



Revista Jurídica
**TRABALHO e
DESENVOLVIMENTO HUMANO**
Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região



N. 1, V. 1, 2018

ISSN
2595-9689



EDITORIAL

A Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano – Revista da Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região (RTDH) nasce com o propósito de oferecer um espaço de publicação de estudos científicos interdisciplinares nacionais e internacionais de qualidade sobre temas afetos às relações de trabalho, pensados na perspectiva do desenvolvimento humano e social, e com vistas a contribuir com o aperfeiçoamento das reflexões teóricas e das ações práticas afins à seara jurídica e atinentes ao mundo do trabalho.

Nesta linha, este primeiro número do primeiro volume da RTDH apresenta nove artigos científicos redigidos por pesquisadores de distintas partes do território nacional e de fora do país, e aprovados após submissão ao sistema de avaliação duplo-cega por pares. Os estudos versam sobre variados assuntos, desde técnicas de aplicação do direito até temas de saúde e segurança do trabalho, passando por reflexões sobre o trabalho prestado por intermédio de plataformas digitais, análise da jurisprudência brasileira sobre trabalho escravo e danos existenciais no mundo laboral. Enfim, trata-se de uma edição permeada por motes atuais, examinados, com acuidade, por especialistas.

A Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região inaugura, com a RTDH, o que pretende seja um canal de difusão de conhecimento qualificado direcionado à toda comunidade que se propõe a pensar o mundo do trabalho sob um viés humano e solidário.

Uma ótima leitura!

A Equipe Editorial



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



EXPEDIENTE

Editores-Chefes

SILVIO BELTRAMELLI NETO

Professor Titular Categoria A1 da Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC-Campinas, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito, linha de pesquisa "Cooperação Internacional e Direitos Humanos", grupo de pesquisa Direito num Mundo Globalizado (CNPQ/PUC-Campinas).

Pós-doutorando em Desenvolvimento Econômico pelo Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), integrando o Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho – CESIT. Doutor em Direito (2013) pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre (2007) em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Especialista (2001) em Direito e Processo do Trabalho pela PUC-Campinas (2001). Graduado pela PUC-Campinas em 1999. Integra o quadro de docentes da Escola Superior do Ministério Público da União - ESMPU. Membro do Ministério Público do Trabalho (2006), atuando como Procurador do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP). ([Currículo Lattes](#))

CLARISSA RIBEIRO SCHINESTCK

Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP (2013). Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo- PUC/SP (2009). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2002). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - UFPEL (2000). Membro Pesquisadora do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior. Ex-Juíza do Trabalho (TRT 2ª Região). Membro do Ministério Público do Trabalho (2005), atuando como Procuradora do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP). ([Currículo Lattes](#))

Editores Assistentes

SAMUEL MENDONÇA

Samuel Mendonça é Professor Titular Categoria A3, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito, Mestrado Acadêmico, linha de pesquisa "Direitos Humanos e Políticas Públicas", grupo de pesquisa Direito e Realidade Social (CNPq/PUC Campinas), ao Programa de Pós-Graduação em Educação, Mestrado e Doutorado, linha de pesquisa "Políticas Públicas em Educação", líder do grupo de pesquisa "Política e Fundamentos da Educação" (CNPq/PUC Campinas) da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento



Científico e Tecnológico (CNPq). Pós-doutorando do Departamento de Economia da Educação da FE-USP. Doutor em Filosofia da Educação pela Unicamp, Mestre (área de Ética), Licenciado e Bacharel em Filosofia pela PUC Campinas. É Presidente da Sociedade Brasileira de Filosofia da Educação (2018-2020), membro da ABRADE - Associação Brasileira de Direito Educacional e participante de diversas sociedades internacionais: North American Nietzsche Society, PES - Philosophy of Education Society, INPE - International Network of Philosophers of Education, ALFE - Asociación Latinoamericana de Filosofía de la Educación. É autor do livro *Aristocratic Education in Nietzsche: individual achievement* (Maryland: GlobalSouth, 2018). ([Currículo Lattes](#))

FELIPE DA SILVA PINTO ADÃO

Mestrando em Ciência Política pela Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP, tendo como pesquisa o perfil do Poder Judiciário brasileiro a partir de casos de trabalho análogo ao de escravo no Brasil contemporâneo. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC-Campinas (2015). Assessor jurídico - cargo comissionado - do Ministério Público do Trabalho - Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP). ([Currículo Lattes](#))

GABRIELA COSTA E SILVA

Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia - UFBA (2017). Graduada pela Universidade Estadual de Santa Cruz - UESC (2013). Analista Processual nos quadros do Ministério Público da União (2015), atualmente lotada na Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP). ([Currículo Lattes](#))

Equipe Técnica

RAFAEL FERREIRA DE ALMEIDA

Chefe da Assessoria de Comunicação do Ministério Público do Trabalho em Campinas. Graduado em Jornalismo pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC-Campinas. Especialista em Gestão de Marketing pela Escola Superior de Administração, Marketing e Comunicação - ESAMC.

BEATRIZ PAGANINI

Assessora Nível III da Chefia de Gabinete do Procurador-Chefe do do Ministério Público do Trabalho em Campinas. Graduada em Relações Públicas pela UniMetrocamp Campinas e pós-graduanda em Marketing Organizacional pelo Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas - UNICAMP.



Conselho Editorial

CASSIO LUIS CASAGRANDE (UFF - RIO DE JANEIRO)

Professor de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - UFF, ministrando aulas na graduação e no mestrado (PPGDC). Doutor em Ciência Política (2007) pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Mestre em Relações Internacionais (2001) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba - FDC, com habilitação específica em Direito do Trabalho (1989). Membro do Ministério Público do Trabalho (2006), atuando como Procurador do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região (Rio de Janeiro/RJ). Integra o quadro de docentes da Escola Superior do Ministério Público da União - ESMPU. ([Currículo Lattes](#)).

EDUARDO CARLOS BIANCA BITTAR (USP - SÃO PAULO)

Professor em nível de Graduação e do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Desenvolveu estágio doutoral-FAPESP junto à Université de Lyon (II e III) e à Université de Paris (Sorbonne-II e Sorbonne-IV), na França. É Doutor (1999) e Livre-Docente (2003) pelo Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Defendeu Tese de Titoralidade (2011) na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro Titular do Grupo de Pesquisas Direitos Humanos, Democracia, Política e Memória do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, IEA, USP. Pesquisador N-2 do CNPq (2017-2019). ([Currículo Lattes](#))

GABRIELA NEVES DELGADO (UNB - BRASÍLIA)

Professora de Direito do Trabalho em nível de Graduação e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília - UnB. Pós-Doutoranda em Sociologia do Trabalho pela UNICAMP. Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (2005). Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2002). Pesquisadora e líder do Grupo de Pesquisa "Trabalho, Constituição e Cidadania" da UnB, com registro no Diretório dos Grupos de Pesquisa do CNPq. Membro fundadora do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais - ICJS. Advogada. ([Currículo Lattes](#))



HOMERO BATISTA MATEUS DA SILVA (USP - SÃO PAULO)

Professor de Direito do Trabalho em nível de Graduação e do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de São Paulo - USP. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP (2007). Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP (2002). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (1993). Pesquisador da Universidade de São Paulo - USP, dentro da linha de pesquisa "Saúde e segurança do trabalho. Novos rumos da regulação jurídica da saúde, higiene e segurança do trabalho". Juiz titular da 88ª Vara do Trabalho de São Paulo. ([Currículo Lattes](#))

JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO (FGV - SÃO PAULO)

Professor turno completo no curso de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas - EAESP/FGV. Coordenador dos cursos de pós-graduação em Direito do Trabalho, Direito Processual do Trabalho e em Direito Sindical na Escola Superior de Advocacia. Pós-Doutor junto ao Laboratoire de Droit et Changement Social da Université de Nantes, França (2013). Mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo - USP (2012). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2003) e especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Potiguar - UnP (2005). Advogado em São Paulo, integra as Comissões de Direito Sindical e de Direito Empresarial do Trabalho da OAB/SP para o triênio 2013-2015. ([Currículo Lattes](#))

LORENA VASCONCELOS PORTO (UDF - BRASÍLIA)

Professora de Direito do Trabalho no Programa de Pós-Graduação do Centro Universitário do Distrito Federal - UDF. Doutora em Autonomia Individual e Autonomia Coletiva pela Universidade de Roma II (2008). Mestre em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-Minas (2007). Especialista em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade de Roma II (2005). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (2004). Membro do Ministério Público do Trabalho (2006), atuando como Procuradora do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo/SP). Professora Titular do Centro Universitário UDF. Professora Convidada da Universidad Externado de Colombia ([Currículo Lattes](#))

MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO (UNIVERSIDADE NACIONAL DE CÓRDOBA - ARGENTINA)

Professor de Direito Material e Processual do Trabalho em cursos de pós-graduação e Professor Visitante da Universidade Nacional de Córdoba, Argentina. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (2005). Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (1994). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo - USP (1987). Membro da Asociación



Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AADTSS), da Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AUDTSS) e da Asociación de Abogados Laboralistas del Paraguay (AAL). Desembargador do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região (Campinas/SP). ([Currículo Lattes](#))

MÁRCIO TULIO VIANA (UFMG E PUC MINAS)

Professor de Direito do Trabalho em nível de Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG e em nível de graduação e do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. Pós-Doutor pela Universidade de Roma I La Sapienza (2008) e pela Universidade de Roma II Tor Vergata (2002). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (1994). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (1972). Co-coordenador do grupo de pesquisa Retrabalhando o Direito - RED. ([Currículo Lattes](#))

MIRTA GLADYS LERENA MANZO DE MISAILIDIS (UNIMEP - PIRACICABA)

Professora de Direito do Trabalho em nível de Graduação e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (1999). Mestre em Educação Superior pela Ppela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC-Campinas (1994). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC-Campinas (1982). Pesquisadora da da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP dentro da linha de pesquisa "Proteção dos Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos na Contemporaneidade". ([Currículo Lattes](#))

RAFAEL SANTOS DE OLIVEIRA (UFSM - SANTA MARIA)

Professor em nível de Graduação e do Programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2010), na área de concentração em Relações Internacionais, com período de realização de Estágio de Doutorado (doutorado-sanduiche) com bolsa da CAPES na Università Degli Studi di Padova - Itália (fev-jun 2009). Mestre em Integração Latino-Americana (Direito da Integração) pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2005). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM (2003). Vice-Coordenador do Núcleo de Pesquisas Prof. Luis Alberto Warat (NPLAW/UFSM). Líder do Grupo de Pesquisas cadastrado no CNPq denominado CEPEDI - Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet. Membro da Associação Brasileira de Editores Científicos (ABEC). ([Currículo Lattes](#))



RENATO RUA DE ALMEIDA (PUC SÃO PAULO)

Professor do Núcleo de Pesquisa em Direito do Trabalho do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* (mestrado e doutorado) em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de Paris I - Panthéon-Sorbonne (1973). Executa projetos de pesquisa sobre os temas "Tutela e efetividade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho" e "Efetivação dos direitos fundamentais pela negociação coletiva. Advogado trabalhista. ([Currículo Lattes](#))

XISTO TIAGO DE MEDEIROS NETO (UFRN - RIO GRANDE DO NORTE)

Professor de Direito Processual do Trabalho em nível de Graduação e de Especialização Lato Sensu da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN (2003). Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN (1984). Membro do Ministério Público do Trabalho (1993), atuando como Procurador do Trabalho na Procuradoria Regional do Trabalho da 21ª Região (Natal/RN). Integra o quadro de docentes da Escola Superior do Ministério Público da União - ESMPU. Coordenador da Revista Jurídica IN VERBIS do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. ([Currículo Lattes](#))

Conselho Editorial Internacional**ADA ORDOR (UNIVERSITY OF CAPE TOWN - ÁFRICA DO SUL)**

Professora associada e Diretora do *Centre for Comparative Law in Africa* (CCLA) da Faculdade de Direito da *University of Cape Town* (UCT). Bacharel em Direito pela Universidade de Jos (Nigéria), mestre em Direito pela Universidade da Nigéria, doutora em Direito pela *University of Cape Town*, pós-doutora pesquisadora pelo *Institute of Development and Labour Law* da *University of Cape Town* e advogada licenciada pela Ordem dos Advogados da Nigéria. Já atuou como pesquisadora da *Nigerian Law School* e do *African Gender Institute*, foi membra visitante do *Institute for Policy Studies* da *Johns Hopkins University* em Baltimore (EUA) e da *American Association of University Women* e foi co-editora do *Journal of Comparative Law in Africa*. Desde 1990, tem publicado diversos livros e artigos sobre Direito e Desenvolvimento, Direito Comparado e Direito do Trabalho.



CRISTINA MANGARELLI (UNIVERSIDADE DA REPÚBLICA - URUGUAI)

Professora de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Faculdade de Direito da *Universidad de la Republica* e da Universidade de Montevidéu, Uruguai. Doutora em Direito e Ciências Sociais e mestra em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da *Universidad de la Republica*. Pesquisadora integrante da *Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, é autora de diversos livros e artigos dedicados à temática do Direito do Trabalho e já participou de congressos pela América do Sul, Europa e Oceania.

ELIZABETH TIPPETT (UNIVERSIDADE DE OREGON - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA)

Professora Associada de Direito do Trabalho, Direito do Consumidor e de Negociação, Co-Diretora do Programa de Mestrado *Conflict & Dispute Resolution* e *Associate Faculty* do *Center for Cyber Security and Privacy*, todos da Faculdade de Direito da Universidade de Oregon, EUA. *Juris Doctor* pela *Harvard Law School*, Bacharel (B.A) em Social Studies pela *Harvard College* e Advogada credenciada para atuar nos estados de Oregon, Califórnia e Nova Iorque, bem como perante a Suprema Corte dos Estados Unidos. Já atuou como Advogada Associada no escritório de advocacia *Wilson Sonsini Goodrich & Rosati* (Palo Alto, Califórnia e Nova Iorque, Nova Iorque), como pesquisadora no *Center for Labor and Employment Law* da Universidade de Nova Iorque e atuou como *Teaching & Research Assistant* em diversos programas e disciplinas da *Harvard School of Law*. É autora de diversas obras, artigos e entrevistas sobre Direito do Trabalho, Relações de Trabalho, Governança Corporativa e questões relacionadas à advocacia em geral e já atuou como conferencista em diversas universidades dos EUA e do Reino Unido.

EVANCE KALULA (UNIVERSITY OF CAPE TOWN - ÁFRICA DO SUL)

Professor Emérito de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Faculdade de Direito da Universidade da Cidade do Cabo. Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Warwick, Inglaterra, mestre em Direito pela *Kings College, University of London*. *Chair* do Comitê para Liberdade Sindical, membro e conselheiro da *Academy of Science of South Africa*, membro do Conselho Ministerial e Consultivo para assuntos econômicos no Departamento de Desenvolvimento Econômico do governo da África do Sul e membro da *African Academy of Sciences* (AAS). Já foi presidente da *International Labour and Employment Relations Association* (ILERA), membro do Conselho Consultivo do Laboratório de Pesquisa em Direito do Trabalho e Desenvolvimento na Faculdade de Direito da *McGill University* em Montreal, Canadá, *Chair* da Comissão para Condições de Trabalho na África do Sul da OIT, e já trabalhou como Consultor e especialista para diversos governos e organizações internacionais como o governo da Zâmbia, o Alto Comissariado para Refugiados na ONU, o *Labour Department* do



governo estadunidense, entre outras. É autor de diversos trabalhos e artigos sobre regulação do mercado de trabalho, seguridade social, relações de trabalho na África do Sul e Direito do Trabalho Internacional Comparado.

