais, mas por questões estruturais, ou seja, exatamente por partir de um patamar de democracia que não corresponde aos anseios da classe trabalhadora. Para demonstrar, permanecendo apenas no campo jurídico, tomemos a questão da ponderação de princípios. Destaquemos exemplo simples: nessa lógica, não há como se permitir o direito absoluto de greve, com a determinação de sua conveniência e oportunidade pelos trabalhadores e pelas trabalhadoras, simplesmente porque a ideia burguesa é de que todos os direitos devem ser ponderados. Não há direito absoluto, diriam os juristas. E aí reside o problema. Na ponderação, o vetor de interpretação será sempre a tal dignidade da pessoa humana e, como ela é um parâmetro, em última instância, individual, a solução verdadeiramente coletiva, aquela de interesse de trabalhadores e trabalhadoras, nunca irá se dar. Mesmo quando, a partir dela, se encontra uma solução “coletiva”, essa nada mais do que uma aparência do coletivo e nunca aquele que sintetiza os anseios e necessidades da classe trabalhadora. O que se apresentará como coletivo resultará inevitavelmente numa soma de interesses individuais aparentemente coletivizados. Assim, a greve no setor de transportes de pessoas, por exemplo, atingiria o direito de ir e vir do restante da população, devendo ser sopesada e afastada em hipóteses “extremas”. Esta dimensão da escolha, que já contém algo de prévio na solução

(portanto, é um princípio que carrega uma constante; revelando, nessa farsa, que é verdadeiramente uma regra que sempre é utilizada contra a classe trabalhadora), leva em conta sempre a preservação da produção capitalista, e mais, a conservação da dinâmica de compra e venda da força de trabalho (elemento constitutivo do capitalismo enquanto modo de produção). No caso da greve em transportes de pessoas, essa perspectiva de reprodução da dinâmica do capital fica patente: o que importa é a circulação da venda da força de trabalho, com o que trabalhadores e trabalhadoras não devem ser impedidos de retornar diariamente à execução de seus serviços. Isso nada tem a ver com direito de locomoção (atingido todo o dia pelas péssimas condições de transporte nas grandes cidades, por exemplo, em horário de pico, o que não é objeto de qualquer preocupação séria do poder público), mas sim com o ir e vir da mercadoria força de trabalho. Portanto, os interesses de trabalhadores e trabalhadoras serão apenas aparentemente ponderados, perdendo, não raro, para os dos consumidores, os dos usuários do sistema de serviços públicos e assim por diante. A produção nunca será atingida neste processo de ponderação, mesmo quando, episodicamente, o trabalhador e a trabalhadora são vitoriosos (afinal, de vez em quando, há que se reforçar também esse aspecto da ideologia jurídica, senão a farsa seria evidente demais). Com as dificuldades mencionadas no curso de nossa análise, ainda que fossem ultrapassadas todas as limitações conjunturais, mesmo assim teríamos esta que é uma restrição estrutural, portanto, inamovível se mantida a lógica do modo de produção capitalista.

#### IV) Conclusão

Nesta toada, o que sobra à classe trabalhadora? Resta o que seria a sua verdadeira liberdade, não fincada em pressupostos da democracia liberal burguesa: a ela chamamos de liberdade de classe da classe trabalhadora ou do proletariado.

Do que se trata? Como ela é efetivada?

A estas e outras perguntas temos buscado responder num esforço acadêmico e, para tanto, acabamos de constituir, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, o Grupo de Pesquisa “Liberdade de classe e liberdade sindical — LICLASLISIN”, que irá contar também com a participação dos professores Ronaldo Lima dos Santos e Flávio Roberto Batista, além de outros pesquisadores e de outras pesquisadoras. Recentemente incluído na plataforma Lattes, o Grupo pretende se reunir com sindicatos, estudiosos do direito e de outras áreas do conhecimento, para, a partir de uma nova dinâmica universidade/entidades sindicais, tecer uma concepção de liberdade que efetivamente atenda aos interesses da classe trabalhadora. Na perspectiva do marco teórico, serão trabalhados especialmente os conceitos utilizados por Evgeni Pachukanis<sup>(6)</sup>,

(6) PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Coord. Marcus Orione. Trad. Lucas Simone. São Paulo: Sunderman, 2017.



Bernard Edelman<sup>(7)</sup> e Louis Althusser, promovendo-se uma análise a partir da forma jurídica.

Enfim, o desafio está posto.

Cabe apenas à classe trabalhadora tomar as rédeas de seu destino e conceber as estruturas para uma liberdade que lhe seja realmente pertinente enquanto classe. Somente a ela deve pertencer seu próprio destino!

### Referências

CORREGLIANO, Danilo Uler. *O sistema de controle do movimento grevista no Brasil: da greve dos petroleiros em 1995 aos dias atuais*. 2013. 178 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

---

(7) EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. Coord. da Tradução Marcus Orione. São Paulo: Boitempo, 2016 e EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia (elementos para uma teoria marxista do direito)*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976.

EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. Coord. da trad. Marcus Orione. São Paulo: Boitempo, 2016.

———. *O direito captado pela fotografia (elementos para uma teoria marxista do direito)*. Trad. Soveral Martins e Pires de Carvalho. Coimbra: Centelha, 1976.

LENIN, Vladimir Ilich. *O estado e a revolução: o que ensina o marxismo sobre o estado e o papel do proletariado na revolução*. Trad. Marcelo Braz. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2007.

ORIONE, Marcus. Forma jurídica e luta de classes como critérios informadores da crítica marxista de modelos constitucionais: um estudo a partir das Constituições do México de 1917, de Weimar de 1919 e da República Socialista Soviética da Rússia de 1918. In BATISTA, Flávio Roberto; MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer (Orgs.). *Revolução Russa, Estado e Direito*. São Paulo: Dobratura Editorial, 2017. p. 161-191.

PACHUKANIS, Evgeni. *A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)*. Coord. Marcus Orione. Trad. Lucas Simone. São Paulo: Sundermman, 2017.



## OS PROTOCOLOS AGROAMBIENTAIS DO SETOR SUCROALCOOLEIRO PAULISTA E A MECANIZAÇÃO DO CORTE DA CANA-DE-AÇÚCAR(2) REVISANDO OS DADOS

### The agri-environmental protocols of the sugar and alcohol sector in São Paulo and the mechanization of sugar cane cutting (2) Reviewing the data

Guilherme Guimarães Feliciano (\*)

Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto (\*\*)

**RESUMO:** O Estado de São Paulo, maior produtor de cana-de-açúcar do Brasil, possui quase a totalidade das áreas destinadas à cultura canavieira mecanizada. Esse avanço da mecanização nos canais paulistas foi fortemente incentivado pelo primeiro “Protocolo Agroambiental do Setor Sucroalcooleiro Paulista” (2007), cuja finalidade era a adoção de ações destinadas a consolidar o desenvolvimento sustentável da indústria da cana-de-açúcar do Estado de São Paulo. No entanto, em que pese o escopo de promoção da sustentabilidade e apesar de dispor sobre medidas protetivas do meio ambiente, o protocolo foi omisso em relação ao trabalhador do setor sucroalcooleiro e o segundo protocolo pouco avançou nesse sentido. Considerando este contexto, partindo do método dedutivo e de pesquisa bibliográfico-documental, o objetivo deste artigo é analisar se os protocolos agroambientais do setor sucroalcooleiro paulista promoveram o desenvolvimento sustentável do setor, refletindo sobre a omissão em relação à proteção social do trabalhador, tanto em relação àquele que permanece no corte manual, quanto àquele que foi substituído pela máquina.

**PALAVRAS-CHAVE:** Setor sucroalcooleiro. Mecanização. Cortadores de cana-de-açúcar. Protocolo agroambiental do setor sucroalcooleiro paulista.

**ABSTRACT:** The State of São Paulo, the largest producer of sugarcane in Brazil, has almost all the areas intended for the mechanized sugarcane culture. The advancement of the mechanization in the São Paulo channels was strongly encouraged by the first “Agro-Environmental Protocol for the São Paulo Sugar-Alcohol Sector” (2007), whose purpose was the adoption of actions aimed at consolidating the sustainable development of the sugar cane industry in the State of São Paulo. However, even with the scope of promoting sustainability and despite providing for protective measures for the environment, the first protocol was silent in relation to workers in the sugar and alcohol sector and the second protocol has made little progress in this regard. In this context, starting from the deductive method and bibliographic-documentary research, the objective of this article is to analyze the agri-environmental protocols of the sugar-alcohol sector in São Paulo to promote the sustainable development of the sector, to reflect on an omission in relation to the social protection of workers, both in relation to the one that remains in the manual cut, and the one that was replaced by the machine.

**KEY-WORDS:** Sugar and alcohol sector. Mechanization. Sugar cane cutters. Agro-environmental protocol of the sugar and alcohol sector in São Paulo.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Análise das diretrizes firmadas no “Protocolo Agroambiental do Setor Sucroalcooleiro Paulista” (2007) e no “Protocolo etanol mais verde” (2017). 2. O “Compromisso Nacional para Aperfeiçoar as Condições de Trabalho na Cana-de-Açúcar”: simbolismo e (in)efetividade. 3. *Soft law* e efeitos sociais: por quais caminhos? Considerações finais. Referências.

#### Introdução

O setor sucroalcooleiro, também chamado de setor sucroenergético, utiliza como matéria-prima basilar a cana-de-açúcar, cultura desenvolvida no Brasil

desde o período colonial, e tem como seus principais produtos o açúcar, o etanol (anidro e hidratado) e a energia decorrente da biomassa (bagaço da cana-de-açúcar). Trata-se de setor proeminente na economia brasileira, correspondendo a aproximadamente 2%

(\*) Livre-Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da USP. Doutor em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa (ULISBOA). Extensão Universitária em Economia Social e do Trabalho pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Professor associado do Departamento de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito da USP. Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté. Coordenador do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em

Direito do Trabalho e Processual do Trabalho da Universidade de Taubaté (UNITAU). Presidente da ANAMATRA (biênio 2017/2019).

(\*\*) Doutora e Mestre em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogada. Professora da Universidade São Judas Tadeu e da Universidade Paulista. Pesquisadora da Escola Superior da Advocacia de São Paulo.

do Produto Interno Bruto (PIB) do país<sup>(1)</sup>, o que faz do Brasil o maior produtor mundial de cana-de-açúcar, tendo grande destaque internacional na exportação de açúcar e etanol<sup>(2)</sup>.

Neste setor, conforme dados da Agência Paulista de Promoção de Investimentos e Competitividade<sup>(3)</sup>, destaca-se o Estado de São Paulo que, com cerca de 98% das áreas destinadas à cultura canavieira mecanizada<sup>(4)</sup>, é responsável por cerca de 55% de toda a cana, açúcar e etanol produzidos no país.

O cultivo dessa matéria-prima envolve diferentes estágios produtivos, que vão desde o seu plantio até o corte e colheita. E é para esta fase final da produção que se voltam maiores atenções. O corte da cana é tema que gera ampla preocupação, especialmente sob as perspectivas ambiental e social, já que, durante muito tempo, envolveu a queima da palha da cana e submeteu o cortador a condições penosas de trabalho.

A queima da palha da cana (ou coivara) é uma estratégia que foi muito utilizada pela indústria canavieira para otimizar as operações de corte e colheita. Esta técnica consiste em atear fogo no canavial, promovendo a limpeza das folhas secas e verdes, que são inutilizadas pela indústria, e facilitando o corte. No entanto, apesar de ser útil à produção de cana, a queimada é prejudicial ao meio ambiente e à saúde do trabalhador, pois promove emissões de gases do efeito estufa na atmosfera, como o gás carbônico, o monóxido de carbono, óxido nítrico, metano, e aumenta a poluição do ar atmosférico. A fumaça e fuligem, oriundas da queima, espriam-se para além do perímetro do canavial, provocando o aumento de temperatura da região, doenças respiratórias, dermatológicas, cardiovasculares, dentre outros prejuízos.

Além da queimada, o setor sucroalcooleiro é marcado por outro “calcanhar de Aquiles”: o trabalho penoso desenvolvido pelos cortadores de cana. Dada a sua intensidade e danosidade, tal atividade chegou a ser denominada de “maratona dos canaviais”<sup>(5)</sup>, já que o esforço e desgaste durante a realização do trabalho podem ser equiparados ao esforço e desgaste de um maratonista olímpico. Estudos ergonômicos

realizados com cortadores de cana no interior do Estado de São Paulo indicam que, em apenas 10 minutos, um trabalhador chega a cortar manualmente cerca de 400 quilos de cana, realizar 131 golpes de facão e flexionar o tronco 138 vezes<sup>(6)</sup>. Além de exaustiva, a jornada de trabalho desses trabalhadores nem sempre abrange os intervalos necessários para descanso.

Ao trabalho extenuante, soma-se a remuneração por produção — comumente empregada para os cortadores de cana — sob as circunstâncias penosas características do setor, aliando-as às metas explícitas ou tácitas, que exigem um esforço desumano para serem cumpridas. O pagamento por produção, no qual prevalece a lógica de “quanto mais trabalho, maior o salário” — e acerca do qual, no caso na cultura da cana, não há clareza de como os valores devidos aos trabalhadores são calculados —, aliado a metas quase imbatíveis, incentiva a superação dos limites do próprio corpo a fim de aumentar a renda mensal. Assim, o corte de cana realizado ao ar livre, sob o sol, no qual o trabalhador está equipado com uma vestimenta robusta (botas com biqueira de ferro, perneiras de couro até o joelho contendo três barras de metálicas frontais, calças de brim, camisa de manga comprida, lenço no rosto e pescoço, chapéu, óculos e luvas), torna-se ainda mais desgastante em função da remuneração adstrita à quantidade de cana-de-açúcar colhida por cortador, fator considerado causa determinante da penosidade da atividade<sup>(7)</sup>.

Embora os pontos críticos enunciados sejam alarmantes, a preocupação com os danos ambientais (naturais) causados pela queima da palha da cana foi primeira e maior e as ações para eliminação das queimadas e incentivo à mecanização do corte da cana foram priorizadas. Dentre essas iniciativas, merece destaque os protocolos agroambientais do setor sucroalcooleiro paulista, destinados às indústrias canavieiras do Estado de São Paulo. Firmado em 2007 e renovado em 2017, entre o Governo do Estado de São Paulo e o setor sucroalcooleiro, os protocolos objetivam adotar ações destinadas a consolidar o desenvolvimento sustentável da indústria da cana-de-açúcar no Estado de São Paulo, conforme expresso nos respectivos textos.

No entanto, apesar do seu escopo de promoção do desenvolvimento sustentável e apesar de dispor sobre medidas protetivas do meio ambiente, como o incentivo à mecanização do corte de cana e eliminação das queimadas, por exemplo, o primeiro protocolo foi omissivo no tocante às condições de trabalho do cortador de cana, bem como em relação ao futuro dos trabalhadores que seriam substituídos pelas máquinas, sendo silente quanto à necessidade de educação e (re)qualificação desses trabalhadores para futura

(1) ÚNICA (UNIÃO DAS INDÚSTRIAS DE CANA-DE-AÇÚCAR). *Balanco de atividades 2012/2013 a 2018/2019*. 2019. Disponível em: <<https://www.unica.com.br/wp-content/uploads/2019/06/Relatorio-Atividades-201213-a-201819.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

(2) CNA. *Impacto da oferta mundial de açúcar sobre a produção brasileira de cana-de-açúcar*. 2018. Disponível em: <<https://www.cnabrazil.org.br/boletins/impacto-da-oferta-mundial-de-acucar-sobre-a-producao-brasileira-de-cana-de-acucar>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

(3) AGÊNCIA PAULISTA DE PROMOÇÃO DE INVESTIMENTOS E COMPETITIVIDADE. *Cana-de-açúcar*. 2020. Disponível em: <<https://www.investe.sp.gov.br/setores-de-negocios/agronegocios/cana-de-acucar/>>.

(4) UNIÃO DAS INDÚSTRIAS DE CANA-DE-AÇÚCAR. *Protocolo agroambiental*. 2018. Disponível em: <<https://www.unica.com.br/iniciativas/protocolo-agroambiental/>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

(5) LAAT, Erivelton Fontana de. *Trabalho e risco no corte manual de cana-de-açúcar: a maratona perigosa nos canaviais*. Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba, 2010.

(6) LAAT, Erivelton Fontana de. *Trabalho e risco no corte manual de cana-de-açúcar: a maratona perigosa nos canaviais*. Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba, 2010.

(7) ALVES, Francisco. *Processo de trabalho e danos à saúde dos cortadores de cana*. *Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente*. v. 3, n. 2. p. 1-26, 2008.

reinserção no mercado de trabalho. O segundo protocolo, embora tenha mencionado a (re)qualificação de trabalhadores, não obriga o setor sucroalcooleiro nesse sentido.

Compreendendo a sustentabilidade como valor multidimensional, priorizar apenas uma de suas dimensões (no caso, a ambiental), em detrimento das outras, indicia a insustentabilidade. Ademais, ao privilegiar a dimensão ambiental ligada ao meio ambiente natural, tais iniciativas acabam por adotar uma concepção limitada do meio ambiente, já que este — necessariamente — também envolve o meio ambiente do trabalho<sup>(8)</sup>.

Considerando o contexto acima, a partir do método dedutivo e de pesquisa bibliográfico-documental, este estudo tem como objetivo analisar se os protocolos agroambientais do setor sucroalcooleiro paulista promoveram o desenvolvimento sustentável esperado, refletindo sobre a omissão em relação à proteção social do trabalhador, tanto em relação àquele que permanece no corte manual, quanto àquele que foi substituído pela máquina.

### 1. Análise das diretrizes firmadas no “Protocolo Agroambiental do Setor Sucroalcooleiro Paulista” (2007) e no “Protocolo etanol mais verde” (2017)

No Estado de São Paulo, a queima da palha da cana-de-açúcar é disciplinada pela Lei Estadual n. 11.241/2002, que dispõe sobre prazos e diretrizes para realização de tal procedimento. A norma exige a entrega de planejamento anual à Companhia de Tecnologia de Saneamento Ambiental (CETESB), visando adequar as áreas de produção ao plano de eliminação de queimadas. O prazo máximo estabelecido pela lei seria o ano de 2021 para áreas mecanizáveis e o ano de 2031 para áreas não-mecanizáveis. Apesar de não ter sido revogada expressamente, as disposições da referida Lei foram alteradas pelas ações previstas no “Protocolo Agroambiental do Setor Sucroalcooleiro Paulista”, sobretudo no tocante aos prazos para eliminação das queimadas e implantação do corte de cana mecanizado.

O referido Protocolo, celebrado em 2007 entre o Governo do Estado de São Paulo — representado pela Secretaria do Meio Ambiente, Secretaria da Agricultura e Abastecimento e pela Companhia Ambiental Paulista (CETESB) — e o setor sucroenergético — representado pela União da Agroindústria Canavieira de São Paulo (UNICA) e Organização de Plantadores de Cana da Região Centro-Sul do Brasil (ORPLANA) — foi firmado em razão dos danos ambientais advindos das queimadas e em resposta a países que ameaçavam impor barreiras aos produtos brasileiros no comércio internacional. Assim, em atenção a tais questões, o Protocolo foi ajustado e ganhou destaque, sobretudo, em razão da antecipação dos prazos para eliminação da queimada da palha da cana.

De acordo com os novos prazos, as indústrias de cana-de-açúcar que aderiram ao Protocolo ficaram obrigadas a antecipar a eliminação das queimadas, nas áreas mecanizáveis (terrenos com declividade até 12%), de 2021 para 2014 e, nas áreas não mecanizáveis (terrenos com declividade acima de 12%), de 2031 para 2017. Ademais, foi estabelecido que as indústrias canavieiras deveriam também proteger as áreas de mata ciliar e as nascentes de água; implementar planos técnicos de conservação do solo e de recursos hídricos; adotar boas práticas para reciclagem, reuso de resíduos e descarte de embalagens de agrotóxicos; e empreender ações para minimizar a poluição atmosférica gerada em seus processos industriais.