FRANCISCO PÉREZ AMORÓS (UNIVERSIDADE AUTÔNOMA DE BARCELONA - ESPANHA)

Professor Catedrático de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade Autônoma de Barcelona, Espanha. Doutor em Direito pela Universidade de Barcelona e Doutor *Honoris Causa* pela Universidade Paulo Freire, Nicarágua. Árbitro do Tribunal Laboral da Catalunha, vice-presidente da *Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS)* e da *Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y Seguridad Social(AIJDTSS)*, membro do Comitê Científico da CIELO (*Comunidad Internacional para el Estudio Laboral y Ocupacional*), pesquisador do *Grupo de Investigación "Trabajadores e inmigración"* e do *Institut d'Etudis del Treball*, ambos da Universidade Autônoma de Barcelona. Já foi Professor Visitante de diversas universidades latino-americanos e é autor de diversas obras e artigos sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

FRANCK HÉAS (UNIVERSIDADE DE NANTES - FRANÇA)

Professor de Direito Social e do Trabalho, Vice-Decano e responsável pelo Setor de Estágio do Programa de Mestrado da *Faculté de Droit et de Sciences Politiques* da Universidade de Nantes, França. Doutor em Direito pela Universidade de Nantes e especialista em Direito Social e do Trabalho. Membro do Comitê Científico da rede internacional CIELO (*Communauté pour la recherche et les études sur le travail et le champ professionnel*), membro da comitê científico da *Revista Santé et Travail* e da *Revue internationale sur le travail et la société* da Universidade de Quebec, Canadá. Já foi co-responsável pela equipe *Travail et Solidarités* do laboratório *Droit et Changement Social* da Universidade de Nantes, membro eleito do *Conseil national des Universités (CNU)* da França, membro especialista convidado do grupo de trabalho do *Conseil Economique et Social de Bretagne* e Professor convidado na Faculdade São Judas Tadeu em São Paulo, Brasil. É autor de diversas obras e artigos sobre direito do trabalho e seguridade social.

JOÃO LEAL AMADO (UNIVERSIDADE DE COIMBRA - PORTUGAL)

Professor Associado de Direito do Trabalho da Universidade de Coimbra. Doutor e mestre em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Coimbra. Membro da Direção da APODIT – Associação Portuguesa de Direito do Trabalho, Vice-presidente da Direção do IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Membro dos Corpos Gerentes da JUTRA – Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho. Membro da lista de árbitros-presidentes do Conselho Económico



e Social. Integrante da direção da revista Questões Laborais e redator da Revista de Legislação e de Jurisprudência. Autor de diversas obras e artigos relacionados ao Direito Laboral.

JORGE ROSENBAUM RIMOLO (UDELAR - URUGUAI)

Professor titular de Direito Individual e Coletivo do Trabalho e da Seguridade Social (Grau 5) da Faculdade de Direito e de Legislação e Relações Industriais na Faculdade de Engenharia, ambas da *Universidad de La República* (UDELAR) em Montevideo, Uruguai. Diretor acadêmico de Direito do Trabalho e da Seguridade Social e Direito Coletivo do Trabalho na Escola de Pós-Graduação e da Faculdade de Direito da UDELAR. Secretário Geral da *Fundación Electra*, dedicada à promoção do estudo científico do Direito do Trabalho e da Seguridade Social (2010 até o presente). Doutor em Direito e Ciências Sociais pela UDELAR (1975), já desenvolveu atividades de consultoria à OIT nas mais diversas áreas: normas, projetos, investigação e formação em Direito do Trabalho e já trabalhou como assessor no Programa RELASUR do OIT em parceria com o Ministério do Trabalho e da Seguridade Social da Espanha (1993-1995). É autor de numerosos livros e artigos sobre Direito do Trabalho, Seguridade Social e Relações de Trabalho.

JUAN PABLO MUGNOLO (UNIVERSIDADE DE BUENOS AIRES - ARGENTINA)

Professor Titular de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na *Universidad de San Andrés* e Professor Adjunto Regular de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Universidade de Buenos Aires (UBA). Doutor em Direito pela Universidade de Granada, Espanha e Bacharel em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA). Membro do Comitê Editorial da *Revista Pensar en Derecho*, do Comitê de Redação da *Revista Internacional y Comparada en Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, bem como membro ativo da *Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social* e membro do Conselho da Magistratura em Buenos Aires. Já trabalhou como Assessor de vários setores do *Ministerio de Trabajo, Empleo y Formación de Recursos Humanos de la Nación* da Argentina e atuou como Diretor de Assuntos Acadêmicos da Universidade de Buenos Aires (UBA). É autor de diversas obras, tratados e artigos sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

MARÍA CRISTINA GAJARDO HARBOE (UNIVERSIDADE DO CHILE)

Advogada integrante da Suprema Corte Chilena (2018-2021) e Diretora da Escola de Pós-Graduação da Universidade do Chile. Doutora em Direito pela Universidade do Chile e pela Universidade de Sevilha (2017), mestra em Planificação e Direção Tributária pela *Universidad Adolfo Ibáñez* do Chile (2005) e licenciada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Chile (1986). Já foi Diretora da *Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (2011-2017) e advogada



integrante da Corte de Apelações de Santiago (2012-2014). É autora de diversas obras e artigos sobre temas relacionados ao trabalho.

MARIO GARMENDIA ARIGÓN (UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA - URUGUAI)

Professor Decano de Direito do Trabalho e da Seguridade Social das Faculdades de Direito da *Universidad de la Republica*, em Montevideú, Uruguai e do Centro Latinoamericano de Economía Humana (CLAEH) em Punta Del Leste, Uruguai. Doutor em Direito e Ciências Sociais e mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da *Universidad de la Republica*. Diretor da Revista *Derecho del Trabajo* (editorial La Ley Uruguay - Thomson Reuters), integrante do Conselho Editorial Internacional da Revista *Magister de Direito do Trabalho* e do Conselho Editor da Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região em Campinas - SP e membro correspondente da Academia Nacional de Direito do Trabalho do Brasil. É autor e co-autor de diversas obras sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social.

MARTHA ELISA MONSALVE CUELLAR (UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA - COLOMBIA)

Professora de Direito do Trabalho e da Seguridade Social no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da *Universidad La Gran Colombia*. Doutora em Direito e Ciência Política *Universidad La Gran Colombia*, Doutora *Honoris Causa* em Ciências Sociais e Políticas pela *Universidad Paulo Freire de Nicaragua* e especialista em Direito Laboral, Relações Industriais e Seguridade Social. Integrante da *Asociacion Iberoamericana De Juristas De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social Guillermo Cabanellas*, da *Asociacion Internacional De Relaciones Del Trabajo* e Presidente do *Instituto Latinoamericano De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social - ILTRASS*. Já participou de inúmeras conferências e eventos sobre Direito do Trabalho, Relações de Emprego e Seguridade Social ao redor do mundo e é autora de diversas obras e artigos sobre temas relacionados ao trabalho.

PEDRO ROMANO MARTINEZ (UNIVERSIDADE DE LISBOA - PORTUGAL)

Professor Catedrático de Direito do Trabalho no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Possui mestrado e doutorado em Direito pela Universidade Católica, em Lisboa. Desde 1989 é autor de diversas obras sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social, Direito Civil e Processual Civil e Direito Internacional Público.

RAÚL SACO BARRIOS (PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PERU)

Professor de Direito do Trabalho na *Pontificia Universidad Católica del Perú* (PUCP) e na *Academia de la Magistratura*. Mestre em Relações Laborais pela *Pontificia Universidad Católica del*



Perú, advogado especializado em Assuntos Laborais e Conciliador Extrajudicial credenciado pelo Ministério da Justiça do Peru. Membro da *Asociación Iberoamericana de Juristas del Derecho del Trabajo y Seguridad Social (AIJDTSS)*, do *Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ILTRAS)*, do Comitê Científico da CIELO (*Comunidad Internacional para el Estudio Laboral y Ocupacional*) e da *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS)*. Já trabalhou no antigo Ministério do Trabalho e da Promoção Social do Peru (atualmente Ministério do Trabalho e da Promoção do Emprego) e atuou como pesquisador no *Instituto de Estudios del Trabajo (IET)*. É autor de diversas publicações sobre Direito do Trabalho e Relações Laborais.

SANTIAGO GONZALEZ ORTEGA (UNIVERSIDADE DE PABLO OLAVIDE DE SEVILHA - ESPANHA)

Professor de Direito do Trabalho e da Seguridade Social na Universidade de Pablo de Olavide de Sevilha, Espanha desde 2005 e na Universidade de Nantes - França desde 2013. Já lecionou Direito do Trabalho e da Seguridade Social nas Universidades de Málaga (1986-1989), Sevilha (1989-1992), Carlos III de Madrid (1992-2005) e foi professor associado da Universidade de Paris X (Nanterre-La Défense) de 1995 a 2011. Doutor em Direito pela Universidade de Bolonha, Itália. Possui Licenciatura em Direito pela Universidade de Sevilha (1968-1973). Foi Diretor dos Departamentos de Direito Privado e Direito Social e Internacional Privado (1996-2003), bem como do Instituto de Pesquisa "Juan Luis Vives" em matéria de Seguridade Social (1996-2005), todos da Universidade Carlos III de Madri. Atualmente é responsável pela área de Direito do Trabalho da Universidade Pablo Olavide de Sevilha e é autor de inúmeras obras e trabalhos científicos relacionados a Direito do Trabalho e da Seguridade Social.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).





Recebido em: 08.10.2018
Aceito em: 28.11.2018

DOI: <http://doi.org/10.33239/rtdh.v1i1.10>

1 Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, professor associado do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e da Faculdade de Direito do Sil de Minas - FSDM, juiz federal do trabalho no TRT da 2ª Região - SP

<https://orcid.org/0000-0001-8937-9958>

2 Advogada trabalhista atuante predominantemente perante as Varas do Trabalho abrangidas pelo TRT da 3ª Região - MG

<https://orcid.org/0000-0003-3892-5394>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Ponderação à brasileira: a racionalidade da decisão judicial em Robert Alexy como desafio do Estado Constitucional Democrático

Brazilian weighting: the rationality of the judicial decision in Robert Alexy as a challenge of the Democratic Constitutional State

Ponderación a brasileña: la racionalidad de la decisión judicial en Robert Alexy como desafío del Estado Constitucional Democrático

*Paulo Eduardo Vieira de Oliveira*¹
*Nívea Andreza de Oliveira Costa*²

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar os processos de construção de discursos e decisões jurídicas a partir da Teoria da Argumentação de Robert Alexy em diálogo com o Constitucionalismo Discursivo no Estado Democrático de Direito. Ancorado no método analítico e técnica de pesquisa bibliográfica, o trabalho possibilitará abordar como questão central a ponderação de princípios, que é utilizada como principal metodologia para justificação de uma decisão judicial e não para a sua construção racional, como originalmente propõe a teoria. A principal hipótese levantada é que a concepção de princípios como mandados de otimização permite a relativização dos direitos fundamentais e sociais a partir do uso seletivo da técnica da ponderação. Devido a essa característica de indeterminação, a teoria da ponderação tornou-se conveniente para a não vinculação de direitos fundamentais no Constitucionalismo Discursivo, um desafio no Estado Democrático de Direito. Como resultado, observa-se que a teoria da ponderação é utilizada como concepção de discurso e decisão jurídica que reproduz e mantém desigualdades sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Decisão. Ponderação. Princípios. Robert Alexy.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the processes of construction of discourses and juridical decisions from the Theory of Argumentation of Robert Alexy in a dialogue with the Discursive Constitutionalism in the Democratic State of Law. Based on the analytical method and on the technique of bibliographical research, the present work will make it possible to approach as a central issue the weighting of principles, which is used as the main methodology for justification of a judicial decision and not for its rational construction, as originally proposed by the theory. The main hypothesis raised is that the conception of principles as mandates of optimization allows the relativization of fundamental and social rights through a selective use of weighting technique. Due to this feature of indeterminacy, the theory of weighting has become a convenient way for the fundamental rights to not be binding in the Discursive Constitutionalism, a challenge in the Democratic State of Law. As a result, it is observed that the theory of weighting is used as a conception of discourse and juridical decision that reproduces and maintains social inequalities.

KEYWORDS: Law. Decision. Weighting. Principles. Robert Alexy.

RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo analizar los procesos de construcción de discursos y decisiones jurídicas a partir de la Teoría de la Argumentación de Robert Alexy en diálogo con el Constitucionalismo Discursivo en el Estado Democrático de Derecho. Basado en el método analítico y la técnica de investigación bibliográfica, el trabajo posibilitará abordar como cuestión central la ponderación de principios, que es utilizada como principal metodología para justificación de una decisión judicial y no para su construcción racional, como originalmente propone la teoría. La principal hipótesis planteada es que la concepción de principios como mandamientos de optimización permite la relativización de los derechos fundamentales y sociales a partir del uso selectivo de la técnica de la ponderación. Debido a esta característica de indeterminación, la teoría de la ponderación se hizo conveniente para la no vinculación de derechos fundamentales en el Constitucionalismo Discursivo, un desafío en el Estado Democrático de Derecho. Como resultado, se observa que la teoría de la ponderación es utilizada como concepción de discurso y decisión jurídica que reproduce y mantiene desigualdades sociales.

PALABRAS CLAVE: Derecho. Decisión. Ponderación. Principios. Robert Alexy.

INTRODUÇÃO

O positivismo jurídico, concebido sob os dogmas da segurança e imparcialidade da lei, manteve suas sólidas convicções como instrumento ideológico indispensável ao projeto político e histórico de dominação a que serviu (FOUCAULT, 2002, p. 32). O esbatimento, crise e superação do positivismo no sistema do Direito, em lento processo histórico, instaurado ao longo do século XX (BARCELLOS, 2002, p. 14), constitui obra dialética, emergida da iniludível contradição exposta, em nome da legalidade, na instituição de constituições humanitárias e libertárias, como a de Weimar, oferecidas a serviço da barbárie instaurada na história, ao longo da primeira metade desse século, e a fundamentalismos econômicos e políticos diversos (AURER, 1993).

No Direito, a ideologia e os interesses se organizam em torno de parâmetros metodológicos, instituídos como paradigmas que emergiram de revoluções científicas (KUHN, 1998), impulsionadas pela incapacidade de determinado paradigma satisfatoriamente enfrentar a complexidade oferecida por novas relações sociais, pelo surgimento de novos sujeitos de direito e pelas exigências ideológicas daí decorrentes. Desta forma, incapaz de enfrentar a realidade histórica, as convicções positivistas sobre o texto da lei ruíram.



No contexto de superação do positivismo jurídico, a Constituição adquiriu nova importância, figurando como ideal de justiça, e a partir disso, toda construção teórica visa à introdução de princípios morais e valores éticos no Direito positivo. Neste contexto pós-positivista, a fundamentação das decisões jurídicas a partir de critérios racionais destaca-se no estudo do Direito, o que oportuniza o desenvolvimento de teorias da argumentação jurídica (SIMIONI, 2014, p. 236-237).

Busca-se a fundamentação das decisões judiciais como critério de racionalidade e exigência contra o subjetivismo judicial, o que implica a necessidade de critérios objetivos e determinados para orientação da decisão. Neste sentido, destaca-se a construção teórica de Robert Alexy (2001) desenvolvida a partir de um procedimento metodológico de argumentação.

Trata-se de proposta desafiadora para o Estado Democrático de Direito, que aposta na sua eficácia para legitimação do seu poder jurisdicional, e teoria que se tornou hegemônica na prática jurisdicional do Brasil. Contudo, a realidade jurisdicional brasileira apresenta decisões que, embora justifiquem uma fundamentação em ponderação de princípios de Robert Alexy, utilizam-na de forma equivocada, eivada de subjetivismo, em desconformidade com os critérios procedimentais teóricos propostos.

Desta forma, cuida o presente artigo de discorrer a respeito da teoria da argumentação em Alexy, a ponderação de princípios e os desafios enfrentados a partir de sua aplicação, que tem permitido a relativização dos direitos fundamentais e sociais e a não vinculação de garantias constitucionais, alçado como problema central do presente trabalho. A hipótese levantada é de que a relativização advém da concepção de Alexy (1993, p. 83-88) de que princípios são mandados de otimização, objetivos a serem realizados na melhor medida possível, e que, por isso, sofrem restrições voluntárias no contexto da justificação da decisão judicial.

Para realizar a exposição do tema, o método de pesquisa utilizado será analítico, empregando-se a técnica de pesquisa e revisão bibliográfica. Primeiramente, analisar-se-ão as proposições estabelecidas por Robert Alexy em sua obra Teoria da



Argumentação Jurídica (2001), Teoria dos Direitos Fundamentais (1993) em diálogo com a obra Constitucionalismo Discursivo (2007); em seguida serão tratados os desafios do Estado Democrático de Direito para controle de racionalidade da decisão judicial que, após superação do positivismo jurídico, ainda apresenta questões de subjetivismo e de desconformidade com os procedimentos metodológicos da teoria.

A presente pesquisa revela sua importância científica, pois trata de relevante assunto do Direito, qual seja, a higidez da fundamentação da decisão judicial, cristalizada como garantia constitucional, e que se revela um desafio no Estado Democrático de Direito, uma vez que a teoria da ponderação é utilizada, para resolução de diversos casos, de forma equivocada, como concepção de discurso e decisão jurídica subjetiva e voluntarista que reproduz, mantém e legitima desigualdades sociais.

1 RACIONALIDADE DA DECISÃO JUDICIAL EM ROBERT ALEXY

No contexto de superação do positivismo jurídico, a Constituição adquiriu nova importância, figurando como ideal de justiça, constituindo-se instrumento de construção social da modernidade, capaz, não apenas de diferenciar direito e política, mas, principalmente, de atuar como acoplamento estrutural entre esses dois sistemas funcionais e delinear contornos estruturais da reprodução dos processos políticos de busca pelo poder e de tomada de decisões coletivamente vinculantes (NEVES, 2009, p. 56-57).

Naquele contexto pós-positivista, as construções teóricas visam à introdução de princípios morais e valores éticos para dentro do Direito positivo. Neste sentido, a teoria da argumentação de Robert Alexy (2001) busca conciliar o positivismo normativo de Hans Kelsen (2009) com o jusnaturalismo que concebia a justiça como um valor superior ao próprio direito positivo (SIMIONI, 2014, p. 235).

Busca-se, portanto, a justificação racional de discurso de correção que relacione argumentos jurídicos e valores morais a partir de pressupostos e estratégia



procedimentalista, sem, contudo, comprometer a operacionalidade do Direito. Trata-se de proposta desafiadora para o Estado Democrático de Direito, que aposta na sua eficácia para legitimação do seu poder jurisdicional.

Outros teóricos pós-positivistas, de igual maneira, formularam propostas e teorias metodológicas para a realização prática do Direito a partir de uma justificação racional, como Ronald Dworkin (2002), Jürgen Habermas (2003) e Castanheira Neves (1993). Contudo, em razão da delimitação do presente estudo, cuida este artigo de discorrer a respeito da teoria proposta por Alexy e os desafios enfrentados a partir de sua aplicação, que se tornou hegemônica na prática jurisdicional brasileira, em especial no Supremo Tribunal Federal (STF)¹.

Não pretende o presente artigo analisar de maneira pormenorizada a teoria de Robert Alexy, em especial por já ser conhecida e por possuir estudiosos e críticos que o fizeram com maestria, bem como pela limitação e formato do presente trabalho. Contudo, as principais características de sua proposta serão relacionadas para o necessário desenvolvimento do tema.

Alexy utiliza como ponto de partida para o desenvolvimento de sua teoria um exame prévio, que se faz necessário para sustentar a possibilidade de introdução de princípios e valores éticos na argumentação jurídica. Tal exame consiste em responder as seguintes perguntas:

“(1) onde e até que ponto os julgamentos de valor são necessários, (2) como esses julgamentos de valor se relacionam com os argumentos designados como ‘especificamente jurídicos’ e a dogmática jurídica e (3) se esses julgamentos de valor são racionalmente justificados” (ALEXY, 2001, p. 21).

1 Em pesquisa de jurisprudência disponível no site do Supremo Tribunal Federal, a busca pelas expressões livres “Alexy” e “Ponderação de Princípios” encontra mais de 60 (sessenta) acórdãos como resultados, enquanto a busca por “Dworkin” apresenta 24 (vinte e quatro) resultados, “Habermas” 4 (quatro), e “Castanheira Neves” apenas 2 (dois). Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 11 fev. 2018.



Desta forma, pode-se destacar como pressupostos (SIMIONI, 2014, p. 243-244) da teoria da argumentação de Alexy que: primeiro nem toda decisão jurídica exige fundamentação em princípios e valores, e isso deve ser utilizado quando necessário; que há uma relação de complementação entre julgamentos jurídicos e julgamentos morais, que se relacionam e não se substituem; e que é possível promover uma fundamentação racional através de um procedimento válido.

A explicação do conceito de argumentação jurídica racional neste exame consiste na apresentação de um número de regras que a argumentação tem de seguir e de um número de formas que a argumentação tem de assumir, se é para tornar boa a exigência implícita nela. Quando uma discussão está de acordo com estas regras e formas, então o resultado oferecido por ela pode ser chamado de “correto”. As regras e formas do discurso jurídico assim constituem um critério para a correção das decisões jurídicas. (ALEXY, 2001, p. 273)

Ademais, faz-se necessário, para adentrarmos a compreensão do problema a ser abordado no presente trabalho, a apresentação das definições e conceitos que Alexy propõe para regras e princípios, uma vez que isso define as limitações de aplicação da proporcionalidade e ponderação. Para, após, discorrermos a respeito dos desafios do Estado Democrático que se utiliza da teoria da argumentação em Robert Alexy, para realizar a justificação racional de discurso de correção.

1.1 Regras e princípios

Ao conjunto normativo positivo reconhecido foi inserido um complexo sistema principiológico capaz de dar efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição, composto por conceitos jurídicos indeterminados, axiológico, de conteúdos morais e que ressoam efeitos em todo o ordenamento. Para fazer uso desse conteúdo na argumentação jurídica, Alexy estabelece uma distinção entre regras e princípios, a partir de vários critérios (ALEXY, 1993, p. 81-82).



Para o autor, regras e princípios são espécies do gênero norma jurídica, e ambos podem ser formulados com a ajuda de expressões deônticas básicas de permissão ou proibição. Princípios, são mandados de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, cujo cumprimento depende das possibilidades reais e jurídicas existentes. Por outro lado, regras são determinações que não aceitam graduações de cumprimento, ou são cumpridas ou descumpridas, pois possuem determinações de baixa generalidade (ALEXY, 1993, p. 82-83).

A partir desta distinção, Alexy apresenta como consequência da aplicação das normas jurídicas os conflitos de regras e colisões de princípios, ou seja, quando a aplicação independente de dois padrões de normas conduz a um resultado jurídico contraditório, pois diferem na forma como o resultado do conflito é resolvido (ALEXY, 1993, p. 87).

O conflito de regras soluciona-se pela dimensão da validade, como inserção de cláusulas de exceção, invalidação de uma das regras, ou pela adoção de critérios específicos de hierarquia de regras como por exemplo *“lex posterior derogat legi priori”*², que se refere ao início da vigência das leis, indicando que a mais recente deverá prevalecer sobre a mais antiga (ALEXY, 1993, p. 88).

Contudo, as colisões de princípios não podem ser solucionadas desta forma, uma vez que princípios não se encontram hierarquizados como as regras, nem podem ser declarados inválidos; essa colisão deve ser solucionada na dimensão do peso. Quando, em termos gerais, um princípio permite algo que outro princípio proíbe, um deve ceder perante a força do outro diante das circunstâncias do caso concreto, sem que seja invalidado. O que não impede que em outras circunstâncias, os mesmos princípios em colisão possam apresentar diferentes pesos e oferecer outros resultados (ALEXY, 1993, p. 89). Trata-se, portanto, de uma questão de ponderação e proporcionalidade de princípios.

2 “Lei posterior derroga lei anterior.” Tradução livre.



1.2 Ponderação e proporcionalidade

Para direcionar a teoria da argumentação jurídica com fundamentação racional, Alexy propõe uma orientação baseada em proporcionalidade, a ser alcançada do modo mais satisfatório possível, uma vez que refere-se à justificação de colisões de princípios. A partir da distinção entre regras e princípios, da metáfora dos pesos e diante das circunstâncias fáticas dos casos de colisão, preconiza-se a máxima da proporcionalidade, uma metodologia desenvolvida para a realização da ponderação de princípios e sua argumentação de forma racional.

Desta forma, o postulado da proporcionalidade, que pretende uma argumentação de forma racional e objetiva, é capaz de demonstrar qual dos princípios deve prevalecer diante de uma eventual colisão, em um ambiente com reais condições para a sua realização, conforme já exposto pelas delimitações e conceitos abrangidos pela teoria. O caráter procedimentalista das regras da proporcionalidade é sua divisão em três princípios parciais (ALEXY, 2007, p. 110), quais sejam: adequação/idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 1993, p. 112).

A adequação refere-se à uma análise empírica do caso, que permite a avaliação dos meios fáticos possíveis para cumprimento dos objetivos dos princípios. Sua análise é capaz de determinar se o meio eleito para solucionar o caso pode atingir a finalidade proposta pelo princípio sem prejudicar a realização dos demais. Trata-se, portanto, de uma otimização em relação às possibilidades fáticas e jurídicas.

Diante da impossibilidade de se otimizar as possibilidades fáticas e jurídicas do caso e realizar a substituição de um meio por outro, a argumentação racional deve encaminhar-se para a justificação da necessidade. Refere-se este à tentativa de equilibrar a satisfação de um princípio frente a violação de outro, ou seja, exige a escolha do julgador, o que requer uma justificação argumentativa, o que mantém estreita relação com a ponderação em sentido estrito.



Por fim, a ponderação em sentido estrito refere-se à justificação racional de que “quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro” (ALEXY, 2007, p. 111). Ou seja, demonstra o que significa a otimização que se referem às possibilidades jurídicas. Ademais, expõe o dever de cumprir procedimento racional.

A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado, se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-cumprimento do outro. (ALEXY, 2007, p. 111)

Nota-se, portanto, que as etapas indicadas no procedimento da ponderação de Robert Alexy para se proceder a uma argumentação no critério de proporcionalidade de princípios exige o cumprimento de etapas, o que mantém a racionalidade e correção do discurso. Primeiramente, devem-se identificar quais são os princípios em colisão; após apontar o grau de satisfação de cada um deles diante das circunstâncias fáticas; deve-se comprovar a importância de satisfação e os motivos que justificam a consideração de maior importância a um e não a outro; e ainda, a indicação das consequências sobre a proporcionalidade e pesos avaliados para os princípios (SIMIONI, 2014, p. 289-296).

Uma decisão jurídica que realizou os juízos de adequação/idoneidade, necessidade e adentrou a ponderação em sentido estrito, cumpriu etapas de um procedimento capaz de comprovar de forma racional a argumentação da autenticidade da colisão de princípios. Afinal, tal procedimento apresenta-se também como um afastador de subjetivismo e voluntarismo, ao exigir que sejam justificados e comprovados os prejuízos das consequências de aplicação dos princípios em ponderação.



Observa-se, portanto, que a teoria da argumentação de Robert Alexy não garante uma decisão correta, contudo, garante que uma argumentação racional seja desenvolvida, o que constitui garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito. A ponderação e a proporcionalidade de princípios constituem, assim, mecanismos capazes de indicar o que deve ser fundamentado, e a teoria da argumentação, como dever ser fundamentado, uma vez que “o instrumento de justificação que irá realizar a função de limitação do poder e, conseqüentemente proporcionar o controle da atuação do Poder Judiciário, é a fundamentação das decisões judiciais” (MIRANDA, 2018).

2 OS DESAFIOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No Brasil, a Constituição da República representa a ruptura de uma ordem constitucional autoritária, cujo fundamento histórico decorre de ato de força, restituindo ao Estado a credibilidade e legitimidade decorrentes do exercício do poder popular, caracterizando o Estado Constitucional Democrático de Direito, a exemplo de constituições promulgadas após períodos ditatoriais, como a da Alemanha de 1949, de Portugal de 1976 e da Espanha de 1978, que profunda influência exerceram na doutrina nacional.

O sentido democrático da nova ordem posta no tocante ao Direito, reflete-se principalmente através da decisão judicial, que é capaz de criar e organizar situações diversas no mundo plural e multicultural, controlar comportamentos, conferir poder, garantir direitos, e, apresentar-se, inclusive, como regra contramajoritária (BAHIA, 2012). Desta forma, a introdução de um sistema principiológico, permeado por conceitos jurídicos indeterminados, amplia a interpretação e a atividade do julgador, e, por esta razão, exige uma maior densidade argumentativa, que, se não observada, pode gerar uma complexa crise de credibilidade, legitimidade e racionalidade nas decisões judiciais, uma vez que substitui os dogmas pelo voluntarismo e subjetivismo na aplicação da nova metodologia jurídica (BERGEL, 2001, p. 122).



Diante disso, a interpretação do julgador deve dialogar com a sociedade, e a fundamentação da decisão judicial deve ser racional, afastando-se o subjetivismo, uma vez que não se constitui ato de vontade, sob pena da discricionariedade transformar juízes em legisladores (CAPPELLETTI, 1999), garantindo-se, ainda, aos jurisdicionados a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais (NERY JÚNIOR, 2010, p. 288-301), com o objetivo de obstaculizar o arbítrio, pois, “a legitimação da atuação do magistrado decorre da fundamentação da decisão judicial, sendo a falta de fundamentação verdadeiro atentado à democracia e aos valores inseridos na Constituição Federal” (OLIVERIA NETO, 2002, p. 212).

2.1 Críticas à ponderação e proporcionalidade

Robert Alexy propõe argumentação jurídica baseada em procedimento racional capaz de articular discursos jurídicos, discursos práticos, argumentos de valores morais e éticos e, ainda, resolver o problema da colisão de preceitos fundamentais, apresentando procedimento de justificação baseado em pesos de princípios e ponderação a partir das circunstâncias fáticas. Trata-se de teoria sofisticada e difundida, o que a faz ser objeto de estudos e críticas, o que não perfaz o objeto do presente estudo.

Kai Möller (2012, p. 709-731) apresenta artigo com análise das críticas e argumentos lançados contra a ponderação e à proporcionalidade. Afirma que a ponderação se constitui uma ferramenta doutrinária (*doctrinal tool*) e que, portanto, depende de circunstâncias de aplicação, o que é levantado como hipótese do presente artigo. Möller direciona sua conclusão às concepções particulares de proporcionalidade e não contra a ideia de proporcionalidade em si. A relativização de direitos fundamentais realizada pela teoria da ponderação na prática jurisdicional brasileira advém da concepção de que princípios são mandados de otimização e que, por isso, sofrem restrições voluntárias no contexto da justificação da decisão judicial.



Stavros Tsakyrakis (2009, p. 468-493) argumenta que a proporcionalidade, embora em muitos países elevada a um princípio constitucional básico de resolução de conflitos, possui equívocos de precisão e objetividade, pois proporciona argumentação que permite a sonegação de direitos. Afirma que a teoria é vulnerável aos argumentos que possibilitam um ataque aos direitos humanos (*assault on human rights*), pois no contexto da proporcionalidade a subjetividade corrompe o próprio significado de Direito, transformando-o em algo quantificável, ou seja, substituindo a distinção entre o que é certo e o que é errado, pelo que é adequado e conveniente.