Ao Governo do Estado de São Paulo coube fomentar a pesquisa para o aproveitamento energético e econômico da palha da cana-de-açúcar; apoiar a instalação de infraestrutura logística para a movimentação de produtos da agroindústria canavieira, com ênfase nas exportações, visando a otimização do transporte; conceder o certificado de “Conformidade Agroambiental” aos produtores agrícolas e industriais de cana-de-açúcar que aderiram ao Protocolo e que tiverem atendido as diretrizes por ele estabelecidas; e estimular a adequada transição do sistema de colheita da cana queimada (corte e colheita manual) para a colheita de cana crua (corte e colheita mecanizados), especialmente para os pequenos e médios plantadores de cana.

Observa-se que o “Protocolo Agroambiental do Setor Sucroalcooleiro Paulista” foi uma relevante iniciativa de parceria entre o setor público e o privado em prol da implementação de melhorias e ações “sustentáveis” em um setor econômico, já que estabeleceu responsabilidades tanto para o governo estadual, quanto para os produtores de cana-de-açúcar. Ademais, não apenas tratou da eliminação das queimadas e consequente mecanização da produção, como também cuidou de outras demandas ambientais imperativas, como a reciclagem, a proteção da mata ciliar, a conservação do solo e de recursos, dentre outras.

No entanto, apesar de sua importância para o fim da queima da palha da cana e consequente minimização de danos ambientais, pode-se dizer que o Protocolo disciplinou a questão de forma insuficiente. Isto porque, ainda que se proponha a adotar “ações destinadas a consolidar o desenvolvimento sustentável da indústria da cana-de-açúcar no estado de São Paulo”, conforme dispõe a própria ementa do documento, o Protocolo foi omissivo em relação às condições de trabalho a que estão submetidos os cortadores de cana e em relação às medidas necessárias para realocação dos trabalhadores substituídos pela máquina, já que o corte e colheita da cana mecanizado não oferece mais espaço para o corte manual.

Frise-se que o desenvolvimento sustentável não é baseado apenas em critérios ambientais e econômicos. Diferentemente dessa concepção limitada, a sustentabilidade deve ser compreendida em seu valor pluridimensional, envolvendo todas as esferas que compõem a vida no planeta, como a social, ética,

(8) FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 20, p. 160-203, jul./set. 2002.

jurídica, científica, tecnológica, territorial, cultural e, também, ambiental e econômica<sup>(9)</sup>.

Nesse sentido segue a pauta da agenda internacional, com a Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, os oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e os subsequentes dezessete Objetos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). São eles<sup>(10)</sup>, nessa ordem (com destaque para o ODS n. 8): (1) acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares; (2) acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável; (3) assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades; (4) assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos; (5) alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas; (6) assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos; (7) assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos; (8) *promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos*; (9) construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação; (10) reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles; (11) tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis; (12) assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis; (13) tomar medidas urgentes para combater a mudança do clima e seus impactos; (14) conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; (15) proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade; (16) promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis; e (17) fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

Tem-se, por essa via, a exata dimensão da natureza holística e poliédrica do que se denomina “desenvolvimento sustentável”. E, já por isso, desconsiderar a proteção social do trabalhador que desenvolve suas atividades no setor sucroenergético — e, bem assim, daquele que foi substituído pela máquina — não permite considerar a iniciativa do Protocolo como realmente “sustentável” (conquanto tenha sido assim caracterizada no texto do documento).

Com efeito, ao silenciar sobre a dimensão social envolvida na questão, o Protocolo ignorou o grande

número de doenças e acidentes ocupacionais e mortes causadas pela exaustão do trabalho que acometeram centenas de trabalhadores, característica marcante desse setor econômico, deixando de cumprir a disposição constitucional de “*redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança*”, prevista no art. 7º, XXII, da Constituição Federal. Nesse sentido, também perdeu a oportunidade de fazer referência às normas trabalhistas, com destaque para as Normas Regulamentadoras (NRs), elaboradas no âmbito do Ministério do Trabalho — hoje, Secretaria de Trabalho (Ministério da Economia), diretamente ligadas à saúde e segurança no trabalho.

Além disso, abandonou à própria sorte os milhares de trabalhadores que perderam seu emprego em razão da mecanização da produção canavieira, deixando de lado outra disposição constitucional também presente no art. 7º da Constituição Federal, segundo a qual é direito dos trabalhadores urbanos e rurais a “*proteção em face da automação*” (inciso XXVII). No Estado de São Paulo, antes da celebração do Protocolo, no ano de 2007, eram estimados 210 mil trabalhadores formais na colheita manual e, em 2014 — primeiro prazo estabelecido no protocolo para eliminação das queimadas — esse número diminuiu para cerca de 70 mil trabalhadores<sup>(11)</sup>. Observa-se, portanto, uma queda substancial no número de postos de trabalho logo na primeira fase de mecanização proposta no protocolo.

Neste tocante, importante mencionar que, no período entre 2010 e 2015, a UNICA desenvolveu o Projeto RenovAção, cujo objetivo era promover a (re) qualificação e trabalhadores do setor sucroalcooleiro em face do avanço da mecanização. O RenovAção “*promoveu a capacitação profissional de trabalhadores em seis das maiores regiões produtoras de cana-de-açúcar do Estado de São Paulo, em resposta à revolução tecnológica da cultura da cana-de-açúcar*”<sup>(12)</sup> e (re)qualificou trabalhadores rurais para novas funções nas próprias usinas, tais como operador de colhedora, eletricista, motorista de caminhão; e também em outras atividades, tais como o corte e costura e torneiro mecânico<sup>(13)</sup>. Ao final do projeto, cerca de 6.650 pessoas ligadas direta ou indiretamente ao setor sucroalcooleiro paulista foram qualificadas, das quais, cerca de 80% se recolocaram no mercado de trabalho<sup>(14)</sup>.

(11) INSTITUTO DE ECONOMIA AGRÍCOLA. *Número de Contratações Formais Diminui no Setor Sucroalcooleiro Paulista no Primeiro Semestre de 2014*. 06 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.iea.sp.gov.br/out/LerTexto.php?codTexto=13465>> Acesso em: 4 abr. 2020.

(12) UNICA (UNIÃO DAS INDÚSTRIAS DE CANA-DE-AÇÚCAR). *Histórico de iniciativas*. 2020. Disponível em: <<https://unica.com.br/iniciativas/historico-de-iniciativas/>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

(13) UNICA (UNIÃO DAS INDÚSTRIAS DE CANA-DE-AÇÚCAR). *Histórico de iniciativas*. 2020. Disponível em: <<https://unica.com.br/iniciativas/historico-de-iniciativas/>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

(14) CANA ONLINE. *UNICA e Fundação Solidaridad apresentam o relatório final do Projeto RenovAção*. 2015. Disponível em: <<http://www.canaonline.com.br/conteudo/unica-e-fundacao>>

(9) SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

(10) ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando o Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 5 abr. 2020.

O Renovação, sem dúvida, foi um projeto relevante para o setor, pois ofereceu um caminho para trabalhadores que tiveram o seu trabalho (manual) substituído pelas máquinas. No entanto, o número de trabalhadores (re)qualificados é muito pequeno em comparação ao número de trabalhadores que foram substituídos no corte de cana-de-açúcar (visto que, conforme mencionado anteriormente, cerca de 98% do corte de cana-de-açúcar está mecanizado em São Paulo).

Assim, ao analisar o “Protocolo Agroambiental do Setor Sucroalcooleiro Paulista”, constata-se a sua importância para a redução dos danos ao meio ambiente e para a continuidade do desenvolvimento econômico do setor. No entanto, a sua omissão em relação à proteção social do trabalhador o torna insustentável e insuficiente.

Dez anos após a celebração do mencionado protocolo, o Governo do Estado de São Paulo e o setor sucroalcooleiro, com as mesmas representações mencionadas acima, celebraram um novo protocolo, designado “Protocolo etanol mais verde”, em que novas metas e obrigações foram estabelecidas: eliminação da queima para aqueles que ainda não eliminaram a prática (como mencionado acima, cerca de 2% das áreas paulistas produtoras de cana-de-açúcar ainda não foram mecanizadas), adequação à Lei n. 12.651/2012, proteção e restauração das áreas ciliares, conservação do solo, conservação e reuso da água, aproveitamento dos subprodutos da cana-de-açúcar, responsabilidade socioambiental e certificações, boas práticas no uso de agrotóxicos, medidas de proteção à fauna e prevenção e combate aos incêndios florestais.

Destaca-se, nesse novo protocolo, um avanço em relação ao anterior no tocante à promoção da dimensão sociolaboral da sustentabilidade: a diretiva técnica sobre a responsabilidade socioambiental e as certificações. De acordo com tal item do protocolo, as associações de fornecedores e as unidades de processamento de cana-de-açúcar que aderirem ao novo protocolo deverão “informar sobre a existência de programas de requalificação de mão-de-obra, programas sociais, bem como as certificações socioambientais ou, ainda, programas de gestão ambiental que possuem”, conforme cláusula terceira, alínea f do documento<sup>(15)</sup>.

Nesse sentido, embora tenha acertado em solicitar informações sobre os programas de qualificação de mão de obra empreendidos pelas associações de fornecedores e unidades de processamento de cana-de-açúcar, o novo protocolo não avança o tanto que poderia, pois não estabelece a obrigatoriedade de realização de tais programas. Nesse sentido, a promoção da (re)qualificação da mão de obra fica a critério de cada fornecedor ou unidade. Ademais, as informações prestadas sobre a qualificação de mão de obra

não estão disponíveis para acompanhamento na página eletrônica do governo estadual paulista sobre o novo protocolo.

## 2. O “Compromisso Nacional para Aperfeiçoar as Condições de Trabalho na Cana-de-Açúcar”: simbolismo e (in)efetividade

A par dos protocolos, esteve em vigor no Brasil, de 2009 a 2013, o “Compromisso Nacional para Aperfeiçoar as Condições de Trabalho na Cana-de-Açúcar”.

Tal ajuste foi firmado pelo Governo Federal e por entidades sindicais de trabalhadores e de empresários do setor sucroenergético em 25 de junho de 2009, com a declarada finalidade de melhorar as condições de vida e de trabalho no cultivo manual da cana-de-açúcar. Firmou-se em 24 de junho de 2011 o seu primeiro termo aditivo, prorrogando-o por um ano; em 14 de junho de 2012, firmou-se o segundo termo aditivo, prorrogando-o até 30 de abril de 2013. O ajuste derivou de uma mesa oficial de diálogos instalada em julho de 2008, sob a coordenação da Secretaria Geral da Presidência da República, resultando no que o próprio Governo Federal qualificou como “acordo histórico para valorizar e disseminar as melhores práticas trabalhistas na lavoura da cana-de-açúcar e promover a reinserção ocupacional dos trabalhadores desempregados pelo avanço da mecanização da colheita”<sup>(16)</sup>.

Entre as principais medidas então preconizadas pelo referido ajuste, citem-se as seguintes:

(a) a universalização de um conjunto de boas práticas que incluía, p.ex., a garantia de que o contrato de trabalho passaria a ser celebrado diretamente entre a empresa e o trabalhador da cana, eliminando o intermediário e os vários instrumentos de terceirização de serviços, com o apoio estratégico do Sistema Público de Emprego (SINE);

(b) a eliminação do vínculo entre a remuneração de qualquer serviço e a remuneração dos trabalhadores do corte manual;

(c) a maior transparência na aferição e na forma de pagamento da cana cortada;

(d) a promoção da saúde e segurança do trabalhador (que compõem os dois eixos fundamentais do conceito de meio ambiente do trabalho equilibrado, conforme arts. 225 e 200, VIII, da Constituição Federal e 157, I, da CLT);

(e) a valorização da atividade sindical e da negociação coletiva para os efeitos do Compromisso;

(f) o fornecimento de transporte seguro e gratuito aos trabalhadores para as frentes de trabalho no campo, com a adoção de um sistema de atendimento a acidentes no percurso;

solidaridad-apresentam-o-relatorio-final-do-projeto-renovacao.html>. Acesso em: 5 abr. 2020.

(15) UNIÃO DAS INDÚSTRIAS DE CANA-DE-AÇÚCAR. *Protocolo agroambiental*. 2018. Disponível em: <<https://unica.com.br/iniciativas/protocolo-agroambiental/>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

(16) SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Compromisso nacional para aperfeiçoar as condições de trabalho na cana-de-açúcar*. 2009. Disponível em: <[www.secretariageral.gov.br/acesso-a-informacao/perguntas/compromisso-nacional-para-aperfeiçoar-as-condicoes-de-trabalho-na-cana-de-acucar](http://www.secretariageral.gov.br/acesso-a-informacao/perguntas/compromisso-nacional-para-aperfeiçoar-as-condicoes-de-trabalho-na-cana-de-acucar)>. Acesso em: 14 set 2015.

(g) o fornecimento gratuito de recipiente térmico, conhecido como “marmitta”, apto a assegurar mínimas condições de higiene e manutenção de temperatura do alimento;

(h) a responsabilidade empresarial pela divulgação de boas práticas trabalhistas aos fornecedores independentes de cana-de-açúcar e pelo apoio às ações junto às comunidades.

Pelos termos pactuados, outrossim, ao Governo Federal incumbiria implementar um conjunto de programas e políticas públicas destinadas, entre outras finalidades, à garantia de adequação dos Equipamentos de Proteção Individual (EPI); à ampliação progressiva dos serviços oferecidos pelo Sistema Público de Emprego na intermediação da contratação; à promoção da alfabetização e da elevação da escolaridade das populações de trabalhadores, assim como à promoção da sua qualificação e requalificação, com vistas à sua reinserção produtiva; ao fortalecimento de ações e serviços sociais em regiões de emigração de trabalhadores para atividades sazonais do cultivo manual da cana-de-açúcar; e outras de menor envergadura.

Essas medidas, porém, não redundaram em benefícios sensíveis para as populações de trabalhadores no setor sucroalcooleiro, ao menos em corte nacional, à vista das estatísticas disponíveis e dos estudos mais recentes.

“[...] na atualidade, estas contradições [entre o discurso e a prática, entre a lei e a economia] vêm se acirrando devido à expansão do agronegócio, reolocando a atividade sucroalcooleira em destaque na pauta de exportação brasileira, assegurada pela superexploração de seus trabalhadores e pela perpetuação da condição de dependência do país na divisão internacional do trabalho. Nesta lógica de acumulação o Estado exerce função fundamental favorecendo à submissão de relações de superexploração os cortadores de cana brasileiros.”<sup>(17)</sup>

De fato,

“[e]ntre 2008 e 2012, estima-se um investimento de US\$ 23 bilhões em 76 projetos de construção de novas usinas de etanol e açúcar e mais de US\$10 bilhões na produção do açúcar [...]. Para a Rede Social de Justiça e Direitos Humanos e Comissão Pastoral da Terra (2008), o Brasil deve construir de duas a três usinas por mês até 2013, o que corresponde a 336 usinas construídas em 2008 e 409 (ou 598, com os projetos já em andamento) previstas para o final da safra 2012/2013 [sabe-se hoje que não se alcançou este número]. A previsão é de que, até 2025, o país tenha 615 usinas de etanol, trazendo a expansão da monocultura da cana-de-açúcar, destruição dos recursos naturais, expropriação de famílias camponesas e afetando

consequentemente a produção de alimentos. Os incentivos do Estado ao setor sucroalcooleiro ocorrem por meio da aprovação de legislações, incentivos fiscais, crédito a juros subsidiados e financiamentos. De acordo com o Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE, 2007), só para 2012, foi previsto que o investimento do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), para esse setor, chegasse a US\$12 bilhões de dólares. A esse respeito, Marini (2005, p. 179) afirma que “assiste-se em toda América Latina à ressurreição do modelo da velha economia exportadora”, financiada por recursos públicos que poderiam ser destinados a políticas que beneficiassem amplos setores sociais, mas são repassados para ampliar a concentração do grande capital.

Esses fatores ajudam a intensificar a nossa condição de economia dependente e causam inúmeros impactos negativos tanto para o trabalhador cortador de cana como para a população em geral. Alves (1991) assevera que, para manterem seus empregos, os cortadores foram obrigados a aumentar em 100% a produtividade do seu trabalho, passando de 6 toneladas/homem/dia, na década de 1980, para 12 toneladas, na década de 1990. Esse aumento foi acompanhado pela retomada da expressividade da produção canavieira na pauta da exportação brasileira. Dessa forma, 70% do açúcar produzido no Brasil é exportado para mais de 100 países, sendo na atualidade o maior exportador de açúcar e responsável por 45% da produção do etanol em nível mundial, de acordo com a Rede Social de Justiça e Direitos Humanos (2011).

[...]

Esse fenômeno é evidenciado pela análise do DIEESE (2007), que mostra que no corte de cana, apesar do aumento na formalização do emprego em São Paulo, chegando a 90%, a produtividade cresceu 236,8%, enquanto que o salário caiu 5,5%, chegando, em 2006, à morte de 450 trabalhadores na atividade. De acordo com Silva (2011), há no setor a prevalência da utilização da mão de obra migrante temporária de regiões empobrecidas, o que facilita a maior exploração do trabalhador. Esses fatores favorecem o esgotamento prematuro do trabalhador, já que, conforme Silva (2005), com o aumento de produtividade dos cortadores de cana, a vida útil desses trabalhadores é menor que a dos escravos africanos do século XIX<sup>(18)</sup>.”

Admitidos esses dados e as suas conclusões, resulta que, afinal, o “Compromisso Nacional para Aperfeiçoar as Condições de Trabalho na Cana-de-Açúcar” cumpriu basicamente uma função político-simbólica. No mundo-do-ser, não preordenou transformações efetivas na realidade social a que se destinou (agravando, portanto, o quadro de desproteção social observado nas iniciativas público-privadas de

(17) RAMALHO, Claudilene da Costa; MOREIRA, Renata Couto. Superexploração dos cortadores de cana no agronegócio brasileiro. *Temporalis*, v. 2, n. 26, p. 55-74, fev. 2014. ISSN 2238-1856. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/5866>>. Acesso em: 30 out. 2015.

(18) RAMALHO, Claudilene da Costa; MOREIRA, Renata Couto. Superexploração dos cortadores de cana no agronegócio brasileiro. *Temporalis*, v. 2, n. 26, p. 55-74, fev. 2014. ISSN 2238-1856. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/5866>>. Acesso em: 30 out. 2015.

autorregulação do setor — já que, neste caso, a “resposta simbólica” tem o condão de arrefecer demandas sociais legítimas).

As medidas predispostas pelo Compromisso revelaram-se de pouca efetividade, notadamente pela timidez com que o documento se debruçou sobre a questão remuneratória. Nesse sentido, cumpriria agregar àquelas diretivas — com grande proveito para a regulação do trabalho no âmbito das monoculturas sucroalcooleiras do Estado de São Paulo —, um pacto de progressiva abolição da remuneração por produção ou tonelagem entre os trabalhadores de corte manual, tendo em conta a aguda penosidade que deriva da associação desse modelo remuneratório com as naturais privações e exposições que já militam contra a integridade psicossomática desses trabalhadores. É, por exemplo, o que ocorreu na Ação Civil Pública (ACP) ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho em face da Usina Santa Fé S.A. (situada na região de Matão, interior do Estado de São Paulo), na qual foi requerido que a reclamada fosse proibida de remunerar os cortadores de cana por produção. A ACP foi julgada procedente, em decisão lavrada nos autos do Processo n. 0001117-52.2011.5.15.0081/ACP e ulteriormente mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região.

### 3. *Soft law* e efeitos sociais: por quais caminhos?

Como se pôde perceber, os termos integrais do “Protocolo Agroambiental do Setor Sucroalcooleiro Paulista” (2007) ignoraram preocupações sociolaborais que depois seriam plasmadas — sem maiores efeitos — no “Compromisso Nacional para Aperfeiçoar as Condições de Trabalho na Cana-de-Açúcar” (2009) e mencionadas em tom não cogente no “Protocolo etanol mais verde”.

Ademais, os dois primeiros compromissos aparentemente não dialogaram no curso das respectivas execuções, especialmente no âmbito do Estado de São Paulo, enquanto o terceiro instrumento não deu seguimento mais efetivo às iniciativas firmadas no Compromisso. Não há dados que reflitam o contrário. Tal déficit de efetividade é recorrente, no plano nacional, em contextos de hetero ou autorregulação envolvendo modalidades de *soft law*.