Em contrapartida, Matthias Klatt e Moritz Eister (2012, p. 687-708) apresentaram artigo em que analisam argumentos de Tsakyrakis e asseveram, em suma, que a proporcionalidade é uma abordagem estruturada capaz de equilibrar os direitos fundamentais com outros direitos e interesses da melhor forma possível, incorporando padrões de racionalidade desempenhar um papel como elemento uma argumentação fundamentada.

2.2 Ponderação à brasileira

A teoria da argumentação em Alexy atende e reafirma o caráter racional da prestação jurisdicional no Estado Constitucional Democrático de Direito, uma vez que constitui garantia de que a decisão judicial se apresente fundamentada, e que o julgador exponha suas motivações e cumpra o papel fundamental do devido processo legal e do contraditório, para o controle da legitimidade do poder do Estado, enquanto juiz, e, desta forma, para a democracia.

Embora hegemônica no Brasil, e indo ao encontro das críticas no que tange às peculiaridades de sua aplicação, a teoria não se apresenta recepcionada e aplicada na prática brasileira em exato cumprimento aos procedimentos teóricos propostos. Como problema a ser analisado pelo presente artigo, observa-se que a maioria das demandas



levadas à apreciação do poder judiciário são decididas a partir de proporcionalidade e ponderação.

Independentemente de quais sejam as origens do conflito ou as normas em discussão, grande parte das pretensões resistidas são transferidas para o ambiente da ponderação e todas são tratadas a partir da concepção de colisão de princípios. A hipótese de que se parte é de que a concepção de Alexy sobre princípios constituírem mandados de otimização, objetivos a serem realizados na melhor medida possível é favorável ao desenvolvimento de uma argumentação subjetiva, que permite restrições de direitos no contexto da justificação da decisão judicial.

O fator determinante da resolução de colisão de princípios na teoria da argumentação em Alexy, refere-se ao cumprimento das etapas do procedimento para construção da decisão correta e racional. O que não ocorre nos casos concretos, pois, conforme indicado por Tsakyrakis, por possuir uma abertura singular para subjetivismos a teoria suporta argumentação que sonegue e relativize direitos.

No Brasil, os direitos e garantias fundamentais, e até os direitos sociais previstos na Constituição Federal, são sonogados diante de fundamentação baseada em ponderação e proporcionalidade de princípios em Alexy. As etapas da fundamentação racional são dispensadas, ou realizadas sem comprometimento com a integridade e correção, permitindo ao judiciário uma adequação metodológica da teoria à brasileira. Não são atendidos os requisitos objetivos de conflitos de regras, não são consideradas as distinções entre regras e princípios; e até a própria redação do novo Código de Processo Civil apresenta a possibilidade de ponderação entre normas³, não a restringindo à princípios.

Para exemplificar o problema central do presente estudo, destaca-se que o STF adota diferentes posições no que se refere à metodologia de ponderação e utiliza-se da

3 “Art. 489. São elementos essenciais da sentença: (...) § 2º No caso de *colisão entre normas*, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.” BRASIL, Código de Processo Civil, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. (grifo nosso).



teoria de argumentação e proporcionalidade de forma que difere do modelo proposto e, ainda o faz de forma seletiva, a depender do tema a ser julgado, conforme demonstra Simioni (2017).

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade que regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado do Ceará, o STF apresentou acórdão fundamentado em ponderação de princípios, contudo apresentou justificativa contrária aos fundamentos da teoria e metodologia proposta por Alexy. O acórdão aponta que no conflito entre manifestações culturais e proteção ao meio ambiente, na Corte predomina o entendimento a favor de afastar práticas de tratamento inadequado a animais, mesmo dentro de contextos culturais⁴.

Ou seja, não foi realizada uma análise individualizada capaz de cumprir as etapas do procedimento para ajustar os critérios e pressupostos de atendimento aos princípios da adequação, necessidade e ponderação do princípio diante da realidade fática, uma vez que o STF já havia uma predeterminação do julgamento a partir do entendimento jurisprudencial, ou seja, foi realizada uma ponderação à brasileira.

O STF já decidiu pela não aplicação e afastamento da ponderação, optando pela não relativização dos direitos dos condenados à individualização da pena e à legalidade da execução penal à qual foram condenados⁵. Neste caso, o acórdão explicita a

4 “Diz que o Supremo usa a técnica da ponderação para resolver conflitos específicos entre manifestações culturais e proteção ao meio ambiente, predominando entendimento a favor de afastar práticas de tratamento inadequado a animais, mesmo dentro de contextos culturais e esportivos.” Ação Direta de inconstitucionalidade ADI 4983; Relator: Ministro Marco Aurélio; Data: 26/04/2017; Origem: Ceará. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=4164232&ext=RTF>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

5 “Disso *concluo que não se pode ponderar o interesse da segurança pública com os direitos à individualização da pena e à legalidade*, sem se desconsiderar que os presos também são pessoas, dotadas de imanente dignidade. Dessa forma, não será a ponderação de princípios que autorizará o Estado a deixar de cumprir a lei que confere direitos aos condenados durante a execução das penas. Na medida em que os regimes existem, resta ao Estado disponibilizar vagas em estabelecimentos penais adequados à execução da pena no regime adequado.” (grifo nosso). Recurso Extraordinário nº 641.320; Relator: Ministro Gilmar Mendes; Data: 11/05/2016; Origem: Rio Grande do Sul. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoDetalhe.asp?incidente=4076171>>. Acesso em: 15 fev. 201



seletividade da Corte para aplicação da teoria, demonstrando que alguns casos, embora versem sobre direitos fundamentais em princípios não podem ser ponderados. Salientando característica da ponderação à brasileira, qual seja, sua utilização como um princípio instrumental de solução de colisões, a ser afastada por ser inadequada a certos casos e não a outros.

Por fim, cumpre destacar que a teoria de Alexy apresenta-se conveniente para exercício do poder jurisdicional do Estado, o que a faz hegemônica no Brasil. Seu método oportuniza justificação subjetiva, sem, contudo, estabelecer controle ou responsabilidade democrática, em razão desse subjetivismo.

No plano da aplicação, justifica-se o ativismo judicial sobre questões políticas e sobre os meios fáticos necessários para a satisfação das finalidades políticas instituídas por princípios fundamentais (SIMIONI, 2014, p. 314). As condições de satisfação, constitui-se tema generalizado socialmente pela escassez de recursos econômicos, socialmente aceito, e justificado pela própria teoria de Alexy.

A ponderação não oferece solução apenas aos problemas de colisão de princípios, mas também aos problemas de vinculação e flexibilidade, justamente quando se faz necessário encontrar um caminho intermediário entre o cumprimento e o afastamento da norma, citando como exemplo, a constituição brasileira “que conhece direitos fundamentais numerosos e sociais generosamente formulados” (ALEXY, 2007, p. 68-69).

Em que pese uma concepção teórica bem construída, cuja racionalidade reside na obediência às regras de discurso e formas de argumentação, nota-se que a concepção de princípio como mandado de otimização oportuniza a criação de uma ponderação à brasileira.

3 A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAL E INTERNACIONALMENTE RECONHECIDOS



Em que pese tratar-se a ponderação de princípios de uma das principais formas de interpretação constitucional no Brasil (SIMIONI, 2010, p. 142), os estudos decorrentes desta recepção apresentam-se genéricos e simplistas, que relativizam os pressupostos teóricos, negando-lhe o caráter importante e independente no que se refere à teoria da decisão. Tem-se, portanto o desvirtuamento de uma complexa teoria da decisão e argumentação jurídica, sua aplicação incorrendo em inúmeros equívocos e a formação de um senso comum teórico dos juristas (WARAT, 1994, p. 15) sobre um tema tão complexo.

A ponderação de princípios caracteriza-se um mero fragmento teórico, cuja recepção e aplicação refere-se a uma argumentação que pode até referir-se aos pressupostos teóricos de Robert Alexy, mas não se caracteriza efetivamente tal técnica. Trata-se da simplificação que vai desde o uso impreciso da terminologia até a inadequação total dos procedimentos, aplicada como mera escolha subjetiva do julgador, uma técnica empregada como se fosse uma faculdade do juiz escolher o melhor princípio a ser efetivado, como se a norma e os fatos estivessem a sua disposição.

Ocorre que a escolha do julgador entre um princípio e outro, por vezes retira por completo a efetivação dos direitos preteridos, como direitos fundamentais de trabalhadores, cuja efetividade é constitucional e internacionalmente garantida. O reconhecimento pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) objetiva promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade, contudo, em razão da ponderação na fundamentação do acórdão do STF da ação direta de inconstitucionalidade nº 4.066 (BRASIL, 2017a), ao direito a saúde do trabalhador foi negada efetividade.

O referido julgado tratou sobre a constitucionalidade de lei que dispõe sobre extração, industrialização, utilização e comercialização de produtos que contenham amianto, nocivo à saúde dos trabalhadores. Em que pese os votos apresentados



possuírem fundamentação em ponderação de princípios, os resultados foram divergentes (cinco votos a quatro), ou seja, através da teoria, cada ministro justificou a sua escolha entre os princípios em debate no caso concreto, de um lado ordem econômica, desenvolvimento nacional, e as atividades de mercado sobre este produto, e de outro, os princípios sobre o direito à saúde do trabalhador.

O exemplo demonstra com clareza a possibilidade de discricionariedade da decisão a partir da justificação em ponderação, o que pode desvelar, mas não determinar que a ponderação de princípios de Robert Alexy é articulada nas decisões judiciais brasileiras porque constitui-se instrumento capaz de conferir credibilidade ao discurso argumentativo e elevar a importância da justificação que fundamenta a decisão judicial. A ponderação que foi formulada para afastar o subjetivismo e atribuir racionalidade à decisão é utilizada sem compromisso com os critérios técnicos, e seus pressupostos teóricos encontram-se banalizados pelo senso comum teórico brasileiro.

Outra decisão cuja fundamentação ocorreu pela ponderação foi do recurso extraordinário nº 654.432 (BRASIL, 2017b) que tratou sobre a possibilidade de se estender a vedação ao direito de greve, disposto no artigo 142§3º, IV da Constituição aos policiais civis. Ao longo da história greve foi utilizada para reivindicar direitos e melhores condições de trabalho, formaram-se piquetes nas portas de entrada das fábricas e os locais de trabalho foram ocupados como expressão de revolta e violência, “de um lado, a organização política burguesa, dominante, triunfante, com seus aparelhos constituídos (o aparelho de Estado); e, de outro, a organização política proletária dominada, contaminada, continuamente reduzida à luta Econômica, à qual é negado o caráter político” (EDELMAN, 2016, p. 46), ocorrendo até mesmo uma mudança do reconhecimento legal da greve, que passou a ser tratada como canal de diálogo de uma relação coletiva de trabalho, o que se caracteriza como o embrião do Direito do Trabalho.

Utilizando-se da técnica da ponderação, sem apresentar resposta aos critérios técnicos metodológicos como adequação, necessidade e ponderação em sentido estrito,



o acórdão apresenta o resultado de uma escolha entre o direito da incolumidade dos bens públicos sobre o direito de greve para policiais. O acórdão apresenta argumentos que possuem consenso social, como a segurança pública para justificar a restrição de direitos.

No Estado Constitucional Democrático de Direito a decisão necessita obter a adesão da sociedade para que obtenha credibilidade e possa ser considerada legítima e representativa da cultura jurídica do país e dos valores constitucionalmente recepcionados como fundamentais, “pois, o critério decisivo de validade duma ordem normativa, e em especial da ordem jurídica, é o reconhecimento, é o consenso (teorias do reconhecimento e teoria do consenso)” (KAUFMANN, 2014, p. 299). Desta forma, quando o discurso argumentativo vincula-se a uma realidade social de economia e escassez ele se faz automaticamente aceito.

Os motivos fáticos extrajurídicos constituem estratégia de argumentação jurídica fascinante, uma vez que permite um extenso conjunto de justificações, e perigosa, pois oportuniza uma “concorrência econômica de princípios” (SIMIONI, 2010, p. 135-150), como se só devesse prevalecer a efetividade de direitos que atendam o consenso. Trata-se da retomada da discricionariedade sob o argumento de razoabilidade aceito pela sociedade em um contexto de vulgarização da escassez e possibilidades fáticas e jurídicas.

O direito dos trabalhadores não pode reduzir-se a mera normatização, pois não serve somente para solução de conflitos em uma relação de trabalho. Ao longo da história, a sua evolução demonstra que o papel de equilibrar a tensão entre as forças de capital e trabalho, ele desenvolveu-se principalmente como instrumento de justiça social, uma vez que se ocupa em essência com a realização das condutas que promovem a construção de uma sociedade mais justa e igualitária, possuindo exigências morais que dão sentido ao Direito (SOUTO MAIOR, 2000, p. 244). A justiça social constitui-se como o bem e o justo para todos, o que não se reduz apenas aos estudos filosóficos, mas encontra-se arraigado na vida pública, em construções históricas eminentemente



marcadas por processo de luta e superação, e, no que efetivamente constitui-se social, e faz parte do mundo da vida, da vida prática e da vivência do homem.

Uma decisão judicial baseada em ponderação de princípios, mas que não atende as técnicas da teoria e não mantém vínculo com o com a produção histórica e científica do direito no que diz respeito ao seus objetivos, eficácia e legitimidade de direitos fundamentais, escolhendo discricionariamente um direito em detrimento de outro, limita sua eficácia a ato de força do Estado em prejuízo da credibilidade da jurisdição e legitimidade das instituições democráticas frente às pretensões e finalidades emergentes dos valores advindos das complexas, conflitivas e alternantes realidades sociais.

Aceitar restrições de direitos fundamentais a partir de motivos fáticos extrajurídicos, de regras e de mandados de otimização consiste, no constitucionalismo brasileiro, em uma estratégia de argumentação jurídica fascinante, uma vez que permite um extenso conjunto de justificações, e perigosa, pois oportuniza uma “concorrência econômica de princípios” (SIMIONI, 2010, p. 135-150), como se os direitos fundamentais devessem ser satisfeitos na melhor medida do possível diante das condições de escassez de recursos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo reafirmou a necessidade de fundamentação racional das decisões judiciais, como garantia do Estado Constitucional Democrático. Analisaram-se os pontos mais relevantes da teoria da argumentação de Robert Alexy, relacionando as proposições estabelecidas nas obras, Teoria da Argumentação Jurídica, Teoria dos Direitos Fundamentais em diálogo com a obra Constitucionalismo Discursivo.

Verificou-se que a fundamentação das decisões judiciais constitui-se instrumento de limitação do poder e garantia do controle da atuação do Poder Judiciário, desta forma, a demonstração de sua racionalidade e exigência contra o



subjetivismo judicial, implica a necessidade de critérios objetivos e determinados para orientação da decisão.

A apresentação da construção teórica de Robert Alexy, desenvolvida a partir de um procedimento metodológico de argumentação, e a aproximação da teoria dos direitos fundamentais com a teoria da argumentação, realizada no presente trabalho, possibilitou a demonstração da busca pela racionalidade através de um procedimento válido, com pressupostos e etapas.

O procedimentalismo de Alexy é capaz de permite relacionar discursos jurídicos e introduzir valores morais e éticos, cristalizados através de princípios, concebidos como mandados de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, cujo cumprimento depende das possibilidades reais e jurídicas existentes. Para solução de caso concreto que envolva princípios, o autor propõe metodologia de ponderação e proporcionalidade baseada na máxima de pesos.

Conclui-se que Robert Alexy não garante uma decisão correta, contudo, garante que uma argumentação racional seja desenvolvida, o que constitui garantia do cidadão no Estado Democrático de Direito. Por esta razão, a teoria sofre críticas de estudiosos, uma vez que proporciona a possibilidade de que argumentação construída permita a sonegação de direitos, uma vez que o contexto da proporcionalidade apresenta lacuna para a subjetividade

Tal crítica, desperta para o objeto do presente artigo, que é a ponderação à brasileira. Em que pese ser de aplicação hegemônica no Brasil, a teoria da argumentação em Alexy não se apresenta recepcionada e aplicada na prática jurisdicional em exato cumprimento aos procedimentos teóricos propostos. No Brasil, os direitos e garantias fundamentais, e até os direitos sociais previstos na Constituição Federal, são sonegados diante de fundamentação baseada em ponderação e proporcionalidade de princípios em Alexy.

Foram apresentados julgados do Supremos Tribunal Federal que demonstram as diferentes posições sobre a teoria de argumentação, utilizando-se da metodologia de



ponderação e proporcionalidade de forma contrária do modelo proposto, e ainda, de forma seletiva, a depender do tema a ser julgado, criando o que se pode denominar de ponderação à brasileira. Ademais, foram apresentadas decisões que, baseando-se na técnica da ponderação, expuseram a instabilidade do direito nacional, uma vez que, ora vinculam, ora flexibilizam garantias constitucionais, ora efetivam, ora dispensam a eficácia de direitos internacionalmente garantidos aos trabalhadores, rompendo com a segurança jurídica e efetividade dos direitos.

É possível concluir que, no Brasil, a teoria da argumentação em Alexy justifica o ativismo judicial sobre questões políticas e sobre os meios fáticos necessários para a satisfação das finalidades políticas instituídas por princípios fundamentais. A ponderação não oferece solução apenas aos problemas de colisão de princípios, mas também uma alternativa de vinculação e flexibilidade, quando se faz conveniente a escolha política e ideológica de determinada posição, em afastamento a teoria do Direito, aplicada de forma sincrética e discricionária.

A concepção de princípios como mandados de otimização constitui, na presente realidade histórica, efetivo aparelho ideológico destinado a consolidar posicionamentos ideológicos hegemônicos, neste momento, contrários a efetivação dos direitos fundamentais e sociais; impondo um desafio a Teoria do Direito e ao Estado Constitucional Democrático de Direito e a seus compromissos éticos frente à sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Tradução Zilda Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2001.



ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Tradução para o castelhano Ernesto Garzon Valdes. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AUER, Andreas. O princípio da Legalidade como Norma, como Ficção e como Ideologia. In HESPANHA, António Manuel Botelho (organizador). **Justiça e Litigiosidade: história e prospectiva**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Fundamentos de Teoria da Constituição: a dinâmica constitucional no Estado Democrático de Direito In. FIGUEIREDO, Eduardo Henrique Lopes (coord.). **Constitucionalismo e Democracia** – Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERGEL, Jean-Louis. **Teoria geral do direito**. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BRASIL. **Código de Processo Civil**, Lei 13.105, de 16 de março de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.066. Distrito Federal. Relatora: Rosa Weber. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 24 de agosto de 2017a. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452232>.

Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com agravo nº 654.432**. Goiás. Relator: Edson Fachin. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. 05 de abril de



2017b. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14980135>>.

Acesso em: 25 nov. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais.**

Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

EDELMAN, Bernard. **A legalização da classe operária.** Coord. Tradução Marcus Orione. 1ª. Ed.- São Paulo: Boitempo, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e a validade.** Tradução Flávio Beno Siebeneichler. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do direito.** Tradução: António Ulisses Cortês. 5ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2014.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.



KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KLATT, Matthias; EISTER, Moritz. Proportionality: a benefit to human rights? Remarks on the I COM controversy. In **International Journal of Constitutional Law**. Volume 10. 2012. p 687/708. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r30063.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

MIRANDA, Felipe Arady. **A fundamentação das decisões judiciais como pressuposto do estado constitucional**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2014, p. 53. Disponível em: <<http://www.idp.edu.br/docman/ebooks/1066-a-fundamentacao-das-decisoes-judiciais-como-pressuposto-do-estado-constitucional-1/file>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

MÖLLER, Kai. Proportionality: Challenging the critics. In **International Journal of Constitutional Law**. Volume 10, 2012, p. 709–731. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mos024>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Editora WMF Matins Fontes, 2009.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. Princípio da fundamentação das decisões judiciais. In OLIVEIRA NETO, Olavo de. LOPES, Maria Elizabeth de Castro (organizadores). **O Princípios processuais civis na constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.



SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Ponderando a ponderação: crítica à relativização de direitos fundamentais e à máxima da proporcionalidade em países desproporcionais**. 2017. No prelo.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Economia de colisões: ponderando a teoria da ponderação de Robert Alexy. In: **Revista do Curso de Direito da FSG Caxias do Sul**. ano 4 n. 7 jan./jun. 2010.

TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? In **International Journal of Constitutional Law**. Volume 7. 2009. p. 468–493. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/icon/mop011>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).





Recebido em: 19.10.2018
 Aceito em: 21.11.2018

DOI: <http://doi.org/10.33239/rt dh.v1i1.19>

1 Mestre e Doutora em Saúde Pública pela Universidade de São Paulo, especialista em Direito do Trabalho com habilitação para o magistério superior pela Escola Superior de Advocacia da OAB/SP e especialista em Direito Ambiental pela Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo

<https://orcid.org/0000-0001-5492-3909>

2 Pós-Doutor pelo Center for Research on Activity Development and Learning - CRADLE da Universidade de Helsinque, doutor em Saúde Coletiva pela Universidade Estadual de Campinas e professor livre-docente em Regime de Dedicção Integral à Docência e Pesquisa pela Universidade de São Paulo, USP.

<https://orcid.org/0000-0002-8556-2189>

3 Mestre em Saúde Coletiva pela UNESP/FMB - Botucatu e Técnico de Segurança do Trabalho pelo Centro de Referência em Saúde do Trabalhador de Piracicaba

<https://orcid.org/0000-0003-4936-2312>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

A construção da Saúde do Trabalhador e a necessária articulação interinstitucional: da medicina do trabalho à almejada participação social

The construction of Worker's Health and the necessary interinstitutional articulation: from occupational medicine to the desired social participation

La construcción de la Salud del Trabajador y la necesaria articulación interinstitucional: de la medicina del trabajo a la deseada participación social

Sandra Regina Cavalcante¹
Rodolfo Andrade de Gouveia Vilela²
Alessandro José Silva³

RESUMO

O processo histórico de maturação do tratamento destinado à saúde e segurança do trabalho (SST) demonstra evolução, pelo menos no âmbito conceitual, em direção ao empoderamento do trabalhador. No Brasil, a Saúde do Trabalhador (ST) surgiu como crítica à visão unicausal entre doença e agente específico vigente na Medicina do Trabalho e Saúde Ocupacional, passando a situar a saúde como direito fundamental e o adoecimento no trabalho como assunto complexo. Na nova estrutura institucional e normativa, os trabalhadores passaram a sujeitos depositários de saber emanado da experiência e agentes essenciais de ações transformadoras. Contudo, há diversos desafios para efetivar tais promessas, dentre elas: a legislação delega para a gestão privada pontos centrais da proteção da ST e da prevenção de acidentes; a dispersão da responsabilidade pela proteção da SST por um excessivo número de órgãos estatais e a falta de unidade na atuação dos mesmos; a criação de aplicativos e sites para facilitar e estimular a denúncia, pelos próprios trabalhadores, de exploração de direitos a ambientes de trabalho inseguros, é bem vinda, mas insuficiente, pois fará pouca diferença se não houver estrutura fiscal para cuidar da demanda. A melhoria do controle social deve passar pela intensificação do protagonismo dos sindicatos e pela atuação coordenada e colaborativa dos órgãos estatais responsáveis pela proteção da SST. Urgente pensar caminhos para que a participação ativa do trabalhador na SST, a ação sobre os determinantes dos acidentes e a priorização de medidas preventivas passem a fazer parte da realidade da ST no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Saúde do Trabalhador. Saúde e Segurança do Trabalho. Saúde Pública. Legislação. Política Pública.

ABSTRACT

The historical process of maturation of the treatment for Occupational Safety and Health (OSH) demonstrates, at least in the conceptual scope, an evolution towards the empowerment of the worker. In Brazil, "Worker's Health" (WH) has emerged as a criticism of the 'single cause' view between disease and specific agent currently held in the field of Occupational Health and Occupational Medicine, and has placed health as a fundamental right and sickness at work as a complex issue. In this new institutional and normative structure, workers became bearers of knowledge emanating from their experience and essential agents of transformative actions. However, there are several challenges for implementing such promises, such as: the legislation delegates to private management core issues of WH protection and of accident prevention; the dispersion of responsibility for the protection of OSH by an excessive number of state organs and the lack of unity in their actions; the creation of applications and websites to facilitate and encourage the workers themselves to exploit rights to insecure work environments is welcome but insufficient because it will make little difference if there is no fiscal structure to handle demand. The improvement of social control must include the intensification of the leading role of unions and the coordinated and collaborative action of the state organs responsible for OSH protection. It is therefore urgent to think of ways for the active participation of workers in OSH, the action on the determinants of accidents and the prioritization of preventive measures to become part of the reality of WH in Brazil.

KEYWORDS: Worker's health. Occupational safety and health. Public health. Legislation. Public Policy.

RESUMEN

El proceso histórico de maduración del tratamiento destinado a la salud y seguridad del trabajo (SST) demuestra evolución, al menos en el ámbito conceptual, hacia el empoderamiento del trabajador. En Brasil, la Salud del Trabajador (ST) surgió como crítica a la visión únicamente casual entre enfermedad y agente específico vigente en la Medicina del Trabajo y Salud Ocupacional, pasando a situar la salud como derecho fundamental y la enfermedad en el trabajo como asunto complejo. En la nueva estructura institucional y normativa, los trabajadores pasaron a ser sujetos depositarios de saber emanados de la experiencia y agentes esenciales de acciones transformadoras. Sin embargo, hay varios desafíos para hacer efectivas tales promesas, entre ellas: la legislación delega para la gestión privada puntos centrales de la protección de la ST y de la prevención de accidentes; la dispersión de la responsabilidad por la protección de la SST por un excesivo número de órganos estatales y la falta de unidad en la actuación de los mismos; la creación de aplicaciones y sitios para facilitar y estimular la denuncia, por los propios trabajadores, de explotación de derechos a ambientes de trabajo inseguros, es bienvenida pero insuficiente, pues hará poca diferencia si no hay estructura fiscal para atender la demanda. La mejora del control social debe pasar por la intensificación del protagonismo de los sindicatos y por la actuación coordinada y colaborativa de los órganos estatales responsables de la protección de la SST. Urgente pensar caminos para que la participación activa del trabajador en la SST, la acción sobre los determinantes de los accidentes y la priorización de medidas preventivas pasen a formar parte de la realidad de la ST en Brasil.

PALABRAS CLAVE: Salud del Trabajador. Salud y Seguridad del Trabajo. Salud Pública. Legislación. Política Pública.

INTRODUÇÃO

O ano de 2018 marca os 100 anos de criação da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo e os 30 anos de vigência da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), conhecida como constituição cidadã. Ao mesmo tempo, o país atravessa momento de preocupação com mudanças normativas que retiram direitos sociais e afetam diretamente a área da Saúde do Trabalhador (ST). Faz-se, pois, relevante conhecer e divulgar o caminho traçado até aqui, bem como a estrutura legal e institucional construídas, de tal forma que a aproximação de saberes da Saúde Pública e do Direito enriqueçam o discurso de resistência para defender as conquistas e proteção obtidas para a saúde e segurança do trabalhador. Ademais, é tempo de considerar as limitações e pensar saídas.

Este ensaio, escrito para interessados pela Saúde Pública, qualquer que seja a sua área de formação, tem como objetivo resgatar aspectos ideológicos fundantes da Saúde do Trabalhador e apresentar a complexa estrutura institucional que precisa se articular para cumprir as políticas públicas do setor no Brasil. Também discute os desafios envolvendo a previsão normativa existente para a participação ativa dos trabalhadores na prevenção, bem como verifica alguns limites das iniciativas criadas para fortalecer tal protagonismo, tomando como referência a viabilização de um meio ambiente de trabalho seguro e saudável.



1 A CONSTRUÇÃO DA SAÚDE DO TRABALHADOR: SINOPSE EM QUATRO FASES

O processo histórico de maturação do tratamento destinado à saúde e segurança laboral, bem retratado por estudiosos da Saúde do Trabalhador, como em Mendes e Dias (1991), Vilela (2003), Lacaz (2007), Oliveira (2010) e Vasconcellos (2011), demonstra uma evolução, pelo menos no âmbito conceitual, em direção ao empoderamento do trabalhador. Observe-se, com efeito, que com a revolução industrial surgiu a medicina do trabalho, a qual atribuía aos médicos a função de tratar das feridas e lesões físicas causadas pelo ambiente das máquinas, curar as afetações fisiológicas provocadas pela contaminação química, térmica e física. Nada se fazia para evitá-las. Nesta primeira fase, a atuação do médico da empresa era focada no bom funcionamento dos processos de trabalho, e para isso a seleção de pessoal era feita com o interesse de evitar quem pudesse adoecer ou acidentarse.

No segundo momento da revolução industrial, a partir do Taylorismo surge a Saúde Ocupacional, que busca, de alguma forma, prevenir as agressões laborais visando, contudo, propiciar um incremento racional da produtividade. Nesta etapa o departamento médico é criado na empresa com a prevenção sendo pensada para minimizar os prejuízos decorrentes dos afastamentos e absenteísmos.

Ao discorrer sobre o intenso processo social de mudanças que revelou as insuficiências deste modelo e fez surgir a Saúde do Trabalhador, René Mendes e Elizabeth Dias destacam o desmoronamento do mito dos 'limites de tolerância' que fundamentou a lógica da saúde ocupacional (principalmente higiene e toxicologia) por mais de 50 anos:

A fundamentação científica é questionada (para não dizer desmoralizada); o conceito de 'exposição segura' é abalado; e os estudos de efeitos comportamentais provocados pela exposição a baixas doses de chumbo e de solventes orgânicos põem em xeque os critérios de 'proteção de saúde' que vigiram nos países industrializados ocidentais até há pouco (MENDES e DIAS, 1991, p. 346).

Então, em meados do século XX, surge a concepção de Saúde do Trabalhador, segundo a qual o ambiente laboral deve propiciar ao trabalhador integridade física, psíquico e moral,



assegurando-lhe acima de tudo a sua dignidade humana. A Saúde do Trabalhador se propõe a investigar o processo de trabalho com a visão sistêmica e não de fatores de risco. Esta nova fase advém justamente da ação conjunta dos sindicatos, dos governos e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que congrega em suas deliberações tripartites os estados membros, os empregadores e os trabalhadores. Dentre as diversas convenções da OIT ratificadas pelo Brasil, destaque para a Convenção nº 155, sobre Segurança e Saúde no Trabalho, e a Convenção nº 161 sobre os serviços de Saúde no Trabalho. A Convenção nº 187, de 2006, que trata do Quadro Promocional para a Segurança e Saúde, conta com a ratificação de 45 países e ainda aguarda a brasileira¹.

A atuação do movimento sindical e a inscrição de novos direitos na CRFB de 1988 colocam em pauta outra relação Estado-Sociedade, no que se refere às políticas sociais, particularmente a de Saúde Pública e, como parte desta, insere-se a política de Saúde dos Trabalhadores. Surgem propostas de desenvolvimento de ações em Saúde dos Trabalhadores na rede de Saúde Pública, os então chamados Programas de Saúde do Trabalhador (PSTs). Tais instâncias integram ações de assistência, promoção e prevenção, mediante atuação de equipes multiprofissionais (médicos, enfermeiros, engenheiros, psicólogos, fonoaudiólogos, etc.) com importante participação dos sindicatos de trabalhadores no controle e avaliação, conforme seria posteriormente previsto na lei do SUS: o controle social (SATO et al., 2006).