Entende-se por *soft law*, a propósito, o complexo de normas exaradas por instituições — especialmente no âmbito internacional — que não detêm cogência ou vinculatividade imediata<sup>(19)</sup>, embora tendencialmente predisponham as partes envolvidas a uma prática ou ao desenvolvimento/afirmação de um bom costume<sup>(20)</sup>. Em sentido mais geral, a locução alcança qualquer instrumento de função regulatória, de caráter interno ou externo, dotado de força normativa limitada, por não criar *de per se* obrigações jurídicas

para as partes envolvidas, conquanto se preste, ainda assim, a produzir efeitos concretos em determinada realidade associada aos destinatários do ajuste.

Com efeito, a implementação concertada e integrada de tais instrumentos exigiria um diálogo prévio, franco e estreito entre as duas instâncias federativas diretamente envolvidas (a União e o Estado de São Paulo) e pressuporia um efetivo sentido de dever a imbuir os parceiros econômicos, o que não ocorreu.

A exemplo de tantos diplomas internacionais (como, por exemplo, as recomendações da Organização Internacional do Trabalho), os instrumentos precitados configuram mecanismos de *soft law* aos quais as entidades optam — ou não — por integram. Ademais, a não observância das cláusulas pactuadas não importam, propriamente, em algum tipo de sanção.

Conviria associar a tais mecanismos, nesses e noutros casos futuros, cláusulas que dispusessem, no âmbito do consenso criado, mecanismos mínimos de convação procedimental que reportassem instrumentos de *hard law*. O envolvimento do Ministério Público do Trabalho, por exemplo, poderia assegurar a criação dessa dimensão adicional, associando aos protocolos e compromissos termos de ajustamento de conduta sob a regência da Lei n. 7.347/1985. Outros instrumentos acessórios de similar utilidade podem ser imaginados e sucessivamente elencados.

Nesse sentido, a título exemplificativo, sugere-se:

(i) que o acesso a recursos públicos de ordem econômico-financeira (*e.g.*, linhas de financiamento para pesquisas autônomas) e de ordem técnica (*e.g.*, assessoramento e “incubação” no imo da universidade pública) seja condicionado à adoção de procedimentos tendentes à formulação de ajustes e protocolos que envolvam interesses sociais destacados no marco do agronegócio, notadamente em favor das coletividades mais vulneráveis (e de suas representações, como são os sindicatos), elidindo os ambientes de dominação política e/ou econômica que geralmente inspiram a crítica doutrinária aos mecanismos de *soft law*;

(ii) que o preestabelecimento de regras consensuais para disciplinar os procedimentos de negociação, celebração e fiscalização dos protocolos e ajustes público-privados — a chamada *soft law* processual — de modo a permitir a formalização de queixas e respectivas sanções junto a instâncias neutras elegíveis (a exemplo das cortes arbitrais internacionais), como solução para repulsar atores sociais que, a despeito dos compromissos assumidos, ignorem ou subvalorizem aspectos ligados a quaisquer das coletividades e/ou interesses diretamente envolvidos.

O aperfeiçoamento dos instrumentos de *soft law* para a otimização dos mecanismos de proteção social das coletividades vulneráveis nos protocolos e ajustes público-privados do setor sucroalcooleiro deverá ser explorado em estudos futuros. Por agora, o que a rigor interessa, nos estritos limites deste trabalho, é

(19) SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002.

(20) MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 303-305.



propor a mudança metodológica da abordagem. Ou, ao menos, a sua reconfiguração combinada.

### Considerações finais

Dizendo-se sustentável, os protocolos agroambientais analisados exaltaram o meio ambiente (natural) e calendarizaram o fim das queimadas, mas pareceram olvidar que o verdadeiro desenvolvimento sustentável deve promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo, e trabalho decente para todos (ODS n. 8). Assim, onde há trabalho humano, o “ambiental” deve necessariamente envolver o elemento humano, conforme dispõe o art. 225 e o art. 200, VIII, da Constituição Federal. Os protocolos, no entanto, desprezaram essa interdisciplinariedade.

Os instrumentos de *soft law* nem sempre são eficazes para reconfigurar hábitos econômicos (sobretudo em contextos sociopolíticos nos quais instâncias federativas não se reconhecem e dialogam mal — como amiúde se dá no Brasil). A própria Organização Internacional do Trabalho passou a assimilar esta lição, resgatando os pressupostos históricos da *hard law*, nos anos seguintes à aprovação da Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998 (ela própria, originalmente, um típico instrumento de *soft law*). No segmento sucroalcooleiro nacional, é ingente produzir a mesma inflexão, com ou sem os parceiros sociais que subscrevem protocolos de intenções. E há caminhos para infletir.

Insistindo em meramente produzir fontes formais de direito simbólico, as gerações presentes poderão até mesmo legar, para a biosfera futura, espaços mais respiráveis. Mas terá sacrificado o principal vetor de sentido das políticas ambientais por transigir com a reificação da pessoa humana. E legará também, às futuras gerações, legiões de desvalidos.

### Referências

- AGÊNCIA PAULISTA DE PROMOÇÃO DE INVESTIMENTOS E COMPETITIVIDADE. *Cana-de-açúcar*. 2020. Disponível em: <<https://www.investe.sp.gov.br/setores-de-negocios/agronegocios/cana-de-acucar/>>.
- ALVES, Francisco. Processo de trabalho e danos à saúde dos cortadores de cana. *Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente*. v. 3, n. 2. p. 1-26, 2008.
- CANA ONLINE. *UNICA e Fundação Solidaridad apresentam o relatório final do Projeto RenovAção*. 2015. Disponível em: <<http://www.canaonline.com.br/conteudo/unica-e-fundacao-solidaridad-apresentam-o-relatorio-final-do-projeto-renovacao.html>>. Acesso em: 5 abr. 2020.
- CNA. *Impacto da oferta mundial de açúcar sobre a produção brasileira de cana-de-açúcar*. 2018. Disponível em: <[https://www.cnabrazil.org.br/boletins/impacto-da-oferta-mundial-de-acucar-sobre-a-](https://www.cnabrazil.org.br/boletins/impacto-da-oferta-mundial-de-acucar-sobre-a-producao-brasileira-de-cana-de-acucar/)
- [producao-brasileira-de-cana-de-acucar](https://www.cnabrazil.org.br/boletins/impacto-da-oferta-mundial-de-acucar-sobre-a-producao-brasileira-de-cana-de-acucar/)> Acesso em: 2 abr. 2020.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. Meio ambiente do trabalho: aspectos gerais e propedêuticos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 20, p. 160-203, jul./set. 2002. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/109018>>. Acesso em: 5 abr. 2020.
- INSTITUTO DE ECONOMIA AGRÍCOLA. *Número de Contratações Formais Diminui no Setor Sucroalcooleiro Paulista no Primeiro Semestre de 2014*. 06 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.iea.sp.gov.br/out/LerTexto.php?codTexto=13465>> Acesso em: 4 abr. 2020.
- LAAT, Erivelton Fontana de. *Trabalho e risco no corte manual de cana-de-açúcar: a maratona perigosa nos canaviais*. Piracicaba: Universidade Metodista de Piracicaba, 2010.
- MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Transformando o Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 5 abr. 2020.
- RAMALHO, Claudilene da Costa; MOREIRA, Renata Couto. Superexploração dos cortadores de cana no agronegócio brasileiro. *Temporalis*, v. 2, n. 26, p. 55-74, fev. 2014. ISSN 2238-1856. Disponível em: <<http://periodicos.ufes.br/temporalis/article/view/5866>>. Acesso em: 30 out. 2015.
- SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- SECRETARIA GERAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Compromisso nacional para aperfeiçoar as condições de trabalho na cana-de-açúcar*. 2009. Disponível em: <[www.secretariageral.gov.br/aceso-a-informacao/perguntas/compromisso-nacional-para-aperfeiçoar-as-condicoes-de-trabalho-na-cana-de-acucar](http://www.secretariageral.gov.br/aceso-a-informacao/perguntas/compromisso-nacional-para-aperfeiçoar-as-condicoes-de-trabalho-na-cana-de-acucar)>. Acesso em: 14 set. 2015.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002.
- UNICA (UNIÃO DAS INDÚSTRIAS DE CANA-DE-AÇÚCAR). *Protocolo agroambiental*. 2007.
- UNICA (UNIÃO DAS INDÚSTRIAS DE CANA-DE-AÇÚCAR). *Protocolo agroambiental*. 2018. Disponível em: <<https://unica.com.br/iniciativas/protocolo-agroambiental/>>. Acesso em: 2 abr. 2020.
- UNICA (UNIÃO DAS INDÚSTRIAS DE CANA-DE-AÇÚCAR). *Balço de atividades 2012/2013 a 2018/2019*. 2019. Disponível em: <<https://www.unica.com.br/wp-content/uploads/2019/06/Relatorio-Atividades-201213-a-201819.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2020.
- UNICA (UNIÃO DAS INDÚSTRIAS DE CANA-DE-AÇÚCAR). *Histórico de iniciativas*. 2020. Disponível em: <<https://unica.com.br/iniciativas/historico-de-iniciativas/>>. Acesso em: 2 abr. 2020.

## AUTÓPSIA PSICOLÓGICA: IMPORTANTE FERRAMENTA PARA ELUCIDAÇÃO DA CAUSA MORTE E SUA APLICAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO

*Psychological autopsy: important tool for elucidation of the cause of death and its application in labour courts*

Graziella Ambrósio (\*)

Roberto Wakahara (\*\*)

**RESUMO:** Autópsia psicológica é uma técnica de investigação que visa, por meio de entrevistas com pessoas próximas ao falecido e análise documental, reconstruir a vida psicológica de um indivíduo, analisando seu estilo de vida, personalidade, pensamentos, sentimentos e comportamentos precedentes à morte, a fim de alcançar o maior entendimento possível sobre as circunstâncias que contribuíram para o falecimento. A autópsia psicológica é aplicável na Justiça do Trabalho nos casos em que se argumenta se o suicídio teve relação com o trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Autópsia psicológica Perícia. Suicídio.

**ABSTRACT:** Psychological autopsy is a research technique that seeks, through interviews with people close to the deceased and documentary analysis, to reconstruct a psychological life of an individual, to analyze their life style, personality, thoughts, feelings and behaviors preceding death, in order to understand the circumstances that contributed to the death. The psychological autopsy can be applied in Labour Courts in cases where it is argued if suicide was related to work.

**KEYWORDS:** Psychological autopsy. Expertise. Suicide.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Autópsia: histórico, definição e finalidade. 3. Casos e autópsia psicológica. 4. Autópsia psicológica na Justiça do Trabalho. 5. Aspectos teóricos para a realização da autópsia psicológica. 5.1. Modelos de entrevista para autópsia psicológica desenvolvidos no Brasil. 5.2. Tempos entre o suicídio e as entrevistas. 5.3. Escolha dos informantes e duração das entrevistas. 5.4. Fatores que podem afetar os informantes. 6. A autópsia psicológica e as políticas na área da saúde. Referências.

### 1. Introdução

Para que o suicídio seja considerado como decorrente do ambiente de trabalho e, portanto, caracterizado como acidente do trabalho, é necessária a demonstração do nexo causal entre o trabalho e o óbito. Em outras palavras, é preciso que fique demonstrada que a intenção suicida foi determinada pelo trabalho. Essa demonstração, porém, não é tarefa fácil, pois o suicídio é tema complexo em que uma multiplicidade de fatores converge para a sua ocorrência.

O suicídio é o ato pelo qual um indivíduo deliberadamente se autoaniquila (OMS, 2006). Segundo Bottega (2014), o suicídio figura entre as três principais causas de morte de pessoas que têm entre 15 e 44 anos de idade, de modo que, a cada 45 segundos, ocorre

um suicídio em algum lugar do planeta. Segundo o autor, o coeficiente de mortalidade por suicídio no Brasil foi de 5,7 no período compreendido entre 2004 e 2010. Ou seja, 5,7 suicídios para cada 100.000 habitantes por ano no período indicado. A despeito de possuir um coeficiente considerado relativamente baixo, o Brasil, por ser um país populoso, figura entre os dez países que registram os maiores números absolutos de suicídios, conforme dados compilados pela Organização Mundial de Saúde. Em 2011, o Brasil registrou, em média, 27 suicídios por dia (BOTTEGA, 2014), ou seja, cerca de 10.000 suicídios durante o ano. No entanto, os números de suicídios no país podem ser ainda maiores, pois, conforme explicam Máximo, Lima e Araújo (2012), esse tipo de morte apresenta historicamente elevado índice de subnotificação no país, em razão de constituir um tabu social, tendo em vista que as pessoas não gostam e nem querem falar sobre o assunto.

Para a Organização Mundial de Saúde (2006), os principais fatores associados ao suicídio são: as tentativas anteriores de suicídio, as doenças mentais, a ausência de apoio social, os históricos de suicídio na família, a forte intenção suicida, os eventos estressantes e as características sociodemográficas, tais como,

(\*) Doutora em Psicologia do Trabalho pela Universidade de São Paulo; Mestre em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada, psicóloga e instrutora da ENAMAT.

(\*\*) Doutorando em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo; Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo; Mestre em Trabalho, Saúde e Ambiente pela Fundacentro. Auditor Fiscal do Trabalho.

pobreza e desemprego. Vê-se, assim, que uma morte dessa natureza traz consigo os reflexos de uma determinada vida em sociedade.

Segundo Sampaio e Boemer (2000), o estudo do suicídio merece pesquisas aprofundadas, não sendo possível a aceitação de respostas simplistas e óbvias, pois se trata de um fenômeno complexo em que fatores biológicos, psicológicos, sociais, econômicos, culturais e ambientais se entrelaçam. No mesmo sentido, Teixeira (2018) explica que “a experiência do sofrimento psíquico, apesar de singular, é estabelecida dentro de um contexto, não podendo ser entendida separada desse”. O fato é que o suicídio envolve questões sobre o próprio sentido da existência e da morte para uma pessoa, de acordo com seu contexto de vida em um determinado momento.

Não bastasse a falta de dados confiáveis sobre o número de suicídios, a vinculação desse tipo de morte com o trabalho é pouca discutida, pois existe a tendência de se atribuir esses óbitos a questões pessoais. Segundo Finazzi-Santos e Siqueira (2011), costuma ser difícil a avaliação de outros fatores que sejam anteriores à doença mental, tal qual aqueles relacionados às condições de trabalho, como elementos desencadeadores de alguns suicídios. Por tal razão, o fator trabalho acaba sendo relegado a papel secundário na avaliação do óbito.

Para tentar definir a etiologia médico-legal de mortes duvidosas, nas quais não havia elementos suficientes para afirmar ser um suicídio ou um acidente, foi desenvolvida nos Estados Unidos uma técnica pericial denominada *autópsia psicológica*.

Segundo Werlang (2000), o termo *autópsia psicológica* foi cunhado por Edwin Shneidman, no final dos anos 1950, com a colaboração de Norman Farberow e Robert Litman, no trabalho desenvolvido junto ao Centro de Prevenção do Suicídio em Los Angeles. Esse procedimento, segundo a autora, consiste em recolher informações, por meio de entrevistas com pessoas que conheciam a vítima, na tentativa de reconstruir o estilo de vida do falecido e compreender os aspectos psicológicos de sua morte.

Especialmente quanto ao suicídio, a *autópsia psicológica* é o principal instrumento de pesquisa utilizado para a verificação desse tipo de morte (MIRANDA, 2014), promovendo informações detalhadas, sobretudo quanto aos motivos da autodestruição, que não poderiam ser acessadas por outros métodos.

Assim, o artigo pretende discutir o instituto da *autópsia psicológica* e a possibilidade de sua aplicação na Justiça do Trabalho. Inicialmente serão tratados o histórico, a definição e a finalidade da *autópsia psicológica*. A seguir serão expostos alguns casos importantes sobre *autópsia psicológica*. Posteriormente, será discutida a aplicação da *autópsia psicológica* na Justiça do Trabalho e serão analisados alguns aspectos técnicos, como os modelos de entrevistas de *autópsia psicológica* desenvolvidos no Brasil, o tempo ideal entre o suicídio e as entrevistas, a escolha dos

informantes, a duração da entrevista e os fatores que podem afetar os informantes. Após, serão expostas algumas políticas públicas na área da saúde que podem ser tomadas a partir de dados decorrentes da compilação de *autópsias psicológicas*.

Para tanto, a análise terá como base uma revisão bibliográfica sobre o tema.

## 2. *Autópsia psicológica: histórico, definição e finalidade*

De acordo com García Pérez (1998), a *autópsia psicológica* é uma caracterização retrospectiva da personalidade e da vida de uma pessoa falecida que utiliza um método indireto para obter informações do falecido através de terceiras pessoas que com ele conviviam intimamente, como familiares, amigos, vizinhos, colegas de trabalho ou de religião. Também faz parte do método a revisão de documentos pessoais (notas, diários, cartas, produção literária, etc.) e oficiais (história clínica ou militar, registros escolares, emprego etc.).

Para Miranda (2014), a *autópsia psicológica* pode ser definida como uma avaliação realizada retrospectivamente através de uma investigação imparcial que objetiva compreender os aspectos psicológicos de uma determinada morte. Segundo Miranda (2014), a *autópsia psicológica* visa reconstruir a vida psicológica de um indivíduo, analisando seu estilo de vida, a personalidade, a saúde mental, os pensamentos, os sentimentos e os comportamentos precedentes à morte, a fim de alcançar o maior entendimento possível sobre as circunstâncias que contribuíram para o fato.

No entender de Rojas (2001), a *autópsia psicológica* foi concebida como uma técnica de investigação empregada para determinar a causa da morte em casos duvidosos. Assim, essa técnica consiste na reconstrução dos recursos mais sobressalentes da vida de um indivíduo para se obter a compreensão psicológica acerca de quem era, das situações pelas quais passava e quais papéis tiveram seus traços de personalidade nas circunstâncias de sua morte.

Para Rojas (2001), a *autópsia psicológica* tem aplicação no campo forense, em casos de mortes violentas, sendo o instrumento adequado para compreender a maneira como a morte pode corresponder a um homicídio, suicídio ou acidente. Nessas opções podem surgir dúvidas que levem a investigação a necessitar de dados psicológicos do falecido para desvendar a forma de sua morte. Ainda de acordo com Rojas (2001), a *autópsia psicológica* pode ser aplicada nos estudos de vitimologia, com uma utilidade diversa, como, por exemplo, para estabelecer até que ponto o falecido provocou as circunstâncias de sua morte. Esses dados também ajudam no desenvolvimento de ações preventivas ao suicídio e informações terapêuticas para os familiares, os parentes e a comunidade.

Biff (1996), por sua vez, explica que a *autópsia psicológica* tem diversas funções. A primeira delas é buscar explicar se a morte foi um suicídio ou não. A segunda delas é saber qual foi o estímulo que desencadeou o processo suicida. A terceira função é

permitir aos parentes e amigos entrevistados falar e desabafar acerca da morte e expressar o luto. A quarta é obter informações e traçar padrões de comportamento a fim de desenvolver mecanismos que visem a minimizar os números de suicídios.

Pode-se dizer que o principal benefício da autópsia psicológica seja o fato de ela permitir o estudo sobre o processo de suicídio, especialmente a sequência de eventos e experiências que levam à morte, o que, por sua vez, fornece valiosas informações para determinar estratégias potencialmente eficazes de prevenção ao suicídio (HORTON-DEUTSCH; CLARK; FARRAN, 1992).

### 3. Casos de autópsia psicológica

Harris (1990) narra um caso em que uma garota de 17 anos se suicidou no ano de 1986 e a Corte da Flórida decidiu o caso (Jackson v. State, 553 So. 2d 719), em 1989, com base em uma autópsia psicológica. A autora entende que a aceitação da autópsia psicológica como prova foi acertada, eis que se trata de procedimento conhecido no campo da psicologia como método de avaliação de casos de suicídio, e que observou o padrão Frye. Ademais essa prova respeitou todos os requisitos exigidos às provas impostas pela legislação processual do Estado da Flórida e pela legislação federal.

O Padrão Frye era um requisito imposto pela jurisprudência daquele período no direito processual norte-americano para determinar a admissibilidade de uma prova científica. Segundo tal padrão, somente poderia ser aceita como prova científica aquela que fosse amplamente aceita como confiável dentro da respectiva comunidade científica. Posteriormente, o Padrão Frye foi substituído pelo Padrão Daubert, conforme julgamento de 1993 ocorrido na Suprema Corte dos Estados Unidos, que exigia, além da aceitação pela comunidade científica, publicação de artigos, conhecimento das taxas de erro, teste empírico e padronização e controles.