Assim, a mudança para a Saúde do Trabalhador (ST) se efetivou no Brasil com a criação do SUS em 1990. Segundo Vasconcellos (2011), a diferença entre a Saúde do Trabalhador e Saúde Ocupacional está presente na ideologia e aspectos culturais, normativos, sociopolíticos, econômicos e institucionais. A lógica da Saúde Pública, com prevenção de riscos, promoção da saúde e participação dos trabalhadores em perspectiva coletiva é incorporada na Saúde do Trabalhador. Ela surgiu como crítica ao modelo trabalhista-previdenciário ligado à Medicina do Trabalho e Saúde Ocupacional, para ultrapassar as visões reducionistas de causa e efeito de ambas as concepções, sustentadas pela visão unicausal entre doença e agente específico (MENDES e DIAS, 1991; LACAZ, 2007). A ST se situa na perspectiva de saúde como direito,

¹ Informação obtida no site da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312332:NO> . Acesso em: 26 jun. 2018.



conforme tendência internacional de universalização dos direitos fundamentais e adotada no Brasil com o SUS; como é próprio da saúde coletiva, a ST agrega amplo aspecto de disciplinas, que inclui a sociologia, epidemiologia, ergonomia, ecologia, estatística, toxicologia, engenharia de produção, ciências políticas, história e o direito.

Mendes e Dias (1991) destacam que a ST rompe com a concepção hegemônica que estabelece um vínculo causal entre a doença e um agente específico ou a um grupo de fatores de risco presentes no ambiente de trabalho, e tenta superar o enfoque que situa sua determinação no social, reduzido ao processo produtivo, desconsiderando a subjetividade. No mesmo sentido, Minayo-Gomes (2011) aponta que, contrariamente aos marcos da saúde ocupacional, em que os trabalhadores são vistos como pacientes e, portanto, objetos de intervenção profissional, na Saúde do Trabalhador eles constituem-se em sujeitos políticos coletivos, depositários de saber emanado de experiência e agentes essenciais de ações transformadoras.

De fato, a incorporação deste saber na visão da ST é decisiva, tanto no âmbito da produção de conhecimentos como no desenvolvimento das práticas de atenção à saúde. Na ST o trabalhador é visto como sujeito com capacidade de transformar e interferir em sua realidade de trabalho, mediante a reivindicação de direitos e participação no controle da nocividade do trabalho, bem como na definição consensual de prioridades de intervenção e na construção de metodologias de intervenção sobre a realidade vivida; ou seja, a vivência e o saber operários assumem importante papel na estratégia de conhecer para transformar a realidade, na forma de interpretar o adoecimento e organizar os serviços de saúde para operar sobre esta realidade (LACAZ, 1996; SATO et al., 2006).

No século XXI, uma quarta etapa pode ser identificada no Brasil a partir do ano de 2002, quando o Ministério da Saúde instituiu a Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (RENAST) para realizar práticas de saúde envolvendo atender os acidentados do trabalho, os trabalhadores doentes, as urgências e emergências à promoção e proteção da saúde e de vigilância, orientadas por critérios epidemiológicos. O objetivo dessa rede é articular ações de prevenção, promoção e recuperação da saúde dos trabalhadores urbanos e rurais, independentemente do vínculo empregatício e tipo de inserção no mercado de trabalho. Foram criados, então, os Centros de Referência Especializado em Saúde do



Trabalhador (CERESTs) para funcionarem, dentro da estrutura do Sistema Único de Saúde (SUS), como polo irradiador da relação, em um determinado território, entre processo de trabalho e saúde, devendo assumir a função de suporte técnico e científico em ST, facilitar a educação permanente para profissionais e técnicos do SUS e o controle social (DIAS e HOEFEL, 2005).

O modelo de atenção da RENAST, operacionalizado pelos CERESTs, é dividido em duas vertentes: a primeira voltada para a atenção primária, urgência e emergência, e para a média e alta complexidade no que se refere aos agravos à saúde relacionados ao trabalho por intermédio da rede sentinela²; a outra vertente busca atuação em ambientes e situações de trabalho geradoras de doenças, por meio de vigilância sanitária, epidemiológica, ambiental e em saúde do trabalhador (LACAZ, 2013). Nos CERESTs, a saúde dos trabalhadores é entendida como prática cujos agentes são equipes multiprofissionais e trabalhadores, que buscam colocar a técnica a serviço destes, tendo como interlocutor as frações de classe de trabalhadores industriais, rurais e de serviços, organizados politicamente. Utiliza abordagem clínico-epidemiológica e de planejamento na busca pela atenção em todos os níveis de prevenção, objetivando conhecer os determinantes da saúde na sociedade, com a participação dos trabalhadores organizados, na defesa de sua saúde, ao produzir um conhecimento mais integrado da realidade (LACAZ, 1996).

Em conformidade com os compromissos assumidos perante a comunidade internacional, ao ratificar a Convenção nº 155, o Brasil criou em 2011 a sua Política Nacional

² Sentinela é o modelo de vigilância realizado a partir de estabelecimentos de saúde estratégicos para o cuidado com a morbidade, mortalidade ou agentes etiológicos de interesse para a Saúde Pública (art 2º, X da Portaria MS nº 1.271/2014). Todo profissional da saúde, que abrange de médicos, enfermeiros e farmacêuticos aos responsáveis pelo estabelecimento de saúde, sejam públicos ou privados, são obrigados a notificar a autoridade sanitária sobre a ocorrência ou confirmação de doença, agravo ou evento descrito no anexo da portaria. A notificação, feita no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), tem como objetivo coletar, transmitir e disseminar dados gerados pelo Sistema de Vigilância Epidemiológica das três esferas de governo, por meio de uma rede informatizada para apoiar o processo de investigação e subsidiar a análise das informações de vigilância epidemiológica das doenças. Estratégias de atuação para promoção, prevenção e fiscalização da SST são traçadas a partir desses dados. A gestora nacional do SINAN é a Secretaria de Vigilância da Saúde (SVS) do Ministério da Saúde. Este sistema é alimentado, sobretudo, pela notificação e investigação de casos de doenças e agravos que constam da lista nacional de doenças de notificação compulsória, mas é facultado a estados e municípios incluir outros problemas de saúde considerados importantes em sua região. O acidente de trabalho com exposição a material biológico tem periodicidade semanal de notificação. Já o acidente de trabalho grave, fatal e em crianças e adolescentes deve ser notificado imediatamente (menos de 24hs) para a secretaria municipal de saúde (Anexo da Portaria MS 1271/2011).



de Saúde e Segurança do Trabalho (PNSST), com o objetivo de promover a saúde e prevenir acidentes e danos à saúde relacionados ao trabalho por meio da eliminação ou redução dos riscos nos ambientes de trabalho (Decreto 7602/2011). Pela interdisciplinaridade da área e o amplo leque de ações, há necessidade da interveniência de setores públicos distintos, representados pelo Trabalho, pela Saúde e pela Previdência, que precisam atuar de forma conjunta e complementar (CHIAVEGATTO e ALGRANTI, 2013). Era esperado que a PNSST trouxesse essa integração e articulação de ações interministeriais, contudo Costa et al. (2013) analisam que ela praticamente reafirmou as atribuições vigentes dos ministérios e instituições, ficando omissa em pontos importantes, como no tocante ao fornecimento dos dados epidemiológicos da Previdência Social e falhou ao conferir a tímida posição de fortalecer ações de vigilância para o setor da saúde.

2 A ESTRUTURA INTERINSTITUCIONAL DA SAÚDE DO TRABALHADOR E ALGUNS DESAFIOS

Segundo Lacaz (2010), o grande desafio para a estruturação da RENAST na atenção à saúde dos trabalhadores ainda é romper a lógica assistencial centrada no médico. As ações coletivas, no âmbito da vigilância, da promoção e proteção da saúde, mesmo que mais efetivas, ficam em segundo plano, devido ao modelo centrado na consulta médica e abordagem individual do trabalhador. Para este autor, a dificuldade de se construir e praticar a PNSST decorre de “interesses diferenciados, disputas de poder e formas distintas de atuar dos ministérios mais diretamente ligados à questão são óbices que impediram até hoje sua implantação e implementação” (LACAZ, 2010, p. 201).

De fato, um dos grandes problemas da luta pela proteção da saúde e segurança dos trabalhadores no Brasil é a dispersão da responsabilidade pela proteção à saúde e segurança no trabalho por um excessivo número de órgãos estatais e a falta de unidade na atuação dos mesmos (BOUCINHAS FILHO, 2012). O Ministério da Previdência Social se encarrega dos benefícios acidentários (auxílio-doença, auxílio-acidente, aposentadoria por invalidez, pensão por morte) e o serviço de reabilitação profissional. Ao Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) cabe a elaboração das Normas Regulamentadoras e a fiscalização no cumprimento das normas de Saúde e Segurança do Trabalho (SST). Enquanto esta última atividade é realizada



pelos auditores fiscais do trabalho, a primeira tem a coordenação do ministério, mas é realizada por comissão tripartite formada por representantes do governo, trabalhadores e empresas. A Comissão Tripartite Paritária Permanente (CTPP), responsável pela criação e revisão das NRs, foi substituída pela Comissão Nacional Tripartite (CNT) com a Portaria 59/2008 do MTE. Além de integrar a CNT como representante do governo, a Fundacentro é o braço do MTE que cuida do desenvolvimento de pesquisas e provê formação em SST. O Ministério da Saúde, por sua vez, coordena o SUS, que também atua na área da saúde do trabalhador (CERESTs).

Em 2012 o Ministério da Saúde instituiu a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora (PNSTT), que estabelece a participação do SUS no contexto da Política Nacional de Saúde e Segurança do Trabalho, define as diretrizes e a estratégia da atuação dos diversos níveis (Portaria MS nº 1823/2012). Minayo-Gomez (2013) sustenta a importância da promulgação das duas políticas, tanto a PNSST quanto a PNSTT, que, segundo o autor, contempla a transversalidade das ações de saúde e o trabalho como um dos determinantes do processo saúde-doença, mas cuja implementação segue sendo o grande desafio para profissionais e gestores dos CERESTs, particularmente quanto ao fortalecimento da Vigilância em Saúde do Trabalhador. O autor discorre, ainda, sobre a pouca mobilização das organizações de classe, cujo protagonismo é fundamental para melhorar o funcionamento das instâncias de controle social. Ao analisar a articulação intersetorial, destaca a importância do protagonismo do Ministério Público do Trabalho (MPT) diante das limitações dos órgãos de fiscalização para a melhoria das condições de trabalho, assim como aponta para os avanços nas interações entre academia e serviços.

O Ministério Público do Trabalho (MPT), um dos ramos do Ministério Público da União, tem autonomia funcional e administrativa e, dessa forma, atua como órgão independente dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Aos procuradores do Trabalho cabe a tutela dos direitos sociais constitucionalmente garantidos, abrangendo o meio ambiente do trabalho³. O MPT atua judicialmente propondo Ações Cíveis Públicas (ACPs) na Justiça do Trabalho, mas é a atuação extrajudicial que tem se destacado na prevenção de acidentes de trabalho. Os Termos

³ Art. 83, inciso III, da Lei Complementar nº 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União).



de Ajustamento de Conduta (TACs) são acordos extrajudiciais firmados com empresas principalmente em prol da SST que, se não cumpridos, são executados. Ressalte-se, também, os Procedimentos Promocionais, conhecidos como “Promo”, que têm como escopo viabilizar a articulação social do MPT com outros atores sociais.

Embora as vantagens da ação preventiva sejam unanimidade, já que o ideal almejado é a não ocorrência de acidentes, a fiscalização com orientação e, se for o caso, punição exemplar administrativa e/ou judicial, mesmo que reparatória - porque advindas quando o dano à saúde do trabalhador já ocorreu - também têm grande relevância na diminuição do número de acidentes. Neste sentido, a OIT vem destacando que as estratégias de cumprimento e execução das normas devem ser vistas como parte integrante das políticas de proteção dos trabalhadores.

A investigação e os recentes debates políticos têm enfatizado a importância da sensibilização, literacia [sic] jurídica, persuasão, prevenção e incentivos, bem como de procedimentos eficazes para a imposição de sanções adequadas (OIT, 2015, p. 6).

No Brasil há mais de um órgão legitimado a fazer a inspeção das condições de saúde e segurança nos ambientes de trabalho⁴: Ministério Público do Trabalho, na pessoa dos seus

⁴ A fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho é de incumbência das autoridades competentes do Ministério do Trabalho, nos termos do art. 626 da CLT. Por outro lado, as ações e serviços públicos de saúde, nos termos do art. 198 da CRFB, integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único de saúde, descentralizado, com direção única em cada esfera de governo. O art. 200, II da Constituição dispõe que compete ao SUS: “executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador”. A Lei 8.080/89, que regula, em todo o território nacional, o conjunto das ações e serviços públicos de saúde, que constitui o SUS, define no §3º do art. 6º o conjunto de atividades que envolve a saúde do trabalhador, dentre as quais se encontra a participação na normatização, fiscalização e controle dos serviços de saúde do trabalhador nas instituições e empresas públicas e privadas (inciso VI). Por sua vez, o art. 159 da CLT prevê a possibilidade de delegação a outros órgãos federais, estaduais ou municipais, mediante convênio autorizado pelo Ministério do Trabalho, de atribuições de fiscalização ou orientação às empresas quanto ao cumprimento das disposições constantes do Capítulo relativo à Segurança e Medicina do Trabalho. O art. 154 da CLT estabelece ainda que a observância, em todos os locais de trabalho, do disposto neste capítulo, não desobriga as empresas do cumprimento de outras disposições que, com relação à matéria, sejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, bem como daquelas oriundas de convenções coletivas de trabalho. No estado de São Paulo, a Constituição Estadual determina que o SUS deve adotar medidas preventivas de acidentes e doenças do trabalho (art. 223, VI, b). O Código Sanitário paulista, por sua vez, prevê que é dever da autoridade sanitária indicar e obrigação do empregador adotar todas as medidas necessárias para a plena correção de irregularidades nos ambientes de trabalho, observados os seguintes níveis de prioridades: I- eliminação das fontes de risco; II - medidas de controle diretamente na fonte; III - medidas de controle no ambiente de trabalho; e IV - utilização



procuradores do trabalho; Ministério do Trabalho, por meio dos seus auditores fiscais do trabalho; e mais recentemente os profissionais do CEREST, inclusive com a legitimidade para multar referendada em alguns tribunais regionais e também pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST)⁵.

No Judiciário, por sua vez, são diversos os órgãos a apreciar os diferentes tipos de pedidos. Enquanto a Justiça do Trabalho julga os pleitos de adicionais de insalubridade e/ou periculosidade e as ações para reparação dos danos decorrentes dos acidentes de trabalho, a Justiça Estadual se encarrega das controvérsias sobre benefícios acidentários em face da Previdência Social e casos criminais. Por sua vez, é a Justiça Federal a competente para as ações regressivas ajuizadas pela Previdência Social em face do empregador culpado pelo acidente, bem como as discussões a respeito dos valores e correções dos benefícios previdenciários.

Embora a situação de insuficiência estrutural e a necessidade de prevenção indiquem uma avaliação positiva para este acúmulo de órgãos na função fiscalizatória, o alerta existe no sentido de que “o fracionamento dessas competências faz com que o grande problema da saúde do trabalhador seja transformado numa questão secundária, diluída no quadro de atribuições de cada um desses órgãos” (OLIVEIRA, 2010, p. 161).

3 O MODELO NORMATIVO BRASILEIRO DE SST E SUAS LIMITAÇÕES

Ao longo dos últimos 30 anos houve importantes avanços na regulamentação da proteção dos trabalhadores, particularmente no que diz respeito a aspectos da SST em todo o mundo (OIT, 2015). O Brasil conta atualmente com um vasto conjunto normativo aplicável à proteção da saúde e segurança dos trabalhadores, que inclui tratados internacionais,

de equipamentos de proteção individual, que somente deverá ser permitida nas situações de emergência ou nos casos específicos em que for a única possibilidade de proteção, e dentro do prazo estabelecido no cronograma de implantação das medidas de proteção coletiva.