No caso narrado por Harris (1990), Tina Mancini tinha 17 anos quando cometeu o suicídio por meio de um tiro de arma de fogo. Pouco após a morte, o avô e o irmão de Tina foram à delegacia e relataram que o suicídio tinha sido estimulado pelo comportamento da mãe de Tina, a Sra. Theresa Jackson.

Desse modo, Theresa foi a julgada acusada de três crimes relacionados ao suicídio de Tina. Um ano antes do suicídio, quando Tina tinha 16 anos, Theresa encorajou a filha a se tornar stripper. Tina ganhava cerca de 300 dólares por noite e pagava à mãe cerca de 300 dólares por semana para cobrir "taxas de transporte e aluguel". Após dois meses de danças da filha, Theresa conseguiu alterar a documentação da filha junto aos cartórios locais para evitar maiores problemas. Passou a constar em toda a documentação uma falsa idade para que ela se apresentasse como maior de idade. Porém, Tina havia cansado dessa nova vida e queria parar de dançar. Diante dessa situação, Theresa chantageou a filha, mencionando que se ela

deixasse de dançar, seria denunciada à polícia em virtude da falsidade documental.

Para realizar a autópsia psicológica, foi contratado o psiquiatra Dr. George Jacobs. Ele conduziu a autópsia psicológica em Tina revisando seus registros escolares, os registros policiais referentes a seu suicídio, bem como um relato de incidente de uma tentativa anterior de suicídio. Ele também revisou o depoimento de testemunhas, as declarações feitas por Theresa e registros médicos.

Para demonstrar a imparcialidade da autópsia, um dos requisitos da legislação do Estado da Flórida, o Dr. Jacobs teve de declarar em juízo que jamais havia encontrado ou entrevistado Tina antes de seu suicídio, tampouco as testemunhas que depuseram no julgamento de Theresa.

Dr. Jacobs encontrou vários fatores importantes que contribuíram para o suicídio, incluindo uma tentativa anterior de suicídio, o abandono escolar, sua tentativa frustrada de deixar de ser dançarina e o insucesso quando solicitou ajuda à polícia. Em suas conclusões, Dr. Jacobs declarou que dentro de razoável certeza científica, a natureza da relação e o relacionamento abusivo com a mãe contribuíram substancialmente para o suicídio de Tina. Com base na autópsia psicológica, o júri condenou Theresa pelos três crimes que havia sido acusada. Os advogados de Theresa recorreram unicamente acerca da admissibilidade da autópsia psicológica como prova.

Harris (1990) entende que esse caso (Jackson *versus* State) é de suma importância jurídica, pois foi a primeira vez que uma Corte de Apelação discutiu a admissibilidade da autópsia psicológica enquanto prova em processo criminal nos Estados Unidos. Até então, a autópsia psicológica somente ficava adstrita ao primeiro grau de jurisdição.

Ao conhecer do recurso, a Corte de Apelação da Flórida entendeu que a autópsia psicológica era uma prova válida, eis que respeitava todos os requisitos previstos na legislação processual do Estado da Flórida, pois efetivamente auxiliou ao juiz no julgamento da causa, foi produzida por perito com amplo conhecimento técnico, estava em consonância com as demais provas apresentadas nos autos e possuía confiabilidade científica aceita por grande parte de seus membros (requisitos do Padrão Frye).

Assim, segundo Harris (1990), a autópsia psicológica pode ser usada para determinar com mais precisão se a causa da morte em certificados de óbito deve ser classificada como suicídio ou acidente. Tal questão mostra-se juridicamente relevante em casos envolvendo seguros de vida, no qual as seguradoras tendem a incluir cláusula de vedação de pagamento da indenização em caso de suicídio. No mesmo sentido, Ormerod (2001) entende que a autópsia psicológica também teria aplicação em casos de certificação da capacidade do falecido ao momento da lavratura de um testamento.

Scott, Swartz e Warburton (2006) destacam que as autópsias psicológicas têm utilidade em processos

envolvendo seguros de vida (se o seguro não cobrir suicídio), indenização trabalhista por morte do trabalhador, indenização consumeral por defeito do produto, impugnação de testamentos, concessão de benefícios militares à família sobrevivente, processo penal em que se discute se o que ocorreu foi homicídio ou suicídio, especialmente em casos de suicídio causado por provocação a policiais.

Ritchie e Gelles (2002), por sua vez, relatam que a autópsia psicológica pode ser usada em casos em que há dúvida se houve um acidente autoerótico ou se ocorreu um verdadeiro suicídio. Existem casos em que pode haver asfixia autoerótica que provoque acidentalmente a morte do praticante. Assim, a autópsia pode ser utilizada para desvendar tais casos.

Jobs, Berman e Josselson (1986) publicaram estudo que demonstra que a utilização da autópsia psicológica auxilia de sobremaneira a caracterização da morte em casos de classificações limítrofes (em que é difícil se precisar se a morte decorreu de suicídio ou de acidente), quando comparadas a investigações que apenas levaram em conta apenas a perícia tradicional, baseada em estudos físicos e químicos.

Lichter (1981) aponta ainda que a autópsia psicológica pode ser aplicada não apenas em casos de suicídios, mas também pode elucidar casos de homicídios, sobretudo em casos envolvendo crimes com alegação de legítima defesa. O autor cita caso em que um senhor foi morto a tiros por sua esposa. No entanto, a perícia psicológica demonstrou que ele era uma pessoa sádica e paranoica, que batia em sua esposa e intimidava diversos membros de sua família. Nesse processo, a autópsia psicológica foi prova fundamental para se reenquadrar o tipo de homicídio: de *first degree murder* (algo similar ao homicídio doloso da legislação brasileira) para *manslaughter* (algo similar ao homicídio culposo da legislação brasileira).

Por fim, Harris (1990) cita um dos primeiros casos envolvendo autópsia psicológica com a temática trabalhista. Em Campbell *versus* Young Motor Co., um psicólogo realizou uma autópsia psicológica no curso de uma ação com pedido de indenização, movida pelos parentes da vítima, em virtude do suicídio. O psicólogo explicou que uma lesão decorrente de acidente de trabalho foi a “causa significativa” que desencadeou a depressão no trabalhador, contribuindo de forma decisiva para o suicídio. O empregador argumentou que os resultados da autópsia psicológica eram legalmente deficientes porque o psicólogo jamais havia entrevistado a vítima antes de sua morte. O tribunal admitiu a autópsia psicológica com base nas condições pré e pós-lesão do suicida narradas pelas pessoas entrevistadas ainda que o psicólogo nunca tivesse entrevistado o trabalhador.

#### 4. Autópsia psicológica na Justiça do Trabalho

O suicídio é algo que ocorre em todos os tecidos sociais, tendo reflexos inclusive na seara laboral. Aliás, em algumas situações as causas do suicídio podem estar intrinsecamente relacionadas ao mundo do trabalho.

Assim, se os parentes do suicida promovem uma ação de danos extrapatrimoniais contra a antiga empregadora do suicida, alegando que o motivo que levou o trabalhador a se suicidar foi uma condição laboral ilícita, a autópsia psicológica pode ser aplicada na Justiça do Trabalho.

Não é fácil ao juiz do trabalho decidir se uma pessoa se suicidou em decorrência do trabalho ou não. Nem sempre os testemunhos são claros, e, quando são, nem sempre o juiz tem a condição técnica de verificar a veracidade das informações prestadas.

Isso porque nem sempre o suicida deixa uma carta testamento (explicando os motivos que o levaram ao suicídio) e todas as testemunhas trazidas por autor e réu convergem para o mesmo entendimento, facilitando o trabalho do juiz.

Em boa parte dos casos, tal análise é difícil.

Aliás, existem casos nos quais a carta testamento deixada pelo suicida diverge das demais provas trazidas aos autos. Como, por exemplo, quando o suicida tenta por meio do suicídio buscar uma indenização a seus familiares, ao perceber que sua condição econômica se deteriorou de sobremaneira e pode prejudicar o bem-estar desses entes queridos, e escreve uma carta testamento, mencionando que se matou porque o seu serviço era terrível, sendo que, de fato, isso não correspondia à realidade.

Nesse sentido, a autópsia psicológica surge exatamente como um meio técnico de se entender a motivação do suicídio e a intenção do suicida, ou até mesmo de se saber se a morte decorreu de um suicídio ou não. Evidentemente não se trata de uma ciência que indica com certeza absoluta a motivação do suicídio, mas, sem dúvida, é um meio técnico que pode, ao menos, reduzir as dúvidas sobre o caso concreto, podendo auxiliar de sobremaneira o juiz a entender e decidir o caso. Esse meio de prova pode trazer à tona a “razoável certeza científica”, na expressão consagrada no direito norte-americano.

Não é por outra razão que Rojas (2001) alerte que a conclusão do estudo da autópsia psicológica deve ser expressa em termos de probabilidade. Ou seja, esse instrumento não tem a finalidade de determinar com exatidão se a morte decorreu de homicídio, suicídio ou acidente, nem qual foi com absoluta certeza a motivação do suicida. Apesar disso, afirma Rojas (2001) que as solicitações de autópsias psicológicas por parte das autoridades judiciais colombianas têm aumentado, devido ao maior conhecimento do método e sua utilidade.

Cabe salientar que nem mesmo exames de DNA garantem 100% de certeza.

Resumindo, o que se busca é a razoável certeza científica.

Na autópsia psicológica, o perito tentará descobrir se existe nexos de causalidade entre o ato do empregador e o suicídio do trabalhador.

Frise-se, o grande valor da autópsia psicológica reside na elucidação do nexos de causalidade. A elucidação da licitude ou ilicitude do ato empresarial pode

até ser alcançada em alguns casos, mas o ponto forte desse meio de prova é a elucidação do nexos causal.

Para conseguir traçar o nexos de causalidade, o perito buscará compreender a partir de entrevistas com pessoas próximas ao suicida e por meio de coleta de documentos, o maior entendimento possível sobre as circunstâncias que contribuíram para o suicídio. O perito tentará reconstruir a vida psicológica de um indivíduo, analisando seu estilo de vida, personalidade, saúde mental, pensamentos, sentimentos e comportamentos precedentes à morte. Entrevistará não apenas as pessoas que laboraram com o suicida, mas ouvirá parentes, cônjuge ou companheiro, namorado e ex-namorado, amigos e outras pessoas de seu convívio social.

O perito buscará levantar dados gerais sobre o indivíduo, como tentativas anteriores de suicídio, doenças mentais, históricos de suicídios na família, histórico de doenças na família, e em especial, as doenças mentais, apoio familiar e de amigos e fatores estressores em geral (fim de relacionamento, crise em relacionamento, adoecimento próprio ou de familiares, condição de saúde limitante, transição de gênero, não aceitação da homossexualidade, uso de drogas, alcoolismo, traumas, abuso físico, abuso sexual, estupro, isolamento social etc.). Também apurará as questões ligadas ao próprio trabalho, como fatores estressores ligados ao trabalho (relacionamento com colegas ou superiores, *burnout*, assédio moral, assédio sexual, perda da capacidade em decorrência de acidente de trabalho, demissão etc.), o apoio dos colegas de trabalho, inclusive dos superiores hierárquicos, a postura institucional da empresa frente aos problemas enfrentados pelo trabalhador, histórico de suicídios na empresa, índice de doenças mentais na empresa, etc.

Em caso de demissão, por exemplo, deve-se analisar como se deu a demissão e qual foi a forma pela qual se deu a demissão e sua relação com o suicídio. Evidentemente existem casos em que a demissão teve relação com o trabalho, mas isso não representa uma atitude ilícita do empregador. Outras vezes, porém, o empregador pode demitir um empregado de longa data acusando-o, na frente de diversos colegas, de ter cometido um furto, que depois, durante a instrução processual, descobriu-se que não foi o suicida que cometeu.

Assim, embora o nexos causal seja a principal razão pela qual a autópsia psicológica tenha utilidade, em alguns casos, esse meio de prova pode também contribuir para desvendar se o ato empregatício foi lícito ou ilícito.

Há casos, porém, que a autópsia psicológica consegue desvendar apenas que o suicídio decorreu de uma situação traumática que o suicida entendia como grave, como, por exemplo, um assédio moral. No entanto, saber se o assédio moral efetivamente existiu não resta claro na autópsia.

Por isso mesmo que se reforça que o grande mérito desse meio de prova é indicar o nexos causal, e que

somente em parte dos casos, pode vir a ser elucidada a licitude ou não da conduta empresarial.

No entanto, acreditamos que um meio de prova que é capaz de trazer razoável certeza científica do nexos de causalidade em casos de suicídio é um meio de prova muito interessante e que merece maior visibilidade nos tribunais.

No que tange à sua validade, cumpre observar que se trata de um meio de prova reconhecido como confiável dentro da comunidade científica nacional e internacional. Há uma série de artigos científicos sobre o tema em renomadas revistas, atestando sua eficácia.

Trata-se de uma espécie de perícia psicológica, e, portanto, não existe qualquer óbice no ordenamento à sua aceitação no processo do trabalho brasileiro.

Como ensina Martins Filho (2008), a prova pericial serve para demonstrar “fatos de percepção técnica, isto é, que dependem de conhecimento especial”. É exatamente nessa hipótese que se encaixa a autópsia psicológica, a prova técnica.

Não é por outra razão que temos notícia de que a autópsia psicológica já foi aceita em um processo trabalhista.

Para sua aplicação, entendemos que o trabalho deva ser realizado por um verdadeiro expert. Ou seja, alguém que efetivamente tenha conhecimentos científicos sobre o mister. Para nós, a pessoa que reúne tais conhecimentos é o psicólogo, com especialização em psicologia do trabalho e em suicidologia. No entanto, acreditamos que o psiquiatra com especialização em suicidologia e em psiquiatria do trabalho também possa desempenhar o mister.

Sem esses requisitos, acreditamos que dificilmente um profissional possa realizar efetivamente uma autópsia psicológica de qualidade.

Acreditamos que o psicólogo tenha mais condições de adentrar na mente do suicida do que um psiquiatra, em virtude da própria formação acadêmica e profissional. Enquanto o psiquiatra tem maior ênfase no diagnóstico da doença mental, o psicólogo tem maior facilidade para identificar as razões que levaram a pessoa a tomar a decisão de tirar sua própria vida. E, para nós, o cerne da autópsia psicológica na Justiça do Trabalho reside em traçar a existência ou não do nexos causal entre o trabalho e o suicídio.

Não se mostra razoável, por exemplo, que a autópsia psicológica seja realizada por um ortopedista, um cardiologista ou um dermatologista, pois são pessoas que não estudaram a mente humana a fundo e os motivos que levam uma pessoa ao suicídio.

Note-se que ao se permitir a realização da prova por aquele que detém efetivamente a técnica, o resultado tende a ser mais justo, objetivo maior do processo. Não é por outra razão que Nahas (2015) ensina que: “o direito ao devido processo, implica, necessariamente, em garantias, não só aquele que afirma, mas aquele que é acionado, pois, buscando-se o resultado mais justo e equânime, o que implica na garantia Constitucional da igualdade de armas, isto é,

ordenamento jurídico deve assegurar que cada qual possa oferecer as defesas para o direito ou interesse em conflito exatamente na mesma proporção e sem que um deles possa ser colocado em desvantagem. É função do Estado juiz ouvir e conhecer das razões de todos aqueles que estiverem envolvidos na discussão posta, justamente para que tenha legitimidade de se pronunciar de forma isenta, interpretando a lei exatamente nos limites da causa trazida." E é exatamente isso que ocorre quando um verdadeiro *expert* realiza a perícia. Garante-se igualdade de oportunidade às partes processuais, que podem bem compreender o laudo, seja para acatá-lo, seja para impugná-lo, coisa que se torna muito mais difícil quando o laudo é ininteligível, feito por quem desconhece a matéria.

Não é demais lembrar que não enxergamos nenhum óbice legal ao desempenho da perícia pelo psicólogo no ordenamento pátrio. Afinal, a única delimitação profissional à perícia inserta em toda a CLT é aquela que se refere à perícia de insalubridade e de periculosidade, prevista no art. 195 do diploma consolidado, que limita tal perícia a médicos do trabalho e engenheiros de saúde e segurança do trabalho. Como no caso da autópsia psicológica não se busca caracterizar insalubridade ou periculosidade, acreditamos que o psicólogo seja o profissional indicado para o mister. Note-se que a CLT é silente sobre quem deva ser perito na parte dedicada ao processo do trabalho e o CPC, aplicável subsidiariamente, prevê apenas que o perito deve ter conhecimentos técnicos ou científicos. E é exatamente esse conhecimento científico que o psicólogo traz à autópsia psicológica, o desvendamento psicológico da mente humana.

Entendemos que as entrevistas realizadas pelo perito com pessoas próximas ao suicida não se enquadram nas figuras do impedimento e da suspeição previstas na legislação para a oitiva de testemunhas de parentes próximos e de amigos íntimos (CLT, art. 829), eis que a autópsia psicológica é um meio de prova que decorre da inteligência analítica do *expert*, por meio do cruzamento de dados (advindos de testemunhos e documentos). Em outras palavras, não é a palavra do entrevistado que se constitui como meio de prova, mas a análise combinada dos elementos confeccionada por um *expert*.

Um problema que dificulta a realização do referido meio de prova na Justiça do Trabalho é o baixo valor dos honorários periciais. Evidentemente que a realização de uma autópsia psicológica é um trabalho de fôlego, com necessidade de várias entrevistas, com diversos entrevistados, além de análise de fotos, bilhetes, cartas, mensagens em redes sociais, prontuários médicos, etc. Além disso, o profissional que realiza esse tipo de serviço é um profissional de escol, com um conhecimento muito específico e não facilmente encontrado, alguém que tenha saberes em psicologia do trabalho (ou psiquiatria do trabalho) e em suicidologia. Assim, uma reformulação legal no ordenamento, permitindo a estipulação de honorários periciais em valores mais elevados contribuiria para a utilização da autópsia psicológica, que, a nosso entender, é

o meio mais apropriado para estabelecer a existência ou não donexo causal entre o trabalho e o suicídio.

Diante desse cenário, entendemos que uma perícia multiprofissional e transdisciplinar, tal como sugerem Pilegis (2019) e Silva e Sardá (2014) seria de difícil concretização na realidade processual brasileira atual, pois se o panorama já se apresenta incerto para a remuneração digna de apenas um perito, a situação para um pagamento justo a uma equipe multiprofissional avizinha-se do impossível.

## 5. Aspectos técnicos para a realização da autópsia psicológica

### 5.1. Modelos de entrevista para autópsia psicológica desenvolvidos no Brasil

Em nossa pesquisa, identificamos a existência de três modelos de entrevista para autópsia psicológica desenvolvidos por pesquisadores brasileiros: Entrevista Semiestruturada para Autópsias Psicológicas (WERLANG, 2000), Roteiro de Entrevista Semiestruturada para Autópsias Psicológicas e Psicossociais (CAVALCANTE, MINAYO, MENEGHEL, SILVA, GUTIERREZ, CONTE, FIGUEIREDO, GRUBITS, CAVALCANTE, MANGAS, VIEIRA E MOREIRA, 2012) e Entrevista Semiestruturada para Casos de Suicídio (MIRANDA, 2014).

Segundo Werlang (2000), nem o próprio Shneidman, um dos pais da autópsia psicológica, definiu um roteiro básico para realizá-la, sugerindo apenas áreas ou tópicos de investigação. Preocupada com a falta de um roteiro fixo para a condução do método, Werlang (2000) desenvolveu a Entrevista Semiestruturada para Autópsia Psicológica (ESAP), composta por quatro módulos, cada um objetivando a avaliação de um dos temas-chave associados ao suicídio: precipitadores e/ou estressores, motivação, letalidade e intencionalidade. O primeiro módulo (avaliação dos precipitadores e/ou estressores), além da pergunta inicial (O quê?), contém mais dois itens, constituídos por perguntas fechadas com alternativas de resposta definidas em duas opções: sim ou não. No segundo módulo (avaliação da motivação), após a pergunta geral (Por quê?), há mais 32 itens com alternativas dicotômicas (sim ou não), organizados em quatro seções: problemas psicossociais, ambientais ou acontecimentos de vida não imediatos; sintomas de mau funcionamento; características de personalidade; fatores associados à história familiar. No terceiro módulo (avaliação da letalidade), após a questão introdutória (De quê?), há mais cinco itens, dos quais três são questões de múltipla escolha, e dois pedem especificação sobre o método da morte. Por fim, o quarto módulo (avaliação da intencionalidade), além da pergunta inicial (Como?), há mais 26 perguntas fechadas (com alternativas dicotômicas), constituindo duas seções: evidências do desejo de morrer e planejamento para a morte.