⁵ Processo: ARR - 389-35.2012.5.15.0094, Data de Julgamento: 03/02/2016, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 12/02/2016.



garantias constitucionais, normas regulamentadoras e outros dispositivos em leis ambiental, previdenciária, trabalhista e civil.

Um dos problemas, contudo, envolvendo o modelo normativo brasileiro de SST é que a legislação delega para a gestão privada pontos centrais da proteção da saúde do trabalhador e da prevenção de acidentes. O trabalhador fica vulnerável dentro e fora dos muros da empresa. Do lado de dentro, o modelo legal brasileiro conferiu à empresa a missão de estabelecer os métodos de prevenção contra o acidente e doença ocupacional, a partir do exercício do poder diretivo do empregador. Os setores internos SESMT (Serviço Especializado em Segurança e Medicina do Trabalho) e CIPA (Comissão Interna de Prevenção de Acidentes), responsáveis respectivamente pela proteção da saúde e pela prevenção de acidentes do trabalho estão sujeitos à parcialidade, afinal são contratados da empresa. Como a lei não assegurou espaço de autonomia para ação independente desses profissionais, na prática reverteu-se em atuação burocrática e cartorial de defesa jurídica da empresa em caso de acidentes (INOUE e VILELA, 2014; JACKSON FILHO et al., 2013; COSTA et al., 2013). Neste sentido também se manifestou Homero B. M. da Silva, ao apontar como dilema do SESMT o fato de o serviço nem sempre atingir os resultados almejados porque:

[...] achando-se seus ocupantes vinculados a contrato de trabalho com o empregador, dificilmente vão se envolver em alguma controvérsia sobre a forma de trabalho e tampouco se deve supor que, em caso de litígio, penderão para o lado do empregado. Outrossim, a tendência é que naturalmente se priorize o tratamento clínico do empregado que apresentar algum distúrbio ou sintomas de enfermidades, em vez de atacar as causas da moléstia, que residem no meio ambiente de trabalho (SILVA, 2015, p. 42).

Por sua vez, do lado de fora dos muros da empresa, se a opção do trabalhador for acionar seu (ex) empregador na Justiça do Trabalho, pleiteando indenização pelo dano sofrido, será um perito privado quem emitirá o laudo configurando ou não a sua doença como ocupacional, já que a justiça laboral não tem peritos concursados. A perícia técnica é um instrumental importante nas ações acidentárias e, em certos casos, decisivo, não somente para estabelecer o grau de incapacidade da vítima, mas também o nexo causal ou concausal do acidente com o trabalho, a fim de que, com os subsídios técnico-científicos, o juiz possa decidir a questão com mais tranquilidade e segurança. A inexistência de um quadro próprio



de peritos agrega vulnerabilidade⁶ ao processo (e a todo sistema), fragilidade que nem sempre é possível de ser sanada, pois diante de laudos tendenciosos ou fracos⁷ seria preciso pedir nova perícia ou fundamentar a decisão em outros elementos dos autos (e em desacordo com o laudo pericial).

Neste sentido, Vasconcellos (2018) constata que a postura aética de alguns agentes interventores no processo saúde-doença no trabalho, seja no âmbito privado ou público, está fartamente documentada; e ressalta que a Vigilância em Saúde do Trabalhador ainda não se mobilizou para convocar “instâncias de fiscalização do exercício profissional para um posicionamento mais efetivo em relação à violação do direito à saúde no trabalho” (VASCONCELLOS, 2018, p. 4).

4 A PARTICIPAÇÃO DOS TRABALHADORES: NOVOS CAMINHOS, VELHOS ENTRAVES

Ao apresentar as tendências mundiais que tiveram sucesso na proteção dos trabalhadores, a OIT destaca a promoção da cultura do cumprimento de normas, bem como que as leis sejam claras e, acima de tudo, a importância do papel ativo do trabalhador na SST

⁶ Em maio de 2016, o Ministério Público Federal deflagrou investigação (Operação Hipócritas) que concluiu que peritos judiciais, em conluio com assistentes técnicos e advogados, fraudaram, mediante o pagamento de propina, laudos apresentados em processos da Justiça do Trabalho em várias cidades do estado de São Paulo, fazendo com que as empresas reclamadas ficassem “livres” do pagamento de indenizações decorrentes de acidente do trabalho. A rede de corrupção envolveria, além dos próprios peritos judiciais (profissionais nomeados pelo juízo para fazer uma análise independente do caso em julgamento), assistentes técnicos (médicos auxiliares contratados pelas partes), advogados e representantes de empresa. A operação já constatou a ocorrência de pelo menos quatro crimes: falsa perícia, corrupção de perito judicial, corrupção passiva e ativa e lavagem de dinheiro; a fraude envolveu a cooptação de peritos médicos judiciais por médicos assistentes técnicos, a serviço de escritórios de advocacia contratados de grandes empresas, resultando em perdas para trabalhadores e para o Judiciário, que arca com os honorários periciais da maior parte dos trabalhadores que perdem ações na Justiça do Trabalho em virtude de laudos fraudados. Em razão da quebra de sigilo telemático, foram constatados o prévio acerto das conclusões dos laudos periciais e pagamento de propinas. Informações disponíveis em vários sites, como em: <http://www.prsp.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/noticias_prsp/31-05-16-operacao-hipocritas-mpf-revela-fraudes-em-pericias-medicas-em-campinas-e-sao-paulo> e <<https://g1.globo.com/sp/campinas-regiao/noticia/operacao-da-pf-e-mpf-combate-fraudes-de-pericias-nas-regioes-de-campinas-sorocaba-e-capital.ghtml>>. Acesso em: 26 jun. 2018.

⁷ Pesquisa concluiu que a maior parte desses laudos periciais peca por falta de consistência conceitual, metodológica e argumentos fundamentados, deixando lacunas na área clínica, na análise da atividade de trabalho e na avaliação de incapacidade (MAENO, 2018).



(OIT, 2015). No Brasil se observam algumas iniciativas nesta direção, como sites e aplicativos para facilitar e estimular a denúncia de exploração de direitos, em especial de situações de ambiente de trabalho inseguro pelos próprios trabalhadores. Alguns desses exemplos são os softwares SIMVIDA, do Tribunal Regional do Trabalho do Pará e Amapá (8ª Região), o “Proteja Brasil” da Ouvidora Nacional dos Direitos Humanos e o próprio “Disque100” também do governo federal. Cabe destacar, ainda, o site do Ministério Público do Trabalho, que recebe denúncias envolvendo direitos coletivos dos trabalhadores⁸, e o aplicativo “MPT Parda” que tornou possível, por celular, denunciar condições perigosas de trabalho e outros abusos, incluindo o envio de provas fotográficas⁹.

As possibilidades desta integração de sociedade e trabalhadores, com o uso das novas tecnologias para comunicar ilegalidades na área da ST, são inúmeras. Contudo, o estímulo a novas denúncias, que aparentemente seria um avanço, pode não ter tal significado no contexto atual brasileiro. Isso porque a estrutura institucional existente, dispersa e pulverizada, mal consegue atender as denúncias que chegam. Ou seja, sem estrutura fiscal para dar conta da demanda não adianta a novidade tecnológica. Embora pareça excelente saída para o controle social, os aplicativos farão pouca diferença se as denúncias não forem acolhidas, podendo cair no desgaste e esvaziamento. Além disso, prover instrumento para denúncia não significa abrir espaço para a participação social.

Cabe destacar, ainda, que instituições como MPT, CEREST e Ministério do Trabalho individualizam suas ações e não as realizam com olhar amplo e articulado. A ausência de análises sistemáticas e aprofundadas, que seriam capazes de qualificar e aprimorar o atendimento para atuar de forma organizada setorial, por exemplo, pode explicar a ineficiência de grande parte das intervenções no sentido da prevenção de acidentes e doenças

⁸ Disponível em <http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/servicos/denuncias/>. Acesso em 07.05.2018.

⁹ O “MPT Parda” é um aplicativo para smartphones desenvolvido com a finalidade de facilitar a produção de provas relacionadas a denúncias de graves violações a direitos dos trabalhadores e potencializar a atuação do MP do Trabalho. Fotos e filmes podem ser enviados por qualquer cidadão que entender se encontrar diante de violação de interesse coletivo, como riscos de acidente ou doenças relacionadas ao trabalho, bem como trabalho infantil e trabalho escravo, dentre outros. Segundo o MPT, no primeiro ano de funcionamento (2015 a 2016) foram recebidas 600 denúncias (MPT, 2016).



ocupacionais. Urgente é, pois, reunir os vários braços da ST em rede articulada para apoio conjunto.

Neste sentido, o próprio Ministério do Trabalho (BRASIL, 2015) admite que o grande número de agravos à saúde do trabalhador no Brasil aponta para a insuficiência da ação estatal nessa área, que desafia as políticas públicas e atuação do Estado, e que se faz preciso uma ação mais ampla e coordenada para reduzir os danos aos trabalhadores, ao orçamento da Seguridade Social e à economia do país. Tendo em vista a complexidade das normas incidentes e a frágil atuação interinstitucional, é urgente superar os entraves e aproximar estratégias, pensar ações conjuntas e promover debates multidisciplinares, para aprimorar saberes e qualificar a atuação institucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo da SST intramuros deve mudar para conferir mais autonomia para a ação e, conseqüentemente, prevenção de acidentes. É preciso criar mecanismos que confirmem poder ao integrante do SESMT para ação independente e efetiva, de tal forma que o fato de serem contratados da empresa não signifique parcialidade e atuação burocrática e cartorial. A estabilidade nos moldes do que ocorre com a CIPA não basta, pois também a atuação da comissão costuma ser parcial, apesar de bilateral. Há que se procurar modelos internacionais e a ratificação da Convenção 187 da OIT é um passo importante, porque prevê máxima prioridade ao princípio da proteção, participação ativa dos trabalhadores e sistema legal com responsabilidades e deveres definidos.

Além da criação e fortalecimento de espaços nos quais o trabalhador seja ouvido, com objetivo de detectar situações de risco e pensar prevenção de acidentes, o uso da tecnologia da informação para fazer denúncias via sites e/ou aplicativos de celular já é realidade e tem sua importância, afinal, registros detalhados de quem convive diretamente com o perigo pode aperfeiçoar a atuação dos sindicatos, ministério público e demais órgãos envolvidos na garantia do meio ambiente de trabalho saudável. Contudo, a melhoria do controle social deve passar antes pela intensificação do protagonismo dos sindicatos e pela atuação coordenada e



colaborativa dos órgãos estatais responsáveis pela proteção da saúde e segurança do trabalhador.

Urgente pensar, pois, caminhos para que a participação ativa do trabalhador na SST, a ação sobre os determinantes dos acidentes, a priorização de medidas preventivas e o controle social deixem de ser promessas e intenção normativa e passem a fazer parte da realidade da Saúde do Trabalhador no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Fundacentro. **Estratégia Nacional para Redução dos Acidentes do Trabalho 2015- 2016**. Brasília, 2015. Disponível em:

<<http://acesso.mte.gov.br/data/files/FF8080814D5270F0014D71FF7438278E/Estrat%C3%A9gia%20Nacional%20de%20Redu%C3%A7%C3%A3o%20dos%20Acidentes%20do%20Trabalho%202015-2016.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BOUCINHAS FILHO, J.C. Reflexões sobre as normas da OIT e o modelo brasileiro de proteção à saúde e à integridade física do trabalhador. **Revista LTr**, São Paulo, v. 76, n. 11, p. 1355-1364, nov. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/sRTHNn>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

CHIAVEGATTO, C.V.; ALGRANTI, E. Políticas públicas de saúde do trabalhador no Brasil: oportunidades e desafios. **Rev. Bras. Saúde Ocup**, São Paulo, v. 38, n. 127, p. 25-27, 2013.

COSTA, D.; LACAZ, F.A.C.; JACKSON FILHO, J.M.; VILELA, R.A.G. Saúde do Trabalhador no SUS: desafios para uma política pública. **Rev. Bras. Saúde Ocup.**, São Paulo, v. 38, n. 127, p. 11-30, 2013.

DIAS, E.C; HOEFEL, M.C. O desafio de implementar as ações de Saúde do Trabalhador no SUS: a estratégia da RENAST. **Ciênc Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.10, n.4, p.817-828, 2005.



INOUE, K.S.Y; VILELA, R.A.G. O poder de agir dos Técnicos de Segurança do Trabalho: conflitos e limitações. **Rev. Bras. Saúde Ocup**, São Paulo, v.39, n.130, p.136-149, dez 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbso/v39n130/0303-7657-rbso-39-130-136.pdf>>. Acesso em 20 jan. 2018.

JACKSON FILHO, J.M.; VILELA, R.A.G; GARCIA, E.G., ALMEIDA, I.M. Sobre a aceitabilidade social dos acidentes do trabalho e o inaceitável conceito de ato inseguro. **Rev. Bras. Saúde Ocup**, São Paulo, v.38, n.127, p.6-8, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572013000100001>. Acesso em 24 mar. 2018.

LACAZ, F.A.C. **Saúde do trabalhador: um estudo sobre as formações discursivas da academia, dos serviços e do movimento sindical**. 1996. 456f. Tese (Doutorado em Medicina) - Faculdade de Ciências Médicas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 1996.

LACAZ, F.A.C. O campo Saúde do Trabalhador: resgatando conhecimentos e práticas sobre as relações trabalho-saúde. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v.23, n.4, p.757-766, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n4/02.pdf>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

LACAZ, F.A.C. Política Nacional de Saúde do Trabalhador: desafios e dificuldades. In: LOURENÇO, E. et al. (orgs). **O avesso do trabalho II: trabalho, precarização e saúde do trabalhador**. São Paulo: Expressão Popular, 2010. p. 199-230.

LACAZ, F.A.C. Vigilância em saúde do trabalhador como elemento constitutivo da saúde do trabalhador no Sistema Único de Saúde: aspectos históricos e conceituais. In: CORRÊA, M.J.M; PINHEIRO, T.M.M; MERLO, A.R.C (orgs). **Vigilância em Saúde do Trabalhador no Sistema Único de Saúde: teorias e práticas**. Belo Horizonte: Coopmed, 2013. p. 35-60.



MAENO, M. **Perícia ou imperícia: laudos da justiça do trabalho sobre LER/DORT**. 2018. 400f. Tese (Doutorado em Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

MENDES, R.; DIAS, E.C. Da medicina do trabalho à saúde do trabalhador. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v.25, n.5, p.341-349, 1991.

MINAYO-GOMEZ, C. Produção de conhecimentos e intersectorialidade em prol das condições de vida e de saúde dos trabalhadores do setor sucroalcooleiro. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v.16, n.8, p.3363-3368, 2011.

MINAYO-GOMEZ, C. Avanços e entraves na implementação da Política Nacional de Saúde do Trabalhador. **Rev. Bras. Saúde Ocup.**, São Paulo, v.38, n.127, p.21-25, 2013.

MPT – Ministério Público do Trabalho. **Lançada a versão do MPT Parda para Iphone**, 2016. Disponível em <<https://goo.gl/k7B4r6>>. Acesso em 26.06.2018.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Proteção dos trabalhadores num mundo do trabalho em transformação**. Genebra, 2015. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorio104_vi_pt.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2018.

OLIVEIRA, S.G. **Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador**, 5ª ed. São Paulo: LTr, 2010.

SATO, L; LACAZ, F.A.C; BERNARDO, M.H. Psicologia e saúde do trabalhador: práticas e investigações na Saúde Pública de São Paulo. **Estud. Psicol.**, Natal, v.11, v.3, p.281-288, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-294X2006000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 jun. 2018.