Já o Roteiro de Entrevista Semiestruturada para autópsias psicológicas e psicossociais (RESAPP),

desenvolvido por Cavalcante, Minayo, Meneghel, Silva, Gutierrez, Conte, Figueiredo, Grubits, Cavalcante, Mangas, Vieira e Moreira (2012), contém 43 perguntas simples e compostas sobre caracterização social, retrato e modo de vida, descrição do suicídio e da atmosfera que o acompanhou, estado mental do morto nos momentos que antecederam o evento e imagem da família antes, durante e depois do ato fatal. Este roteiro é dividido em duas partes. Na primeira se situa o perfil pessoal e socioeconômico e se detalham dados sobre as condições de vida da vítima em seu contexto biográfico. Na segunda se abordam as circunstâncias do suicídio, os fatores precipitantes e o impacto na família. A ordenação dos temas e das questões, segundo as autoras, favorece a uma aproximação gradual do evento traumático e a contextualização biográfica do suicida. As autoras advertem que, tendo em vista tratar-se de uma entrevista semiestruturada, recomenda-se o uso flexível do roteiro, aberto à inclusão de outros tópicos e assuntos considerados importantes pelos interlocutores e que surjam ao longo da entrevista. Os detalhamentos podem ser feitos conforme a pertinência das falas, os interesses dos entrevistados e os pontos identificados pelo entrevistador como importantes de serem aprofundados. Por fim, alertam as autoras que o entrevistador deve estar atento para não esgotar emocionalmente os entrevistados, não ultrapassando duas horas de entrevista, e não deve perder o foco, deixando de fora pontos fundamentais para a compreensão do caso.

Miranda (2014), a seu turno, propôs uma entrevista semiestruturada para a autópsia psicológica, composta por 53 perguntas divididas em onze tópicos: (1) Identificação da entrevista e da vítima; (2) Perfil sociodemográfico sobre o informante; (3) Características da vítima e grau de relacionamento do informante com a vítima; (4) Reação do informante diante do suicídio da vítima; (5) Fatores Clínicos; (6) Precipitadores e/ou estressor; (7) Motivação para o suicídio; (8) Comportamentos suicidas; (9) Letalidade do método; (10) Intencionalidade e planejamento; (11) Reações do entrevistado em relação à entrevista.

### 5.2. Tempo entre o suicídio e as entrevistas

Segundo García Pérez (1998) não é conveniente visitar a família logo após a morte, sendo prudente esperar que passe a reação de luto. Por isso, a entrevista de autópsia psicológica se mostra mais produtiva quando passados os 15 a 30 primeiros dias, embora até seis meses após o falecimento ainda haja clareza e detalhes de informações, desde que entrevistada a pessoa adequada.

Para Rojas (2001), quanto ao tempo transcorrido desde a morte da vítima até a data de investigação com familiares ou parentes, há autores que consideram que as entrevistas devem ser feitas imediatamente, enquanto outros sustentam que se deve esperar entre dois a seis meses. Para o mesmo autor, o número de informantes depende da complexidade do caso e do tipo de informação buscada.

Miranda (2014), por sua vez, sugere que a entrevista de autópsia psicológica aconteça no período de três meses a um ano do falecimento para que a parte mais traumática do luto tenha passado, mas também seja evitada a deterioração da memória.

Trindade (2011) afirma que os autores variam quanto ao tempo decorrido desde a morte da vítima até a data da coleta de dados junto a familiares ou outras pessoas: uns sugerem que deva ocorrer entre o 2º e o 7º dia, já que as informações podem ser esquecidas ou modificadas pela memória; outros defendem que o tempo mais adequado para realizar as entrevistas é entre 1 e 6 meses após o óbito, pois durante esses meses ainda se conserva a nitidez da lembrança e a informação é confiável, tendo em vista que existe uma tendência a idealizar a imagem da pessoa falecida; e outros sustentam que a entrevista é mais produtiva passados os 15 a 30 primeiros dias até 1 ou 6 meses depois, a fim de não se perderem a clareza e o detalhe da informação.

Quanto ao tempo mais adequado que deve decorrer entre o óbito e o primeiro contato, Werlang (2000) diz também que não há consenso entre os doutrinadores, variando de um a nove meses. Alerta essa autora que o entrevistador deve aguardar um período razoável para a elaboração do luto pelos parentes, o que pode demorar, em média, dois meses, além de estar preparado para “manejar a emergência de sintomas de luto não resolvido, para interromper a entrevista e adiá-la e/ou para encaminhar o(s) informante(s) para um atendimento especializado” (p. 157).

Por fim, Isometsä (2001) afirma que as entrevistas com as pessoas que tinham contato constante com a vítima devem ser feitas entre três e doze meses. Não pode ser antes disso, pois esse é o período que as pessoas precisam para guardar o luto e processar o suicídio. O prazo também não pode ser maior, pois decorrido muito tempo, o informante tende a se esquecer das informações. O autor ainda afirma que os entrevistados ao falarem sobre o morto tendem a sentir muito mais alívio do que estresse.

Assim, embora exista consenso entre os autores pesquisados sobre o conceito, a finalidade e a utilidade da autópsia psicológica, o mesmo não acontece quanto à definição do tempo transcorrido desde a morte para a realização das entrevistas com as pessoas próximas à vítima. Alguns autores defendem que a autópsia psicológica deve ser aplicada imediatamente após a morte, outros aconselham que se aguarde de 15 a 30 dias do falecimento e outros sustentam que se deve esperar um prazo mínimo de 2 a 3 meses do suicídio para o início das entrevistas a fim de que a família e os amigos possam elaborar o luto. Alguns autores, por outro lado, também defendem que as entrevistas devem ser feitas num prazo máximo de 6 meses, enquanto outros falam em 1 ano após a morte, para que seja evitada a perda de memória pelos entrevistados.

Nesse sentido, considerando que a maioria dos autores defende um tempo inferior a um ano para a



realização das entrevistas, e que em diversas Varas do Trabalho, a audiência inicial é marcada para o ano seguinte, entendemos ser aconselhável o requerimento de produção antecipada de provas para preservar a qualidade da prova, caso o juiz ainda não tenha determinado a realização desse tipo de perícia.

No entanto, apesar de os autores indicarem um tempo ideal, ainda que seja realizada posteriormente a esse prazo, entendemos que a prova não seja nula, mas que deva ser apreciada sua utilidade caso a caso, tanto pelo perito como pelo juiz, e cotejada com os demais elementos dos autos, inclusive com a documentação coletada.

Afinal, se descartássemos qualquer inquirição realizada após um ano contado da ocorrência de determinado fato, quase nenhum testemunho produzido na Justiça do Trabalho gozaria de validade.

### 5.3. Escolha dos informantes e duração das entrevistas

Cavalcante, Minayo, Meneghel, Silva, Gutierrez, Conte, Figueiredo, Grubits, Cavalcante, Mangas, Vieira e Moreira (2012) ensinam que muitas vezes a entrevista é feita com mais de um integrante da família ao mesmo tempo. Essa possibilidade, pela experiência das autoras, ajuda a agregar vários pontos de vista e a esclarecer diferentes dimensões do fenômeno. Recomendam, assim, quando possível, a realização de entrevistas com pelo menos dois parentes ou amigos próximos, ao mesmo tempo ou em momentos diferentes.

Para Harris (1990), na autópsia psicológica, o perito deve entrevistar amigos, familiares e colegas de trabalho e/ou de escola da vítima. Então, o perito deve compilar toda essa informação para reconstruir uma biografia do falecido com o foco primário no estresse, na doença mental, na personalidade, no estilo de vida e se o falecido comunicou previamente quaisquer ideias orientadas à morte, sendo que os últimos dias e horas de vida de uma vítima são de particular importância.

Para Miranda (2014), o fato de os informantes serem pais ou parentes próximos não significa por si só que haja uma relação de confiança ou de intimidade entre essas pessoas e o falecido. É necessário analisar caso a caso. Apesar disso, Miranda (2014) afirma que aumentar o número de informantes, buscando aqueles com maior grau de intimidade pode ajudar a ampliar as chances de se alcançar um conhecimento mais legítimo da morte. A autora ainda alerta que, havendo “informações contraditórias entre dois entrevistados, uma ferramenta útil é entrevistar uma terceira pessoa, ou ainda, retornar às duas pessoas e verificar sobre os pontos que se mostraram contraditórios” (p. 28).

Em relação às fontes de informação, Trindade (2011) sugere que o entrevistador deve selecionar, pelo menos, dois informantes com o objetivo de cruzar os dados oferecidos na busca de confiabilidade. Segundo o autor, devem ser selecionados os parentes

mais próximos e as pessoas que conviveram mais intensamente com a vítima. Além disso, ao contrário de outros autores, Trindade entende que cada fonte precisa ser entrevistada de forma individual e em particular, evitando que a opinião de uma influencie a da outra.

Shneidman (1994), a seu turno, afirma que para a autópsia psicológica ser considerada cada vez mais respeitada pela comunidade jurídica é importante que ela seja objetiva. Assim, é fundamental que o perito colha entrevistas com pessoas ligadas a ambas as partes envolvidas no processo. No mesmo sentido, Horton-Deutsch, Clark e Farran (1992) dizem que os ingredientes essenciais do método de autópsia psicológica incluem entrevista face-a-face com bons informantes depois de alguns meses da morte, revisão de todos os registros existentes e formulação abrangente de caso por um ou mais profissionais de saúde mental, com experiência em suicídios.

Segundo Conner, Beautrais, Brent, Conwell, Phillips e Schneider (2012), embora as entrevistas devam ser feitas individualmente, se os entrevistados exigirem a entrevista conjunta, essa deve ser permitida. Obviamente, o entrevistador deve explicar que cada pessoa tem um ponto de vista e o cruzamento de dados é o que torna rica a pesquisa, mas se mesmo assim as pessoas exigirem a entrevista conjunta, não haverá outra opção. Afinal, é melhor uma entrevista conjunta do que uma não entrevista. No caso das entrevistas conjuntas, os autores afirmam que, havendo discordância entre os entrevistados sobre algum ponto, o entrevistador tem de tentar esclarecê-lo.

Henry e Greenfield (2009) narram que, em estudo realizado com 35 pessoas que foram entrevistadas para a confecção de autópsia psicológica, a maioria deles experimentou um efeito terapêutico tão somente por participar do processo. Isso porque a autópsia lhes permitiu aceitar a perda como algo real e encontrar significado no suicídio, até mesmo abrandando a culpa que sentiam. Além disso, puderam obter apoio psicológico, experimentar a conexão com os outros e contribuir de forma altruísta na elucidação do processo.

Quanto à duração da entrevista, Miranda (2014) afirma que pode variar de duas a quatro horas, tempo que deve ser previamente acordado com o informante para que ele possa se programar, podendo ocorrer intervalos no caso de a entrevista se estender bastante. Já Werlang (2000) diz que, quanto à duração da entrevista, os estudiosos divergem de sobremaneira, sendo que para alguns apenas 45 minutos seriam suficientes, enquanto outros defendem 6 horas de entrevista. Trindade (2011), por sua vez, defende que o tempo médio da entrevista deve ser de duas horas, ainda que, em certas ocasiões, seja necessário um tempo maior para o esclarecimento de todos os fatos.

Por fim, Henry e Greenfield (2009) entendem que o investigador tem de gastar bom tempo com as entrevistas com os parentes e amigos do morto. Entendem que deve ser feito em ao menos seis horas com

cada pessoa para que se possa aprofundar na mente do morto. Destacam a importância de memórias familiares juntamente com objetos e documentos que pertenciam ao falecido, como por exemplo, diários, poemas, fotos e cartas de suicídio.

Vê-se, assim, que um ponto divergente entre os autores pesquisados se refere ao número de informantes para a autópsia psicológica. Segundo esses estudiosos, a quantidade de pessoas que será entrevistada vai depender da complexidade do caso, mas devem ser ouvidas pelo menos duas pessoas para se evitar uma fonte única de informações.

Os autores pesquisados afirmam que se deve privilegiar pessoas que tinham uma relação de confiança ou de intimidade com o falecido para se ampliar as chances de obtenção de um conhecimento mais fidedigno sobre os motivos da morte. Alguns autores recomendam que sejam entrevistados dois parentes ou dois amigos do falecido ao mesmo tempo, pois tal prática pode ampliar a compreensão dos pontos de vista e do fenômeno da morte. Outros negam a eficácia de entrevistas conjuntas.

Quanto à duração das entrevistas, os autores divergem, afirmando que podem variar de 45 minutos a 6 horas, com ou sem intervalo.

Seja por meio de entrevistas individuais ou conjuntas, os autores pesquisados concordam que a autópsia psicológica tem um efeito terapêutico sobre os entrevistados tão somente por participarem do processo investigatório. Falar sobre o falecimento do ente querido e dos motivos que possam ter levado essa pessoa a acabar com a própria vida diminui a culpa e ajuda na elaboração do luto e compreensão da morte.

#### *5.4 Fatores que podem afetar os informantes*

Ormerod (2001) cita que boa parte da autópsia psicológica é baseada em entrevistas de pessoas que conheciam o falecido. No entanto, nem sempre as pessoas que conheciam o falecido podem estar falando a verdade. O professor da Universidade de Nottingham observa que o entrevistado pode mentir por medo de ser processado, por medo de pôr em perigo a sua herança, por medo de parecer demasiado insensível, ou ainda para proteger o falecido de mais investigação e exposição, especialmente em casos em que o suicídio foi desencadeado por eventos embaraçosos.

No mesmo sentido, Selkin (1994) destaca que o entrevistado pode mentir para salvaguardar a imagem do morto, especialmente em situações em que a convicção religiosa prepondera.

Assim, os peritos devem estar atentos a essas hipóteses. Daí a importância do cruzamento de dados.

Cabe ainda salientar que os próprios peritos entrevistadores devem estar atentos a seus próprios preconceitos e podem ser influenciados por suas expectativas quanto à provável patologia da vítima, pelo apego a eventos específicos, pela dificuldade em lidar com discrepâncias entre os informantes, pela

falta de treinamento e experiência na aplicação da técnica. Daí porque recomendam os autores que as informações obtidas por meio das entrevistas sejam sempre confrontadas com documentos pessoais ou oficiais do falecido.

Ora, o perito tem de cruzar as informações para que se aproxime da verdade real, sopesando as informações contraditórias apresentadas.

Só assim a autópsia psicológica alcançará seus objetivos.

### **6. A autópsia psicológica e as políticas públicas na área da saúde**

Observa-se ainda que a realização da autópsia psicológica pode indicar caminhos para as políticas públicas na área de saúde. Em virtude da compilação de dados de autópsias psicológicas, as autoridades públicas podem perceber se existe aumento ou diminuição do número de suicídios em determinado grupo populacional, o motivo que leva aos suicídios, e tomarem as medidas adequadas.

Em outras palavras, além do efeito mais direto de se descobrir o motivo pelo qual uma pessoa se suicidou num determinado caso concreto, a análise dos dados gerais sobre autópsias psicológicas também pode servir como ferramenta de saúde pública, inclusive na identificação de casos de suicídios decorrentes de trabalho.

Final, a saúde se divide em duas partes: a preventiva e a curativa. Assim, além do caráter curativo que pode ser sentido pelas pessoas próximas ao morto ao se expressarem sobre o ocorrido, a autópsia psicológica pode ser um instrumento eficaz de prevenção de outros suicídios pela compilação e análise dos dados, inclusive na área do trabalho.

Nesse sentido, Hirokawa, Kawakami, Matsumoto, Inagaki, Eguchi, Tsuchiya, Katsumata, Akazawa, Kameyama, Tachimori e Takeshima (2012) relatam uma experiência japonesa. Eles extraíram dados de 49 autópsias psicológicas realizadas em diversas partes do Japão e notaram que a taxa de suicidas entre as pessoas que possuíam distúrbios mentais relacionadas ao humor era significativamente maior do que aquelas que não tinham. A chance era 6 vezes maior, conforme os dados coletados. Aliás, das 49 autópsias psicológicas realizadas, apurou-se que em 65% dos casos, os suicidas possuíam algum distúrbio mental. A partir desses resultados, os pesquisadores sugeriram que as políticas públicas para a prevenção de suicídio deveriam ter como público-alvo prioritário as pessoas que possuíam algum tipo de distúrbio mental.

Na Alemanha, outro estudo semelhante indicou que a taxa de incidência de suicídio era maior em condições de desemprego, aposentadoria precoce e situações de trabalho psicologicamente adversas. Com base em análise de 163 autópsias psicológicas, os pesquisadores Schneider, Grebner, Schnabel, Hampel, Georgi e Seidler (2011) puderam extrair esses

dados. Os resultados demonstraram que desempregados têm 16 vezes mais chances de cometer suicídio do que empregados. Desse modo, sugeriram que as políticas públicas para prevenção de suicídios tivessem como público alvo pessoas nessa situação.

Outra pesquisa interessante, que se baseou em levantamento de dados de autópsias psicológicas, foi realizado no Reino Unido com médicos que se suicidaram. Foram analisadas 38 autópsias psicológicas, sendo que a grande maioria dos médicos se matou por autoenvenenamento. As principais causas encontradas foram distúrbios mentais, incluindo a depressão e o estresse no trabalho. Como sugestão de políticas públicas a serem adotadas, os pesquisadores Hawton, Malmberg e Simkin (2004) sugeriram o efetivo acompanhamento por parte do hospital e dos colegas nos casos de depressão e outros distúrbios mentais, a redução da carga de trabalho dos médicos e a criação de obstáculos à obtenção de remédios reconhecidamente fortes a médicos que sofram de depressão.

Wong, Chan, Conwell e Conner (2010) ao analisar, em Hong Kong, 17 casos de autópsias psicológicas de “apostadores patológicos” que se suicidaram, concluíram que a depressão era um traço comum. Também puderam apurar que a perda excessiva de dinheiro e problemas com agiotas foi fato expressivo nesses casos de suicídios (8 em 17). Desse modo, indicaram que os países que têm jogos legalizados ou que pretendem liberar os jogos devem estar atentos a esses fatores ao estabelecer políticas públicas.

Isometsä (2001), por sua vez, afirma que estudos baseados em autópsias psicológicas indicam que cerca de um terço dos suicidas tendem a mencionar anteriormente que iriam se matar. Por tal razão, adverte que esse sinal deve ser levado em conta por familiares e pessoas próximas para que indiquem o tratamento psicológico. Nesse sentido, caberia aos órgãos de políticas públicas na área de saúde mental difundir essa informação. O professor ainda menciona que a grande maioria sofre de algum distúrbio mental, inclusive depressão. Desse modo, conclui que se a maioria dessas pessoas tivesse um tratamento psicológico adequado, o número de suicídios poderia diminuir. Nesse sentido, também seria interessante que houvesse divulgação desse tipo de informação pelos órgãos de saúde mental.

Berman, Sundararaman, Price e Au (2014), ao analisar diversos casos de autópsias psicológicas em suicídios cometidos por motoristas em autoestradas, sugerem diversas medidas de políticas públicas para reduzir o número de casos. Eles afirmam que uma das mais efetivas formas de se evitar um suicídio é restringir os meios de acesso à sua efetivação. E, considerando que a maioria dos acidentes ocorre em cruzamentos de autoestradas com linhas férreas próximas a grandes centros urbanos, os professores advertem que a redução do limite de velocidade de trens que cruzam autoestradas em perímetros urbanos pode causar a diminuição do número de suicídios.

Conner, Beautrais, Brent, Conwell, Phillips e Schneider (2011) destacam que entre os fatores estressores

que podem desencadear o suicídio, o fim de um relacionamento é o principal deles. Mencionam ainda que a facilidade de acesso aos meios para a efetivação do suicídio contribui para o aumento de seu número. Assim, a disponibilidade de armas de fogo em casa ou de venenos letais aumenta a chance de suicídio. Desse modo, entendem que aumentar a atenção com as pessoas que terminam um relacionamento e limitar o acesso aos meios para a efetivação do suicídio podem ser formas eficazes de se reduzir os números de suicídios.

Houston, Hawton e Shepperd (2001) analisaram 27 casos de autópsias psicológicas no Reino Unido com jovens entre 15 e 24 anos e os dados encontrados indicaram que 70,4% dos suicidas possuíam algum distúrbio psiquiátrico, sendo que em 50,5% dos casos foi diagnosticada depressão. 37% dos suicidas estavam em tratamento psiquiátrico antes da morte, porém apenas alguns tomavam antidepressivos. Nesse sentido, os autores sugerem que devem ser aprofundados os estudos acerca da depressão entre jovens, da utilização de antidepressivos por pessoas entre 15-24 anos e de medidas preventivas voltadas para pessoas nessa faixa etária. A automutilação foi encontrada em 63% dos casos. Eventos estressores ocorreram na semana do suicídio em 59,3% dos casos. Em 55,6% dos casos havia histórico familiar de distúrbio mental. 52% dos suicidas tiveram incidentes com a polícia em algum momento da vida. Tais dados, ressaltam os autores da pesquisa, são fundamentais para o estabelecimento de políticas públicas voltadas à promoção da saúde mental.

Portanto, os autores pesquisados foram unânimes em afirmar que a autópsia psicológica é um importante instrumento de estudo do processo de suicídio, servindo para levantar dados e informações relevantes para o desenvolvimento de estratégias públicas de prevenção ao suicídio. Os autores consideram a autópsia psicológica como um instrumento investigatório legitimado por pesquisadores para elucidar, por meio de uma análise retrospectiva, os motivos que levaram uma pessoa a se suicidar, gerando informações importantes não apenas para a polícia e familiares/amigos do falecido, mas também para indicar caminhos para a promoção da saúde mental.

Nesse sentido, se a partir de um conjunto de autópsias psicológicas restar indicado que trabalhadores de determinado ramo de atividade, ou de determinada empresa, ou de determinada localidade estão com maiores taxas de suicídio, faz-se necessário que todos aqueles que podem prevenir futuros suicídios desses trabalhadores se esforcem para que isso não venha a ocorrer novamente. A própria empresa, os sindicatos das categorias profissional e econômica, a Auditoria Fiscal do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério da Saúde, dentre outros, têm de enviar esforços para frear esses números.

## Referências

BERMAN, Alan L.; SUNDARARAMAN, Ramya; PRICE, Andrea; AU, Josephine S. Suicide on rail-

- road rights-of-way: a psychological autopsy study. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, v. 44, n. 6, p. 710-722, 2014.
- BIFFL, Elizabeth. Psychological autopsies: do they belong in the courtroom. *American Journal of Criminal Law*, v. 24, p. 123-146, 1996.
- BOTEGA, Neury José. Comportamento suicida: epidemiologia. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 25, n. 3, p. 231-236, Dez. 2014.
- CAVALCANTE, Fátima Gonçalves; MINAYO, Maria Cecília de Souza; MENEGHEL, Stela Nazareth; SILVA, Raimunda Magalhães da; GUTIERREZ, Denise Machado Duran; CONTE, Marta; FIGUEIREDO, Ana Elisa Bastos; GRUBITS, Sônia; CAVALCANTE, Ana Célia Sousa; MANGAS, Raimunda Matilde do Nascimento; VIEIRA, Luiza Jane Eyre de Souza; MOREIRA, Gracyelle Alves Remigio. Autópsia psicológica e psicossocial sobre suicídio de idosos: abordagem metodológica. *Ciência & saúde coletiva*, v. 17, n. 8, p. 2039-2052, 2012.
- CONNER, Kenneth R.; BEAUTRAIS, Annette L.; BRENT, David A.; CONWELL, Yeates; PHILLIPS, Michael R.; SCHNEIDER, Barbara. The next generation of psychological autopsy studies: part 1 interview content. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, v. 41, n. 6, p. 594-613, 2011.
- CONNER, Kenneth R.; BEAUTRAIS, Annette L.; BRENT, David A.; CONWELL, Yeates; PHILLIPS, Michael R.; SCHNEIDER, Barbara. The next generation of psychological autopsy studies: part 2 interview procedures. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, v. 42, n. 1, p. 86-103, 2012.
- FINAZZI-SANTOS, Marcelo Augusto; SIQUEIRA, Marcus Vinícius Soares. Considerações sobre trabalho e suicídio: um estudo de caso. *Revista brasileira de saúde ocupacional*, São Paulo, 36 (123): 71-83, 2011.
- GARCÍA PÉREZ, Teresita. La autopsia psicológica en el suicidio. *Medicina legal de Costa Rica*, Heredia, v. 15, n. 1-2, p. 22-24, Dez. 1998.
- HARRIS, Anne a. The psychological autopsy: a retrospective study of suicide. *Stetson law review*, Saint Petersburg, v. 20, p. 289-308, 1990.
- HAWTON, Keith; MALMBERG, Aslög; SIMKIN, Sue. Suicide in doctors: A psychological autopsy study. *Journal of Psychosomatic Research*, v. 57, n. 1, p. 1-4, 2004.
- HENRY, Melissa; GREENFIELD, Brian J. Therapeutic Effects of Psychological Autopsies. *Crisis*; v. 30, n. 1, p. 20-24, 2009.
- HIROKAWA, Seiko; KAWAKAMI, Norito; MATSUMOTO, Toshihiko; INAGAKI, Akiko; EGUCHI, Nozomi; TSUCHIYA, Masao; KATSUMATA, Yotaro; AKAZAWA, Masato; KAMEYAMA, Akiko; TACHIMORI, Hisateru; TAKESHIMA, Tadashi. Mental disorders and suicide in Japan: a nation-wide psychological autopsy case-control study. *Journal of Affective Disorders*, v. 140, p. 168-175, 2012.
- HORTON-DEUTSCH, Sara L.; CLARK, David C.; FARRAN, Carol J. Chronic dyspnea and suicide in elderly men. *Psychiatric Services*, v. 43, n. 12, dez 1992, p. 1198-1203.
- HOUSTON, Kelly; HAWTON, Keith; SHEPPERD, Rosie. Suicide in young people aged 15-24: a psychological autopsy study. *Journal of Affective Disorders*, v. 63, p. 159-170, 2001.
- ISOMETSÄ, E. T. Psychological autopsy studies — a review. *European Psychiatry*, v. 16, p. 379-385, 2001.
- JOBES, David A.; BERMAN, Alan L.; JOSSELSOHN, Arnold R. The impact of psychological autopsies on medical examiners' determination of manner of death. *Journal of Forensic Science*, v. 31, n. 1, p. 177-189, 1986.
- LICHTER, David Henry. Diagnosing the dead: the admissibility of the psychiatric autopsy. *American Criminal Law Review*, v. 18, p. 617-635, 1981.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. *Manual esquemático de direito e processo do trabalho*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 242.
- MÁXIMO, Thaís Augusta Cunha de Oliveira; LIMA, Joana Azevedo de; ARAÚJO, Anísio José da Silva. A invisibilidade da relação suicídio e trabalho. *Psicologia & sociedade*, João Pessoa, v. 24, n. 3, p. 739-740, 2012.
- MIRANDA, Tatiane Gouveia de. *Autópsia psicológica: compreendendo casos de suicídio e o impacto da perda*. 2014. 158 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade de Brasília, Brasília. 2014.
- NAHAS, Thereza Christina. O Processo do trabalhista como realização dos direitos fundamentais. *Revista Jurídico Luso-Brasileira*, v. 01, 2015, p. 1975-1976.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Prevenção do suicídio: Um recurso para conselheiros*. Geneva, 2006.
- ORMEROD, David. psychological autopsies: legal applications and admissibility. *The International Journal of Evidence & Proof*, v. 5, p. 1-31, 2001.
- PILEGIS, Olga Regiane. Aferição do nexo causal nos transtornos mentais e comportamentais relacionados ao trabalho: por uma análise multiprofissional e transdisciplinar do tema. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 54, 2019, p. 113-160.
- RITCHIE, Elspeth Cameron; GELLES, Michael G. Psychological autopsies: the current Department of Defense effort to standardize training and quality assurance. *Journal of Forensic Sciences*, v. 47, n. 6, p. 1-3, 2002.
- ROJAS, Iván Alberto Jiménez. La autopsia psicológica como instrumento de investigación. *Revista colombiana de psiquiatria*, Bogotá, v. 30, n. 3, Set. 2001.
- SAMPAIO, Mauren Alexandra; BOEMER, Magali Roseira. Suicídio: um ensaio em busca de um desvelamento do tema. *Revista da Escola de Enfermagem da USP*, v. 34, n. 4, p. 325-331, Dez. 2000.

- SCHNEIDER, Barbara; GREBNER, Kristin, SCHNABEL, Axel, HAMPEL, Harald, GEORGI, Klaus; SEIDLER, Andrea. Impact of employment status and work-related factors on risk of completed suicide: a case-control psychological autopsy study. *Psychiatry Research*, v. 190, n. 2, p. 265-270, 2011.
- SCOTT, Charles L.; SWARTZ, Elena; WARBURTON, Katherine. The psychological autopsy: solving the mysteries of death. *Psychiatric Clinics of North America*, v. 29, n. 3, p. 805-822, 2006.
- SELKIN, James. Psychological autopsy: scientific psychohistory or clinical intuition? *American psychologist*, v. 49, n. 1, p. 74-75, 1994.
- SHNEIDMAN, Edwin S. The psychological autopsy. *American Psychologist*, v. 49, n. 1, p. 75-76. 1994.
- SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira; SARDÁ, Sandro Eduardo. Perícias judiciais multiprofissionais e a lei do ato médico: por uma interpretação que leve em conta a unidade do sistema e a efetividade da prestação jurisdicional. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n. 44, 2014, p. 61-96.
- TEIXEIRA, Selena Mesquita de Oliveira. O Método de Autópsia Psicossocial como Recurso de Investigação acerca do Suicídio. *Psicologia: teoria e pesquisa*, v. 34, 2018.
- WERLANG, Blanca Susana Guevara. *Proposta de uma entrevista semiestruturada para autópsia psicológica em casos de suicídio*. 2000. 347 f. Tese (Doutorado em Ciências Médicas) — Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas. 2000.
- WONG, Paul W. C.; CHAN, Wincy S. C.; CONWELL, Yeates; CONNER, Kenneth R.; YIP, Paul S. F. A psychological autopsy study of pathological gamblers who died by suicide. *Journal of Affective Disorders*, v. 120, p. 213-216, 2010.



# Legislação

## PROGRAMA EMERGENCIAL DE MANUTENÇÃO DO EMPREGO E DA RENDA — MEDIDAS TRABALHISTAS COMPLEMENTARES PARA ENFRENTAMENTO DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA

— Medida Provisória n. 936, de 1º de abril de 2020 — (DOU ed. Extra 01.04.202) — Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências.

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

### Capítulo I Disposições preliminares

Art. 1º Esta Medida Provisória institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19) de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

### Capítulo II Do programa emergencial de manutenção do emprego e da renda

#### Seção I

*Da instituição, dos objetivos e das medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda*

Art. 2º Fica instituído o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, com aplicação durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º e com os seguintes objetivos:

- I — preservar o emprego e a renda;
- II — garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e
- III — reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública.

Art. 3º São medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda:

- I — o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda;
- II — a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; e
- III — a suspensão temporária do contrato de trabalho.

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos órgãos da administração pública direta e indireta, às empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive às suas subsidiárias, e aos organismos internacionais.

Art. 4º Compete ao Ministério da Economia coordenar, executar, monitorar e avaliar o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e editar normas complementares necessárias à sua execução.

#### Seção II

*Do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda*

Art. 5º Fica criado o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, a ser pago nas seguintes hipóteses:

I — redução proporcional de jornada de trabalho e de salário; e

II — suspensão temporária do contrato de trabalho.

§ 1º O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será custeado com recursos da União.

§ 2º O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será de prestação mensal e devido a partir da data do início da redução da jornada de trabalho e de salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho, observadas as seguintes disposições:

I — o empregador informará ao Ministério da Economia a redução da jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, no prazo de dez dias, contado da data da celebração do acordo;

II — a primeira parcela será paga no prazo de trinta dias, contado da data da celebração do acordo, desde que a celebração do acordo seja informada no prazo a que se refere o inciso I; e

III — o Benefício Emergencial será pago exclusivamente enquanto durar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho.

§ 3º Caso o empregador não preste a informação dentro do prazo previsto no inciso I do § 2º:

I — ficará responsável pelo pagamento da remuneração no valor anterior à redução da jornada de trabalho e de salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho do empregado, inclusive dos respectivos encargos sociais, até a que informação seja prestada;

II — a data de início do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será fixada na data em que a informação tenha sido efetivamente prestada e o benefício será devido pelo restante do período pactuado; e

III — a primeira parcela, observado o disposto no inciso II, será paga no prazo de trinta dias, contado da data em que a informação tenha sido efetivamente prestada.

§ 4º Ato do Ministério da Economia disciplinará a forma de:

I — transmissão das informações e comunicações pelo empregador; e

II — concessão e pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda.

§ 5º O recebimento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda não impede a concessão e não altera o valor do seguro-desemprego a que o empregado vier a ter direito, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990, no momento de eventual dispensa.

§ 6º O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será operacionalizado e pago pelo Ministério da Economia.

§ 7º Serão inscritos em dívida ativa da União os créditos constituídos em decorrência de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda pago indevidamente ou além do devido, hipótese em que se aplica o disposto na Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980, para a execução judicial.

Art. 6º O valor do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda terá como base de cálculo o valor mensal do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, nos termos do art. 5º da Lei n. 7.998, de 1990, observadas as seguintes disposições:

I — na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário, será calculado aplicando-se sobre a base de cálculo o percentual da redução; e

II — na hipótese de suspensão temporária do contrato de trabalho, terá valor mensal:

a) equivalente a cem por cento do valor do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, na hipótese prevista no *caput* do art. 8º; ou

b) equivalente a setenta por cento do seguro-desemprego a que o empregado teria direito, na hipótese prevista no § 5º do art. 8º.

§ 1º O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será pago ao empregado independentemente do:

I — cumprimento de qualquer período aquisitivo;

II — tempo de vínculo empregatício; e

III — número de salários recebidos.

§ 2º O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda não será devido ao empregado que esteja:

I — ocupando cargo ou emprego público, cargo em comissão de livre nomeação e exoneração ou titular de mandato eletivo; ou

II — em gozo:

a) de benefício de prestação continuada do Regime Geral de Previdência Social ou dos Regimes Próprios de Previdência Social, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 124 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991;

b) do seguro-desemprego, em qualquer de suas modalidades; e

c) da bolsa de qualificação profissional de que trata o art. 2º-A da Lei n. 7.998, de 1990.

§ 3º O empregado com mais de um vínculo formal de emprego poderá receber cumulativamente um Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda para cada vínculo com redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou com suspensão temporária do contrato de trabalho, observado o valor previsto no *caput* do art. 18 e a condição prevista no § 3º do art. 18, se houver vínculo na modalidade de contrato intermitente, nos termos do disposto no § 3º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 4º Nos casos em que o cálculo do benefício emergencial resultar em valores decimais, o valor a ser pago deverá ser arredondado para a unidade inteira imediatamente superior.

### Seção III

#### *Da redução proporcional de jornada de trabalho e de salário*

Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por até noventa dias, observados os seguintes requisitos:

I — preservação do valor do salário-hora de trabalho;

II — pactuação por acordo individual escrito entre empregador e empregado, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos; e

III — redução da jornada de trabalho e de salário, exclusivamente, nos seguintes percentuais:

a) vinte e cinco por cento;

b) cinquenta por cento; ou

c) setenta por cento.

Parágrafo único. A jornada de trabalho e o salário pago anteriormente serão restabelecidos no prazo de dois dias corridos, contado:

I — da cessação do estado de calamidade pública;

II — da data estabelecida no acordo individual como termo de encerramento do período e redução pactuado; ou

III — da data de comunicação do empregador que informe ao empregado sobre a sua decisão de antecipar o fim do período de redução pactuado.

### Seção IV

#### *Da suspensão temporária do contrato de trabalho*

Art. 8º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a suspensão temporária do contrato de trabalho de seus empregados, pelo prazo máximo de sessenta dias, que poderá ser fracionado em até dois períodos de trinta dias.

§ 1º A suspensão temporária do contrato de trabalho será pactuada por acordo individual escrito entre empregador e empregado, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos.

§ 2º Durante o período de suspensão temporária do contrato, o empregado:

I — fará jus a todos os benefícios concedidos pelo empregador aos seus empregados; e

II — ficará autorizado a recolher para o Regime Geral de Previdência Social na qualidade de segurado facultativo.

§ 3º O contrato de trabalho será restabelecido no prazo de dois dias corridos, contado:

I — da cessação do estado de calamidade pública;

II — da data estabelecida no acordo individual como termo de encerramento do período e suspensão pactuado; ou

III — da data de comunicação do empregador que informe ao empregado sobre a sua decisão de antecipar o fim do período de suspensão pactuado.

§ 4º Se durante o período de suspensão temporária do contrato de trabalho o empregado mantiver as atividades de trabalho, ainda que parcialmente, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância, ficará descaracterizada a suspensão temporária do contrato de trabalho, e o empregador estará sujeito:

I — ao pagamento imediato da remuneração e dos encargos sociais referentes a todo o período;

II — às penalidades previstas na legislação em vigor; e

III — às sanções previstas em convenção ou em acordo coletivo.

§ 5º A empresa que tiver auferido, no ano-calendário de 2019, receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais), somente poderá suspender o contrato de trabalho de seus empregados mediante o pagamento de ajuda compensatória mensal no valor de trinta por cento do valor do salário do empregado, durante o período da suspensão temporária de trabalho pactuado, observado o disposto no *caput* e no art. 9º.

#### Seção V

##### *Das disposições comuns às medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda*

Art. 9º O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda poderá ser acumulado com o pagamento, pelo empregador, de ajuda compensatória mensal, em decorrência da redução de jornada de trabalho e de salário ou da suspensão temporária de contrato de trabalho de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º A ajuda compensatória mensal de que trata o *caput*:

I — deverá ter o valor definido no acordo individual pactuado ou em negociação coletiva;

II — terá natureza indenizatória;

III — não integrará a base de cálculo do imposto sobre a renda retido na fonte ou da declaração de ajuste anual do imposto sobre a renda da pessoa física do empregado;

IV — não integrará a base de cálculo da contribuição previdenciária e dos demais tributos incidentes sobre a folha de salários;

V — não integrará a base de cálculo do valor devido ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, instituído pela Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, e pela Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015; e

VI — poderá ser excluída do lucro líquido para fins de determinação do imposto sobre a renda da pessoa jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real.

§ 2º Na hipótese de redução proporcional de jornada e de salário, a ajuda compensatória prevista no *caput* não integrará o salário devido pelo empregador e observará o disposto no § 1º.

Art. 10. Fica reconhecida a garantia provisória no emprego ao empregado que receber o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, de que trata o art. 5º, em decorrência da redução da jornada de trabalho e de salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho de que trata esta Medida Provisória, nos seguintes termos:

I — durante o período acordado de redução da jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho; e

II — após o restabelecimento da jornada de trabalho e de salário ou do encerramento da suspensão temporária do contrato de trabalho, por período equivalente ao acordado para a redução ou a suspensão.

§ 1º A dispensa sem justa causa que ocorrer durante o período de garantia provisória no emprego previsto no *caput* sujeitará o empregador ao pagamento, além das parcelas rescisórias previstas na legislação em vigor, de indenização no valor de:

I — cinquenta por cento do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a vinte e cinco por cento e inferior a cinquenta por cento;

II — setenta e cinco por cento do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a cinquenta por cento e inferior a setenta por cento; ou

III — cem por cento do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, nas hipóteses de redução de jornada de trabalho e de salário em percentual superior a setenta por cento ou de suspensão temporária do contrato de trabalho.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica às hipóteses de dispensa a pedido ou por justa causa do empregado.

Art. 11. As medidas de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária de contrato de trabalho de que trata esta Medida Provisória poderão ser celebradas por meio de negociação coletiva, observado o disposto no art. 7º, no art. 8º e no § 1º deste artigo.

§ 1º A convenção ou o acordo coletivo de trabalho poderão estabelecer percentuais de redução de jornada de trabalho e de salário diversos dos previstos no inciso III do *caput* do art. 7º.

§ 2º Na hipótese de que trata o § 1º, o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda de que trata o art. 5º e art. 6º será devido nos seguintes termos:

I — sem percepção do Benefício Emergencial para a redução de jornada e de salário inferior a vinte e cinco por cento;

II — de vinte e cinco por cento sobre a base de cálculo prevista no art. 6º para a redução de jornada e de salário igual ou superior a vinte e cinco por cento e inferior a cinquenta por cento;

III — de cinquenta por cento sobre a base de cálculo prevista no art. 6º para a redução de jornada e de salário igual ou superior a cinquenta por cento e inferior a setenta por cento; e

IV — de setenta por cento sobre a base de cálculo prevista no art. 6º para a redução de jornada e de salário superior a setenta por cento.

§ 3º As convenções ou os acordos coletivos de trabalho celebrados anteriormente poderão ser renegociados para adequação de seus termos, no prazo de dez dias corridos, contado da data de publicação desta Medida Provisória.

§ 4º Os acordos individuais de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, pactuados nos termos desta Medida Provisória, deverão ser comunicados pelos empregadores ao respectivo sindicato laboral, no prazo de até dez dias corridos, contado da data de sua celebração.

Art. 12. As medidas de que trata o art. 3º serão implementadas por meio de acordo individual ou de negociação coletiva aos empregados:

I — com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 (três mil cento e trinta e cinco reais); ou

II — portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.



Parágrafo único. Para os empregados não enquadrados no *caput*, as medidas previstas no art. 3º somente poderão ser estabelecidas por convenção ou acordo coletivo, ressalvada a redução de jornada de trabalho e de salário de vinte e cinco por cento, prevista na alínea “a” do inciso III do *caput* do art. 7º, que poderá ser pactuada por acordo individual.

Art. 13. A redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento dos serviços públicos e das atividades essenciais de que tratam a Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, e a Lei n. 13.979, de 2020.

Art. 14. As irregularidades constatadas pela Auditoria Fiscal do Trabalho quanto aos acordos de redução de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho previstos nesta Medida Provisória sujeitam os infratores à multa prevista no art. 25 da Lei n. 7.998, de 1990.

Parágrafo único. O processo de fiscalização, de notificação, de autuação e de imposição de multas decorrente desta Medida Provisória observarão o disposto no Título VII da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1943, não aplicado o critério da dupla visita e o disposto no art. 31 da Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020.

Art. 15. O disposto nesta Medida Provisória se aplica aos contratos de trabalho de aprendizagem e de jornada parcial.

Art. 16. O tempo máximo de redução proporcional de jornada e de salário e de suspensão temporária do contrato de trabalho, ainda que sucessivos, não poderá ser superior a noventa dias, respeitado o prazo máximo de que trata o art. 8º.

### Capítulo III Disposições finais

Art. 17. Durante o estado de calamidade pública de que trata o art. 1º:

I — o curso ou o programa de qualificação profissional de que trata o art. 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1943, poderá ser oferecido pelo empregador exclusivamente na modalidade não presencial, e terá duração não inferior a um mês e nem superior a três meses;

II — poderão ser utilizados meios eletrônicos para atendimento dos requisitos formais previstos no Título VI da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1943, inclusive para convocação, deliberação, decisão, formalização e publicidade de convenção ou de acordo coletivo de trabalho; e

III — os prazos previstos no Título VI da Consolidação das Leis do Trabalho aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1943, ficam reduzidos pela metade.

Art. 18. O empregado com contrato de trabalho intermitente formalizado até a data de publicação desta Medida Provisória, nos termos do disposto no § 3º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1943, fará jus ao benefício emergencial mensal no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais), pelo período de três meses.

§ 1º O benefício emergencial mensal será devido a partir da data de publicação desta Medida Provisória e será pago em até trinta dias.

§ 2º Aplica-se ao benefício previsto no *caput* o disposto nos § 1º, § 6º e § 7º do art. 5º e nos § 1º e § 2º do art. 6º.

§ 3º A existência de mais de um contrato de trabalho nos termos do disposto no § 3º do art. 443 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1943, não gerará direito à concessão de mais de um benefício emergencial mensal.

§ 4º Ato do Ministério da Economia disciplinará a concessão e o pagamento do benefício emergencial de que trata este artigo.

§ 5º O benefício emergencial mensal de que trata o *caput* não poderá ser acumulado com o pagamento de outro auxílio emergencial.

Art. 19. O disposto no Capítulo VII da Medida Provisória n. 927, de 2020, não autoriza o descumprimento das normas regulamentadoras de segurança e saúde no trabalho pelo empregador, e aplicando-se as ressalvas ali previstas apenas nas hipóteses excepcionadas.

Art. 20. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 1º de abril de 2020; 199º da Independência e 132º da República.

*Jair Messias Bolsonaro*

*Paulo Guedes*

## PROGRAMA EMERGENCIAL DE SUPORTE A EMPREGOS — INSTITUIÇÃO

— Medida Provisória n. 944, de 3 de abril de 2020 — (DOU 6.4.20 ed. Extra B) — Institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos.

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

### Capítulo I Disposições preliminares

Art. 1º Fica instituído o Programa Emergencial de Suporte a Empregos, destinado à realização de operações de crédito com empresários, sociedades empresárias e sociedades cooperativas, excetuadas as sociedades de crédito, com a finalidade de pagamento de folha salarial de seus empregados.

### Capítulo II Do programa emergencial de suporte a empregos

Art. 2º O Programa Emergencial de Suporte a Empregos é destinado às pessoas jurídicas a que se refere o art. 1º com receita bruta anual superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), calculada com base no exercício de 2019.

§ 1º As linhas de crédito concedidas no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos:

I — abrangerão a totalidade da folha de pagamento do contratante, pelo período de dois meses, limitadas ao valor equivalente a até duas vezes o salário-mínimo por empregado; e

II — serão destinadas exclusivamente ao processamento das folhas de pagamento de que trata o inciso I.

§ 2º Para terem acesso às linhas de crédito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos, as pessoas jurídicas a que se refere o art. 1º deverão ter a sua folha de pagamento processada por instituição financeira participante.

§ 3º Poderão participar do Programa Emergencial de Suporte a Empregos todas as instituições financeiras sujeitas à supervisão do Banco Central do Brasil.

§ 4º As pessoas jurídicas a que se refere o art. 1º que contratarem as linhas de crédito no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos assumirão contratualmente as seguintes obrigações:

I — fornecer informações verídicas;

II — não utilizar os recursos para finalidades distintas do pagamento de seus empregados; e

III — não rescindir, sem justa causa, o contrato de trabalho de seus empregados no período compreendido entre a data da contratação da linha de crédito e o sexagésimo dia após o recebimento da última parcela da linha de crédito.

§ 5º O não atendimento a qualquer das obrigações de que trata o § 4º implica o vencimento antecipado da dívida.

Art. 3º As instituições financeiras participantes do Programa Emergencial de Suporte a Empregos deverão assegurar que os recursos sejam utilizados exclusivamente para o processamento das folhas de pagamento dos contratantes.

Art. 4º Nas operações de crédito contratadas no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos:

I — quinze por cento do valor de cada financiamento será custeado com recursos próprios das instituições financeiras participantes; e

II — oitenta e cinco por cento do valor de cada financiamento será custeado com recursos da União alocados ao Programa.

Parágrafo único. O risco de inadimplemento das operações de crédito e as eventuais perdas financeiras decorrentes serão suportados na mesma proporção da participação estabelecida no *caput*.

Art. 5º As instituições financeiras participantes poderão formalizar operações de crédito no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos até 30 de junho de 2020, observados os seguintes requisitos:

I — taxa de juros de três inteiros e setenta e cinco centésimos por cento ao ano sobre o valor concedido;

II — prazo de trinta e seis meses para o pagamento; e

III — carência de seis meses para início do pagamento, com capitalização de juros durante esse período.

Art. 6º Para fins de concessão de crédito no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos, as instituições financeiras participantes observarão políticas próprias de crédito e poderão considerar eventuais restrições em sistemas de proteção ao crédito na data da contratação e registros de inadimplência no sistema de informações de crédito mantido pelo Banco Central do Brasil nos seis meses anteriores à contratação, sem prejuízo do disposto na legislação vigente.

§ 1º Para fins de contratação das operações de crédito no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos, as instituições financeiras privadas e públicas estaduais participantes ficam dispensadas de observar as seguintes disposições:

I — § 1º do art. 362 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943;

II — inciso IV do § 1º do art. 7º da Lei n. 4.737, de 15 de julho de 1965;

III — alíneas *b* e *c* do *caput* do art. 27 da Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990;

IV — alínea *a* do inciso I do *caput* do art. 47 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991;

V — art. 10 da Lei n. 8.870, de 15 de abril de 1994;

VI — art. 1º da Lei n. 9.012, de 30 de março de 1995; VII — art. 20 da Lei n. 9.393, de 19 de dezembro de 1996; e

VIII — art. 6º da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002.

§ 2º Aplica-se às instituições financeiras públicas federais a dispensa prevista no § 1º, observado o disposto na Lei n. 13.898, de 11 de novembro de 2019.

§ 3º O disposto nos § 1º e § 2º não afasta a aplicação do disposto no § 3º do art. 195 da Constituição.

Art. 7º Na hipótese de inadimplemento do contratante, as instituições financeiras participantes farão a cobrança da dívida em nome próprio, em conformidade com as suas políticas de crédito, e recolherão os valores recuperados ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social — BNDES, que os restituirá à União, observados os mesmos critérios de atualização previstos no § 1º do art. 8º.

§ 1º Na cobrança do crédito inadimplido, lastreado em recursos públicos, não se admitirá, por parte das instituições financeiras participantes, a adoção de procedimento para recuperação de crédito menos rigoroso do que aqueles usualmente empregados em suas próprias operações de crédito.

§ 2º As instituições financeiras participantes arcarão com todas as despesas necessárias para a recuperação dos créditos inadimplidos.

§ 3º As instituições financeiras participantes, em conformidade com as suas políticas de crédito, deverão empregar os seus melhores esforços e adotar os procedimentos necessários à recuperação dos créditos no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos e não poderão interromper ou negligenciar o acompanhamento.

§ 4º As instituições financeiras participantes serão responsáveis pela veracidade das informações fornecidas e pela exatidão dos valores a serem reembolsados à União, por intermédio do BNDES.

§ 5º A repartição dos recursos recuperados observará a proporção de participação estabelecida no art. 4º.

§ 6º As instituições financeiras participantes deverão leiloar, após o período de amortização da última parcela passível de vencimento no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos, observados os limites, as condições e os prazos estabelecidos no ato de que trata o § 8º, todos os créditos eventualmente remanescentes a título de recuperação e recolher o saldo final à União por intermédio do BNDES.

§ 7º Após a realização do último leilão de que trata o § 6º pelas instituições financeiras participantes, a parcela do crédito lastreado em recursos públicos eventualmente não alienada será considerada extinta de pleno direito.

§ 8º Ato do Conselho Monetário Nacional estabelecerá mecanismos de controle e aferição de resultados quanto ao cumprimento do disposto no § 4º ao § 7º e os limites, as condições e os prazos para a realização de leilão dos créditos de que tratam o § 6º e o § 7º.

### Capítulo III

#### Da transferência de recursos da secretaria do tesouro nacional da secretaria especial de fazenda do ministério da economia e da atuação do banco nacional de desenvolvimento econômico e social — BNDES como agente financeiro da união

Art. 8º Ficam transferidos, da União para o BNDES, R\$ 34.000.000.000,00 (trinta e quatro bilhões de reais), desti-

dados à execução do Programa Emergencial de Suporte a Empregos.

§ 1º Os recursos transferidos ao BNDES são de titularidade da União e serão remunerados, pro rata die:

I — pela taxa média referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia — Selic, enquanto mantidos nas disponibilidades do BNDES; e

II — pela taxa de juros de três inteiros e setenta e cinco centésimos por cento ao ano, enquanto aplicados nas operações de crédito contratadas no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos.

§ 2º O aporte de que trata o caput não transferirá a propriedade dos recursos ao BNDES, que permanecerão de titularidade da União, de acordo com instrumento firmado entre as partes.

Art. 9º O BNDES atuará como agente financeiro da União no Programa Emergencial de Suporte a Empregos.

§ 1º A atuação do BNDES será a título gratuito.

§ 2º Caberá ao BNDES, na condição de agente financeiro da União:

I — realizar os repasses dos recursos da União às instituições financeiras que protocolarem no BNDES operações de crédito a serem contratadas no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos;

II — receber os reembolsos de recursos das instituições financeiras participantes decorrentes dos repasses;

III — repassar à União, no prazo de trinta dias, contado da data do recebimento, os reembolsos de recursos recebidos; e

IV — prestar as informações solicitadas pela Secretaria do Tesouro Nacional da Secretaria Especial de Fazenda do Ministério da Economia e pelo Banco Central do Brasil.

§ 3º Ato do BNDES regulamentará os aspectos operacionais referentes ao protocolo das operações de crédito.

§ 4º Os eventuais recursos aportados no BNDES pela União e não repassados às instituições financeiras participantes para o Programa Emergencial de Suporte a Empregos até o término do prazo para formalização dos contratos serão devolvidos à União no prazo de trinta dias, observado o disposto no inciso I do § 1º do art. 8º.

Art. 10. Na hipótese de a operação de crédito protocolada no BNDES estar enquadrada nos requisitos formais do Programa Emergencial de Suporte a Empregos, não haverá cláusula *del credere* nem remuneração às instituições financeiras participantes o risco de crédito da parcela das operações de crédito lastreadas em recursos públicos ficará a cargo da União.

Art. 11. O BNDES não se responsabilizará pela solvabilidade das instituições financeiras participantes nem pela sua atuação na realização das operações de crédito, especialmente quanto ao cumprimento da finalidade dessas operações e ao cumprimento dos requisitos exigidos para a sua realização e das condições de recuperação dos créditos lastreados em recursos públicos.

Art. 12. Nas hipóteses de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira participante do Programa Emergencial de Suporte a Empregos, a União ficará sub-rogada automaticamente, de pleno direito, na proporção estabelecida no inciso II do caput do art. 4º, nos créditos e garantias constituídos em favor da instituição financeira, decorrentes das respectivas operações de crédito lastreadas em recursos públicos realizadas no âmbito do Programa.

Parágrafo único. Caberá ao BNDES informar à União os dados relativos às operações de crédito lastreadas em recursos públicos realizadas no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos, com vistas ao seu encaminhamento ao liquidante, ao interventor ou ao juízo responsável ou, ainda, à cobrança judicial dos valores envolvidos.

Art. 13. As receitas provenientes do retorno dos empréstimos à União, nos termos do disposto nesta Medida Provisória, serão integralmente utilizadas para pagamento da dívida pública de responsabilidade do Tesouro Nacional.

#### Capítulo IV Da regulação e da supervisão das operações de crédito realizadas no âmbito do programa emergencial de suporte a empregos

Art. 14. Compete ao Banco Central do Brasil fiscalizar o cumprimento, pelas instituições financeiras participantes, das condições estabelecidas para as operações de crédito realizadas no âmbito do Programa Emergencial de Suporte a Empregos.

Art. 15. O Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil, no âmbito de suas competências, poderão disciplinar os aspectos necessários para operacionalizar e fiscalizar as instituições financeiras participantes quanto ao disposto nesta Medida Provisória, observado o disposto na Lei n. 13.506, de 13 de novembro de 2017.

#### Capítulo V Disposição final

Art. 16. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de abril de 2020; 199º da Independência e 132º da República.

*Jair Messias Bolsonaro*

*Paulo Guedes*

*Roberto de Oliveira Campos Neto*

#### MEDIDAS TEMPORÁRIAS EM RESPOSTA À PANDEMIA DECORRENTE DA COVID-19 NO ÂMBITO DO SETOR PORTUÁRIO

— Medida Provisória n. 945, de 4 de abril de 2020 — (DOU ed. Extra 4.4.20) — Dispõe sobre medidas temporárias em resposta à pandemia decorrente da covid-19 no âmbito do setor portuário e sobre a cessão de pátios sob administração militar.

O Presidente da República, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre:

I — medidas especiais em resposta à pandemia decorrente da covid-19 com o objetivo de garantir a preservação das atividades portuárias, consideradas essenciais; e

II — a cessão de uso especial de pátios sob administração militar.

Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, o Órgão Gestor de Mão de Obra não poderá escalar trabalhador portuário avulso nas seguintes hipóteses:

I — quando o trabalhador apresentar os seguintes sintomas, acompanhados ou não de febre, ou outros esta-

belecidos em ato do Poder Executivo federal, compatíveis com a *covid-19*:

- a) tosse seca;
- b) dor de garganta; ou
- c) dificuldade respiratória;

II — quando o trabalhador for diagnosticado com a *covid-19* ou submetido a medidas de isolamento domiciliar por coabitação com pessoa diagnosticada com a *covid-19*;

III — quando a trabalhadora estiver gestante ou lactante;

IV — quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a sessenta anos; ou

V — quando o trabalhador tiver sido diagnosticado com:

- a) imunodeficiência;
- b) doença respiratória; ou
- c) doença preexistente crônica ou grave, como doença cardiovascular, respiratória ou metabólica.

§ 1º O Órgão Gestor de Mão de Obra deverá encaminhar à autoridade portuária semanalmente lista atualizada de trabalhadores portuários avulsos que estejam impedidos de ser escalados, acompanhada de documentação que comprove o enquadramento dos trabalhadores em alguma das hipóteses previstas no *caput*.

§ 2º A comprovação dos sintomas de que trata o inciso I do *caput* poderá ser realizada por meio de atestado médico ou outra forma estabelecida em ato do Poder Executivo federal.

§ 3º Os trabalhadores que se enquadrem em alguma das hipóteses previstas no *caput* poderão enviar a documentação comprobatória de sua situação ao Órgão Gestor de Mão de Obra por meio eletrônico.

§ 4º Nas hipóteses previstas nos incisos I, II e III do *caput*, os trabalhadores ficarão obrigados a informar imediatamente ao Órgão Gestor de Mão de Obra qualquer alteração em sua situação.

Art. 3º Enquanto persistir o impedimento de escalação com fundamento em qualquer das hipóteses previstas no art. 2º, o trabalhador portuário avulso terá direito ao recebimento de indenização compensatória mensal no valor correspondente a cinquenta por cento sobre a média mensal recebida por ele por intermédio do Órgão Gestor de Mão de Obra entre 1º de outubro de 2019 e 31 de março de 2020.

§ 1º O pagamento da indenização será custeado pelo operador portuário ou por qualquer tomador de serviço que requisitar trabalhador portuário avulso ao Órgão Gestor de Mão de Obra.

§ 2º O valor pago por cada operador portuário ou tomador de serviço, para fins de repasse aos beneficiários da indenização, será proporcional à quantidade de serviço demandado ao Órgão Gestor de Mão de Obra.

§ 3º O Órgão Gestor de Mão de Obra deverá calcular, arrecadar e repassar aos beneficiários o valor de suas indenizações.

§ 4º Na hipótese de o aumento de custos com o trabalho portuário avulso decorrente da indenização de que trata este artigo ter impacto sobre os contratos de arrendamentos já firmados, estes deverão ser alterados de maneira a promover o reequilíbrio econômico-financeiro.

§ 5º A administração do porto concederá desconto tarifário aos operadores portuários pré-qualificados que não sejam arrendatários de instalação portuária em valor equivalente ao acréscimo de custo decorrente do pagamento da indenização de que trata este artigo.

§ 6º O benefício a ser pago aos trabalhadores portuários avulsos de que trata o *caput*:

I — terá natureza indenizatória;

II — não integrará a base de cálculo do imposto sobre a renda retido na fonte ou da declaração de ajuste anual do imposto sobre a renda da pessoa física do empregado;

III — não integrará a base de cálculo da contribuição previdenciária e dos demais tributos incidentes sobre a folha de salários;

IV — não integrará a base de cálculo do valor devido ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, instituído pela Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, e pela Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015; e

V — poderá ser excluída do lucro líquido para fins de determinação do imposto sobre a renda da pessoa jurídica e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido das pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real.

§ 7º Não terá direito à indenização de que trata este artigo, ainda que estejam impedidos de concorrer à escala, os trabalhadores portuários avulsos que:

I — estiverem em gozo de qualquer benefício do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social, observado o disposto no parágrafo único do art. 124 da Lei n 8.213, de 24 de julho de 1991; ou

II — perceberem o benefício assistencial de que trata o art. 10-A da Lei n 9.719, de 27 de novembro de 1998.

Art. 4º Na hipótese de indisponibilidade de trabalhadores portuários avulsos para atendimento às requisições, os operadores portuários que não forem atendidos poderão contratar livremente trabalhadores com vínculo empregatício por tempo determinado para a realização de serviços de capatazia, bloco, estiva, conferência de carga, conserto de carga e vigilância de embarcações.

§ 1º Para fins do disposto neste artigo, considera-se indisponibilidade de trabalhadores portuários qualquer causa que resulte no não atendimento imediato às requisições apresentadas pelos operadores portuários ao Órgão Gestor de Mão de Obra, tais como greves, movimentos de paralisação e operação-padrão.

§ 2º A contratação de trabalhadores portuários com vínculo empregatício com fundamento no disposto no *caput* não poderá exceder o prazo de doze meses.

Art. 5º A Lei n. 9.719, de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º .....

§ 1º O Órgão Gestor de Mão de Obra fará a escalação de trabalhadores portuários avulsos por meio eletrônico, de modo que o trabalhador possa habilitar-se sem comparecer ao posto de escalação.

§ 2º O meio eletrônico adotado para a escalação de trabalhadores portuários avulsos deverá ser inviolável e tecnicamente seguro.

§ 3º Fica vedada a escalação presencial de trabalhadores portuários.” (NR)

Art. 6º A Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 10. ....

.....

XV — atividades portuárias.” (NR)

Art. 7º A Lei n. 12.815, de 5 de junho de 2013, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 40. ....  
.....”

§ 5º Desde que possuam a qualificação necessária, os trabalhadores portuários avulsos registrados e cadastrados poderão desempenhar quaisquer das atividades de que trata o § 1º, vedada a exigência de novo registro ou cadastro específico, independentemente de acordo ou convenção coletiva.” (NR)

Art. 8º A Lei n. 7.565, de 19 de dezembro de 1986, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 95. O Poder Executivo deverá instituir e regular comissão que tenha os seguintes objetivos:

I — assessorar os órgãos governamentais, relativamente à política e critérios de segurança; e

II — promover a coordenação entre:

- a) os serviços de controle de passageiros;
- b) a administração aeroportuária;
- c) o policiamento;
- d) as empresas de transporte aéreo; e
- e) as empresas de serviços auxiliares.

Parágrafo único. Compete, ainda, à comissão de que trata o *caput* propor diretrizes destinadas a prevenir e a enfrentar ameaças e atos contra a aviação civil e as instalações correlatas.” (NR)

Art. 9º As disposições constantes dos art. 2º, art. 3º e art. 4º produzirão efeitos pelo prazo de cento e vinte dias, contada da data de publicação desta Medida Provisória.

Parágrafo único. O estabelecido no *caput* poderá ser prorrogado por ato do Poder Executivo federal.

Art. 10. Fica autorizada a cessão de uso especial de pátios sob administração militar, a título gratuito, às pessoas jurídicas prestadoras de serviço de transporte aéreo público, nacionais, a título precário, durante o período do estado de calamidade pública decorrente da pandemia da *covid-19*.

§ 1º A cessão comportará apenas o uso de células de espaço físico, a serem determinadas pelo Comando da Aeronáutica.

§ 2º A cessão será formalizada por meio de termo, que conterà as condições estabelecidas e a finalidade de sua realização e será subscrito pela cessionária, hipótese que implicará sua anuência.

§ 3º Na hipótese de aplicação do imóvel, parcial ou integral, diversa da prevista nesta Medida Provisória e no termo de que trata o § 2º, a cessão se tornará nula, independentemente de ato especial.

§ 4º A cessão não acarretará ônus para a União e as atividades necessárias à movimentação de pátio, à manutenção e à utilização das aeronaves correrão às contas da cessionária.

§ 5º A cessionária ficará sujeita às condições existentes e às condições estabelecidas pelo Comando da Aeronáutica para acesso às áreas cedidas, com vistas à segurança das instalações militares.

§ 6º A União não se responsabilizará por danos eventuais causados a aeronaves ou a terceiros em decorrência da cessão de uso especial prevista no *caput*.

§ 7º A cessionária será obrigada a zelar pela conservação do imóvel e será responsável pelos danos ou prejuízos tenha causado.

Art. 11. Ficam revogados o § 1º e o § 2º do art. 95 da Lei n. 7.565, de 1986.

Art. 12. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 4 de abril de 2020; 199º da Independência e 132º da República.

Jair Messias Bolsonaro  
Fernando Azevedo e Silva  
Tarcisio Gomes de Freitas

## PAGAMENTO DO ABONO SALARIAL — EXERCÍCIO 2020/2021

— Resolução CODEFAT n. 857, de 1º de abril de 2020 — (DOU 3.4.20) — Altera a Resolução CODEFAT n. 834, de 9 de julho de 2019, e estabelece o Calendário de Pagamento do Abono Salarial — exercício de 2020/2021

O Presidente do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador — CODEFAT, nos termos do inciso V, do art. 19, da Lei n. 7.998, de 11 de janeiro de 1990, e tendo em vista o que dispõe o art. 9º desta mesma Lei, e o inciso VIII do art. 4º do Regimento Interno do Conselho, aprovado pela Resolução CODEFAT n. 596, de 27 de maio de 2009, resolve, ad referendum do Conselho:

Art. 1º Alterar a Resolução CODEFAT n. 834, de 9 de julho de 2019, que passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 2º

§ 1º O Calendário de Pagamento do Abono Salarial tem início em 25 de julho de 2019 e término em 29 de maio de 2020.

.....” (NR)

Art. 2º Estabelecer o Calendário de Pagamento do Abono Salarial para o exercício 2020/2021, conforme os Anexos I e II desta Resolução.

Art. 3º O pagamento do Abono Salarial — PIS será efetuado pela Caixa Econômica Federal e do Abono Salarial — PASEP pelo Banco do Brasil.

§ 1º O Calendário de Pagamento do Abono Salarial tem início em 30 de junho de 2020 e término em 30 de junho de 2021.

§ 2º Para o pagamento do Abono Salarial — PIS é considerado o mês de nascimento do trabalhador e para o pagamento do Abono Salarial — PASEP é considerado o dígito final do número de inscrição do PASEP.

§ 3º Os trabalhadores com direito ao Abono Salarial com saques previstos para o ano de 2020 de que tratam os anexos I e II, terão assegurado o crédito em conta, a partir de

30 de junho de 2020, caso sejam participantes correntistas da CAIXA ou do Banco do Brasil.

Art. 4º Compete aos agentes pagadores, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil, para efetivação do disposto no art. 3º desta Resolução:

I — executar os serviços de pesquisa, de identificação dos trabalhadores com direito ao Abono Salarial, de apuração e controle de valores, de processamento de dados e de atendimento aos trabalhadores;

II — realizar o pagamento do abono salarial, mediante depósito em conta corrente de titularidade do trabalhador ou por meio de saque em espécie; e

III — executar os serviços de regularização cadastral com base na Relação Anual de Informações Sociais — RAIS a partir do Ano-Base 2014.

§ 1º As regularizações cadastrais de que trata o inciso III deste artigo realizadas até 12 de junho de 2021 serão pagas até

o final do calendário estabelecido nos Anexos I e II desta Resolução e, após essa data, no calendário do exercício seguinte.

§ 2º O pagamento do Abono Salarial para trabalhadores identificados em RAIS fora do prazo, entregues até 30 de setembro de 2020, serão disponibilizados a partir de 4 de novembro de 2020, conforme calendário de pagamento anual constante nos Anexos I e II e, após essa data, no calendário do exercício seguinte.

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Francisco Canindé Pegado do Nascimento

**Anexo — I**  
**Calendário de pagamento do abono salarial — Programa de integração social — PIS — Exercício 2020/2021**

Nas agências da Caixa Econômica Federal

Nascidos em	Recebem a partir de	Recebem até
Julho	16/07/2020	30/06/2021
Agosto	18/08/2020	30/06/2021
Setembro	15/09/2020	30/06/2021
Outubro	14/10/2020	30/06/2021
Novembro	17/11/2020	30/06/2021
Dezembro	15/12/2020	30/06/2021
Janeiro	19/01/2021	30/06/2021
Fevereiro	19/01/2021	30/06/2021
Março	11/02/2021	30/06/2021
Abril	11/02/2021	30/06/2021
Mai	17/03/2021	30/06/2021
Junho	17/03/2021	30/06/2021

I — Os Pagamentos do Abono Salarial decorrente da RAIS extemporânea nos termos do § 1º do art. 3º, desta Resolução serão disponibilizados no período de 4 11 2020 a 30.6.2020.

**Anexo — II**  
**Calendário de pagamento do abono salarial — Programa de formação do patrimônio do Servidor Público — PASEP — Exercício 2020/2021**

Nas agências do Banco do Brasil S.A.

Final da inscrição	Recebem a partir de	Recebem até
Julho	16/07/2020	30/06/2021
Agosto	18/08/2020	30/06/2021
Setembro	15/09/2020	30/06/2021
Outubro	14/10/2020	30/06/2021
Novembro	17/11/2020	30/06/2021
Dezembro	19/01/2021	30/06/2021
Janeiro	11/02/2021	30/06/2021
Fevereiro	17/03/2021	30/06/2021

I — Os Pagamentos do Abono Salarial decorrente da RAIS extemporânea nos termos do §1º do art. 3º, desta Resolução serão disponibilizados no período de 4.11.2020 a 30.6.2021.

**RECOLHIMENTO DE TRIBUTOS FEDERAIS, NA SITUAÇÃO QUE ESPECIFICA EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA RELACIONADA AO CORONAVÍRUS — RECOLHIMENTO — PRORROGAÇÃO**

— Portaria ME n. 150, de 7 de abril de 2020 — (DOU 8.4.20)  
— Altera a Portaria ME n. 139, de 3 de abril de 2020, que prorroga o prazo para o recolhimento de tributos federais, na situação que especifica em decorrência da pandemia relacionada ao Coronavírus.

O Ministro de Estado da Economia, no uso da atribuição que lhe confere o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 66 da Lei n. 7.450, de 23 de dezembro de 1985, na Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, na Portaria MS n. 188, de 3 de fevereiro de 2020, e no Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, resolve:

Art. 1º A Portaria ME n. 139, de 3 de abril de 2020, passa a vigorar com a seguinte alteração:

“Art. 1º As contribuições previdenciárias de que tratam os arts. 22, 22-A e 25 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, o art. 25 da Lei n. 8.870, de 15 de abril de 1994, e os arts. 7º e 8º da Lei n. 12.546, de 14 de dezembro de 2011, devidas pelas empresas a que se referem o inciso I do *caput* e o parágrafo único do art. 15 da Lei n. 8.212, de 1991, e a contribuição de que trata o art. 24 da Lei n. 8.212, de 1991, devida pelo empregador doméstico, relativas às competências março e abril de 2020, deverão ser pagas no prazo de vencimento das contribuições devidas nas competências julho e setembro de 2020, respectivamente.” (NR)

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação no Diário Oficial da União.

*Paulo Guedes*

**LIMITE DE RENDA FAMILIAR PER CAPITA PARA FINS DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA**

— Lei n. 13.981, de 23 de março de 2020 — Altera a (Lei Orgânica da Assistência Social), para elevar o limite de renda familiar *per capita* para fins de concessão do benefício de prestação continuada.

Faço saber que o Congresso Nacional rejeitou o veto total aposto ao Projeto de Lei do Senado n. 55, de 1996 (PL n. 3.055, de 1997, na Câmara dos Deputados), e eu, Antonio Anastasia, Primeiro Vice-Presidente do Senado Federal, nos termos do § 7º do art. 66 da Constituição Federal, promulgo a seguinte:

Art. 1º O § 3º do art. 20 da Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica da Assistência Social), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 20. ...

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a 1/2 (meio) salário-mínimo.” (NR)

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

*Senado Federal, em 23 de março de 2020*

*Senador Antonio Anastasia,  
Primeiro Vice-Presidente do Senado Federal.*

**SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO  
RECOLHIMENTO DO FUNDO DE GARANTIA  
DO TEMPO DE SERVIÇO — FGTS REFERENTE ÀS  
COMPETÊNCIAS MARÇO, ABRIL E MAIO DE 2020**

— Circular CEF n. 897, de 24 de março de 2020 — (DOU 25.3.20 e Repub. DOU 31.3.20) — Dispõe sobre a suspensão da exigibilidade do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS referente às competências março, abril e maio de 2020, diferimento dos respectivos valores sem incidência de multa e encargos, regularidade do empregador junto ao FGTS e dá outras providências.

A Caixa Econômica Federal CAIXA, na qualidade de Agente Operador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço FGTS, no uso das atribuições que lhe são conferidas pelo art. 7º, inciso II, da Lei n. 8.036/90, de 11.05.1990, e de acordo com o Regulamento Consolidado do FGTS, aprovado pelo Decreto n. 99.684/90, de 08.11.1990, alterado pelo Decreto n. 1.522/95, de 13.06.1995, em consonância com a Lei n. 9.012/95, de 11.03.1995, com a Lei n. 8.212, de 24.07.1991, e com o Decreto n. 3.048, de 6.5.1999 e o disposto na MP n. 927, de 22 de março de 2020, publica a presente Circular.

1 Divulga orientação acerca da suspensão temporária da exigibilidade do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço — FGTS, referente às competências março, abril e maio de 2020, com vencimento em abril, maio e junho de 2020, respectivamente, podendo fazer uso dessa prerrogativa todos os empregadores, inclusive o empregador doméstico, independentemente de adesão prévia. 1.1 Para o uso da prerrogativa de suspensão da exigibilidade do recolhimento do FGTS, o empregador e o empregador doméstico permanecem obrigados a declarar as informações, até o dia 7 de cada mês, na forma seguinte, por meio do Conectividade Social e eSocial, conforme o caso:

1.1.1 Os empregadores usuários do SEFIP adotam as orientações contidas no Manual da GFIP/SEFIP para Usuários do SEFIP 8.4, em seu Capítulo I, item 7, obrigatoriamente com o uso da modalidade 1 (Declaração ao FGTS e à Previdência).

1.1.2 Os empregadores domésticos usuários do eSocial adotam as orientações contidas Manual de Orientação do eSocial para o Empregador Doméstico, em seu Item 4, subitem 4.3 (Emitir Guia), destacando-se que deve ser obrigatoriamente emitida a guia de recolhimento Documento de Arrecadação do eSocial — DAE, dispensada sua impressão e quitação.

1.1.3 O empregador que não prestar a declaração da informação ao FGTS até o dia 7 de cada mês, na forma prevista no item 1.1.1 ou 1.1.2, deve realizá-la impreterivelmente até a data limite de 20 de junho 2020 para fins de não incidência de multa e encargos devidos na forma do art. 22 da Lei n. 8.036/90, sem prejuízo da aplicação de outras penalidades previstas em Lei e regulamento.

1.2 As competências referentes aos meses de março, abril e maio de 2020 não declaradas até 20 de junho de 2020 serão, após esse prazo, consideradas em atraso e terão incidência

de multa e encargos devidos na forma do art. 22 da Lei n. 8.036, de 1990.

1.3 As informações prestadas constituem declaração e reconhecimento dos créditos delas decorrentes, caracterizam confissão de débito e constituem instrumento hábil e suficiente para a cobrança do crédito de FGTS.

1.4 O recolhimento realizado pelo empregador, referente às competências março, abril e maio de 2020, durante o prazo de suspensão da exigibilidade, será realizado sem aplicação de multas ou encargos devidos na forma do art. 22 da Lei n. 8.036, de 1990, desde que declaradas as informações pelo empregador ou empregador doméstico na forma do prazo previstos no item 1.1 e subitens.

1.5 Ocorrendo a rescisão do contrato de trabalho, passa o empregador a estar obrigado ao recolhimento dos valores decorrentes da suspensão aqui tratada, bem como os demais valores devidos ao recolhimento rescisório, sem incidência da multa e encargos devidos, caso efetuado dentro do prazo legal estabelecido para sua realização.

1.5.1 A obrigatoriedade de recolhimento de que trata o item 1.5 aplica-se ainda a eventuais parcelas vincendas do parcelamento tratado no item 1.6 abaixo, que terão sua data de vencimento antecipada para o prazo aplicável ao recolhimento previsto no art. 18 da Lei n. 8.036, de 1990.

1.6 O parcelamento do recolhimento do FGTS, cujas informações foram declaradas pelo empregador e empregador doméstico referentes às competências março, abril e maio de 2020, com vencimento em abril, maio e junho de 2020, respectivamente, prevê 6 parcelas fixas com vencimento no dia 7 de cada mês, com início em julho de 2020 e fim em dezembro de 2020.

1.6.1 Não será aplicado valor mínimo para as parcelas, sendo o valor total a ser parcelado dividido igualmente em 6 (seis) vezes, podendo ser antecipado a interesse do empregador ou empregador doméstico.

1.6.2 As parcelas de que trata o parcelamento referente às competências março, abril e maio de 2020, caso inadimplidas, estarão sujeitas à multa e aos encargos devidos nos termos do disposto no art. 22 da Lei n. 8.036, de 1990.

1.6.3 A inadimplência no pagamento do parcelamento ensejará o bloqueio do Certificado de Regularidade do FGTS CRF. 2 Os CRF vigentes em 22.3.2020 terão prazo de validade prorrogado por 90 (noventa) dias, a partir da data de seu vencimento. 3 Os Contratos de Parcelamentos de Débito em curso que tenham parcelas a vencer nos meses de março, abril e maio de 2020, na hipótese de inadimplência no período da suspensão de exigibilidade de recolhimento previsto nesta Circular, não constituem impedimento à emissão do CRF, mas estão sujeitos à cobrança de multa e encargos nos termos do art. 22 da Lei n. 8.036, de 1990.

4 Os procedimentos operacionais para recolhimento e parcelamento tratados nesta Circular serão detalhados oportunamente nos Manuais Operacionais que os regulamentam.

5 Esta Circular CAIXA entra em vigor na data de sua publicação.

*Edilson Carrogi Ribeiro Vianna, Vice-Presidente, em exercício*





## Envie seus artigos para Revista LTr

Os autores interessados em publicar na Revista LTr deverão encaminhar seus trabalhos até o dia 5 de cada mês para o e-mail [revista@ltr.com.br](mailto:revista@ltr.com.br), observando as seguintes regras:

O artigo deve ser inédito e focado em uma das subáreas:

- Direito Processual do Trabalho
- Direito Processual Coletivo do Trabalho
- Direito Individual do Trabalho
- Direito Coletivo do Trabalho
- Direito Internacional do Trabalho
- Direito Ambiental do Trabalho
- Direito Penal do Trabalho
- Doutrina Estrangeira/Direito Comparado
- Teoria Geral do Direito do Trabalho
- Diálogo de fontes com a área material ou processual trabalhista
- Pesquisa empírica e gerenciamento de processos
- Economia do trabalho
- Sociologia do trabalho
- Psicologia do trabalho

Todos os artigos deverão observar as normas da ABNT, em especial as seguintes regras para passarem pela dupla avaliação às cegas:

- Necessário ineditismo.
- Máximo de 25 páginas.
- Introdução, desenvolvimento e conclusão
- Resumo e abstract
- 3 Palavras-chave e Keywords
- Letra: Arial 12
- Espaçamento entre linhas: 1,5
- Recuo de parágrafo: 2
- Citação direta: recuo integral do texto 4,0 e letra 10
- Citações no sistema nota de Rodapé conforme o regramento da ABNT

Os artigos deverão ser elaborados por autores com doutorado, sendo aceitos artigos de mestrados e mestres desde que acompanhados de um doutor.