SILVA, H.B.M. **Curso de direito do trabalho aplicado: Segurança e Medicina do Trabalho**, v.3. Rio de Janeiro: Campus, 2015.

VASCONCELLOS, L.C.F. Entre a Saúde Ocupacional e a Saúde do Trabalhador: as coisas nos seus lugares. In: VASCONCELOS, L.C.F; OLIVEIRA, M.H.B. **Saúde, Trabalho e Direito: uma trajetória crítica e a crítica de uma trajetória**. Rio de Janeiro: Educam, 2011. p. 401-422.

VASCONCELLOS, L.C.F. Vigilância em Saúde do Trabalhador: decálogo para uma tomada de posição. **Rev. Bras. Saúde Ocup.** São Paulo, v.43, supl1, 2018. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbso/v43s1/2317-6369-rbso-43-s01-e1s.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2018.

VILELA, R.A.G. **Desafios da Vigilância e da Prevenção de Acidentes do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).





Recebido em: 21.08.2018
 Aceito em: 26.10.2018

DOI: <http://doi.org/10.33239/trtdh.v1i1.6>

1 Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP)

2 Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP)

3 Professor de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, graduado e Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, líder do grupo de pesquisa (CNPq) "A transformação do direito do trabalho na sociedade pós-moderna e seus reflexos no mundo do trabalho" da FDRP/USP e membro do grupo de pesquisa "RETRABALHO - Rede de grupos de pesquisas em Direito e Processo do Trabalho" do CNPq

<https://orcid.org/0000-0002-8908-5789>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

O meio ambiente do trabalho e a saúde do trabalhador: desafios à efetivação da dignidade humana

The environment of work and health of the worker: challenges to the realization of human dignity

El medio ambiente del trabajo y la salud del trabajador: desafíos a la efectividad de la dignidad humana

Leonardo Tavares Lima¹
Vitória Mattos Gonçalves²
Jair Aparecido Cardoso³

RESUMO

Este ensaio objetiva refletir sobre as doenças psicossomáticas no ambiente de trabalho. As doenças psicossomáticas, dentre elas a depressão, são os grandes males que acometem a nossa sociedade atualmente. A depressão se caracteriza pela perda ou diminuição de interesse e prazer pela vida, gerando angústia e prostração, sintoma da melancolia permanente. Essa doença pode ser desenvolvida por diversas razões, mas na sociedade atual ela vem sendo percebida e notada com maior frequência e não raro ligadas ao trabalho. As doenças psiquiátricas são ignoradas por muitas empresas, que não reconhecem a gravidade e as enxergam apenas como uma situação emocional passageira ou como falta de disposição pessoal para o trabalho, utilizando-se da conhecida prática de atribuir culpa à própria vítima. O presente ensaio objetiva a análise da possibilidade de se caracterizar a depressão como doença do trabalho, procurando delimitar até que ponto a enfermidade e o trabalho repercutem um sobre o outro, numa relação de causa e efeito, ressaltando os principais aspectos referentes aos conhecimentos relativos à depressão, em especial no ambiente de trabalho. Assim, o método empregado é o dialético dedutivo, a partir da análise documental de dados que informam a gravidade do problema, o seu tratamento no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial, diante da realidade social instalada pela nova geração conhecida como tecnológica e informacional, na qual valores humanos pretéritos passam a ter menor relevo, em especial frente à realidade do capital. Essa liquidez de entendimento social, em especial pelo empregador, lança grande desafio para a proteção do adoecido e a efetivação das suas garantias fundamentais no meio ambiente de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Depressão. Meio ambiente de trabalho. Transtorno psicológico. Proteção legal ao trabalhador. Doença do Trabalho.

ABSTRACT

This essay aims to reflect on psychosomatic diseases in the work environment. Psychosomatic illnesses, among them depression, are the great evils that affect our society today. Depression is characterized by the loss or diminution of interest and pleasure in life, generating anguish and prostration, a symptom of permanent melancholy. This disease can be developed for a number of reasons, but in today's society it has been perceived and noticed more frequently and often associated with work. Psychiatric illnesses are ignored by many companies, who do not recognize their gravity and see them only as a transient emotional situation or as a lack of personal disposition for work, using the well-known practice of blaming the victim his or herself. This essay aims at analyzing the possibility of characterizing depression as a work disease, trying to delimit the extent to which illness and work affect one another, in a relation of cause and effect, highlighting the main aspects related to the existing knowledge on depression, especially in the work environment. Thus, the method employed is the deductive dialectic, based on the analysis of data that inform the seriousness of the problem, its treatment in the legal, doctrinal and jurisprudential contexts, in light of the social reality brought forth by the new generation known as technological and informational, in which human values from the past have become less important, especially in relation to the reality of capital. This liquidity of social understanding, especially by the employer, launches a great challenge for the protection of the sick person and for the realization of their fundamental guarantees in the working environment.

KEYWORDS: Depression. Work environment. Psychological disorder. Legal protection to the worker. Work Sickness.

RESUMEN

Este ensayo tiene como objetivo reflexionar sobre las enfermedades psicosomáticas en el ambiente de trabajo. Las enfermedades psicosomáticas, entre ellas la depresión, son los grandes males que acometen nuestra sociedad actualmente. La depresión se caracteriza por la pérdida o disminución de interés y placer por la vida, generando angustia y postración, síntoma de la melancolía permanente. Esta enfermedad puede ser desarrollada por diversas razones, pero en la sociedad actual ella viene siendo percibida y notada con mayor frecuencia y no raras veces vinculadas al trabajo. Las enfermedades psiquiátricas son ignoradas por muchas empresas, que no reconocen la gravedad y las ven sólo como una situación emocional pasajera o como falta de disposición personal para el trabajo, utilizando la conocida práctica de atribuir culpa a la propia víctima. El presente ensayo objetiva el análisis de la posibilidad de caracterizar la depresión como enfermedad del trabajo, buscando delimitar hasta qué punto la enfermedad y el trabajo repercuten uno sobre el otro, en una relación de causa y efecto, resaltando los principales aspectos referentes a los conocimientos relativos a la depresión, especialmente en el ambiente de trabajo. Así, el método empleado es el dialéctico deductivo, a partir del análisis documental de datos que informan la gravedad del problema, su tratamiento en el ámbito legislativo, doctrinal y jurisprudencial, ante la realidad social instalada por la nueva generación conocida como tecnológica e informacional, en la cual los valores humanos pretéritos pasan a tener menor relieve, en especial frente a la realidad del capital. Esta liquidez de entendimiento social, en especial por el empleador, plantea un gran desafío para la protección del enfermo y la efectividad de sus garantías fundamentales en el medio ambiente de trabajo.

PALABRAS-CLAVE: Depresión. Medio ambiente de trabajo. Trastorno psicológico. Protección legal al trabajador. Enfermedad del Trabajo.

INTRODUÇÃO: A EVOLUÇÃO E A DOENÇA SOCIAL

A sociedade evolui e com ela as suas complexidades. Vivemos numa época em que as evoluções parecem estar em verdadeiro ritmo olímpico, barreiras culturais são quebradas a cada instante, e a sociedade parece que quer quebrar o seu próprio recorde de celeridade, causando verdadeiro estresse social. Não raro essas tensões sociais requerem atenção, pois trazem reflexos sociais diversos. Assim como o direito criou fases para marcar a sua evolução - direitos de primeira, segunda e terceira geração (ou dimensão) -, assim também a evolução social e econômica seguiu os mesmos passos, causando reflexos na evolução do trabalho. A evolução social com a sua modernidade e pós-modernidade e do trabalho com a suas revoluções industriais - da primeira, da segunda e da terceira revolução. A exemplo do direito, no qual já se fala em direito da quarta geração, para proteção da biodiversidade, na área econômica e social já se fala na quarta revolução industrial, a qual, por meio da revolução tecnológica e informacional, quebra paradigmas com relação a cultura social pretérita, criando novas realidades.



Essa nova situação, impulsionada pelo próprio desenvolvimento econômico e social, parece criar outras realidades em que outras áreas do saber ainda estão assimilando para melhor compreender esses desafios sociais.

A área da saúde é um exemplo claro desta situação. Na proporção em que avança a medicina, começam a existir também novas doenças, e essas doenças demoram a ser classificadas pelo Código Internacional das Doenças (CID), e após este reconhecimento pela área da saúde, passam por outro momento, um limbo administrativo, no qual a ciência da saúde passa a reconhecer a doença, mas o estado demora para classificá-la na lista das doenças, em especial na lista das doenças ocupacionais, para proteção do trabalhador afetado por ela.

Exemplo claro disso é da lesão por esforço repetitivo (LER). Antes de seu reconhecimento, o trabalhador acometido por tal enfermidade era classificado, muitas vezes, por profissional não afeto ao trabalho, de indolente, dentre outros adjetivos negativos que lhes era imputado. Modernamente já se reconhece os efeitos dessa lesão e a gravidade desse fato para a saúde humana, classificando-a em lesão pelo esforço repetitivo decorrentes das mais diversas atividades, tais como do lazer, do esporte e do trabalho. No caso da lesão por esforço repetitivo decorrente do trabalho, passou a ser classificada como Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho – DORT – ou ler-dort.

Segundo a Agência Europeia para a Segurança e a Saúde no Trabalho – FACTS (2000) diversos países (Estados-Membros) desenvolveram, nas décadas de 1960 e 1970 do século XX, políticas públicas para enfrentamento ao problema das Lesões por esforços repetitivos” (Repetitive Strain Injuries - RSI), o que nos convence de que a situação emanou, por parte do poder público, considerável tempo para a maturação e reconhecimento de tal problema em diversos países ligados a União Europeia. Em que pese a gravidade do problema, no Brasil, somente em 1987 esta doença foi reconhecida pela previdência social, embora sua gênese possa estar radicada no início da primeira revolução industrial (BRASIL, 2000).

A exemplo desta doença, muitas outras poderiam ser citadas, todavia, neste ensaio, dedicaremos a atenção para as doenças emocionais, ou psicossomáticas. Assim como a lesão por esforço repetitivo que recebeu na sua origem diversos adjetivos negativos, os quais normalmente eram atribuídos ao seu detentor, vitimizando duplamente o adoecido, as doenças psicossomáticas parecem estar trilhando o mesmo caminho.



O mesmo vem ocorrendo com os portadores das doenças psicossomáticas, em suas diversas modalidades, muitas delas relacionadas ao trabalho. O caso é tão grave que também vem ganhando notoriedade internacional, sendo conhecida como síndrome de burnout, ou doença decorrente do estresse excessivo e crônico, provocado por sobrecarga ou excesso de trabalho (GEOVANA, s.d.). Como explica a médica Nicole Geovana (s.d.), o nome "*burnout*" vem do inglês e significa literalmente "queimar até o fim". Trata-se, portanto, de um esgotamento físico e mental decorrente de uma vida profissional desgastante e sobrecarregada. É nesta mesma fonte que colhemos a assertiva de que esta patologia pode evoluir para transtornos mentais ou físicos, ou os dois ao mesmo tempo. A depressão é um exemplo típico deste tipo de enfermidade, e o local de trabalho parece ser terreno fértil e propício para sua criação e propagação.

As áreas da saúde classificam o termo "doença" como desordem no funcionamento de algum órgão, da psique ou de todo o conjunto, podendo apresentar sintomas. Ressalta-se, portanto, dentro da classificação, a inclusão da psique, isto é, o que se relaciona às doenças mentais, e não apenas às físicas.

A depressão é uma doença que vem se intensificando com o passar dos anos, principalmente em culturas ocidentais. Isso se dá em razão de ela estar em um contexto de valorização excessiva da individualidade, ou seja, o mérito por conquistas é todo do indivíduo, assim como a culpa pelos fracassos, impedindo que possa haver qualquer compartilhamento de sentimentos com outras pessoas ou com a própria família, vez que todos padecem do mesmo mal social.

A sensação de isolamento ocasionada pela depressão também é um fator de risco para outros tipos de doenças, ou seja, uma doença mental mostra-se capaz de afetar a saúde física do indivíduo.

Assim como o trabalho é uma ação individual, mas de reflexo coletivo, a doença emocional, embora na maioria das vezes silenciosa, acomete também o indivíduo trabalhador, mas o seu reflexo é suportado por toda a sociedade, que arcará, além do reflexo coletivo pelo adoecimento social – psicopatologia coletiva –, com os custos por ela ocasionado e demais repercussões.



1 O EQUILÍBRIO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O meio ambiente de trabalho é o local no qual o trabalhador passa a maior parte de sua vida e constrói suas relações e experiências pessoais e interpessoais. Assim, o desequilíbrio desse local afetará diretamente a qualidade de vida do trabalhador nele inserido.

O modo de produção capitalista promove o mau uso da força de trabalho, porque valoriza o trabalhador somente pelas extensões de seus braços, somente pelas suas forças físicas, e não como indivíduo que tem seus direitos fundamentais consagrados pela constituição, como ser humano que é. O homem é o centro das relações sociais, e por esta razão o trabalho tem que ser para o homem e não o homem para o trabalho, e esta assertiva não decorre de um apelo semântico e não pode ser tida como uma frase de efeito. Relegar este fato é o primeiro passo às demais inversões sociais de valores. E, quando valores sociais se invertem, notadamente, os motivados pelo capital, o homem animaliza-se em ambos os sentidos, na condição de explorado e na condição de explorador.

Não são raras as ocasiões em que o empregado passa por tratamentos que ferem sua dignidade. Essas situações podem acarretar prejuízos graves, muitos deles definitivos, à sua saúde física e psíquica, além de afetar, conseqüentemente seu convívio familiar e social, sua autoestima pessoal e profissional, com reflexo direto no seu direito existencial. Se a luta é por um trabalho digno, neste contexto deve estar inserido também um descanso digno e um lazer restaurador. É um direito humano também fundamental.

O trabalho digno deve envolver um descanso digno, um tratamento digno, um respeito ao trabalhador enquanto pessoa humana, enfim, ele não pode ser apenas um ser vivente em relação com os demais seres viventes em um mesmo local, um confinamento, aprisionado pelo capital, como se fosse uma sentença irrecorrível pelo simples delito da necessidade do trabalho.

Não é outro o entendimento de Ercílio Denny, ao gizar:

Para ser humano no sentido completo ou autêntico da palavra, não basta existir de fato. É preciso possuir um conjunto unitário de convicções e de valores que definam a existência humana em linha de princípio: o seu escopo e o seu significado. Além disso, tais princípios devem ser



evidentes. Estes não só não devem estar expostos a contínuas discussões, mas devem também indicar ao homem a sua posição no mundo observável. Porque o homem pensa a si mesmo por meio da mediação com o mundo observável (DENNY, 2003, p. 320).

Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento (2017, p. 491) propõe uma noção mais ampla de meio ambiente do trabalho, que abarque os aspectos organizacionais do meio ambiente, a fim de analisar todos os fatores que podem afetar a saúde mental do trabalhador, dentre eles as jornadas de trabalho, horas extras, intervalos, dentre outros elementos que podem impactar no equilíbrio labor-ambiental.

Portanto, o objetivo de definir o meio ambiente do trabalho como equilibrado ultrapassa a percepção de um ambiente físico adequado dentro de normas de higiene e segurança do trabalhador, há de se relevar também a preocupação com a sua saúde física e mental. Por esta razão a salubridade do ambiente deve considerar o aspecto físico, mas também o aspecto não físico, que aqui designamos de emocional, para valorizar o trabalhador no ambiente em que vive a maior parte da sua vida. Por esta razão, não basta fornecer o equipamento de proteção individual (EPI), é necessário que se construa e forneça um equipamento de proteção emocional (EPE), que ora defendemos, e que será visto alhures.

2 DEPRESSÃO COMO DOENÇA DO TRABALHO

O individualismo excessivo em sociedades ocidentais toma protagonismo no ambiente de trabalho, local repleto de competitividade.

Quando deprimidas, as pessoas encaram-se a partir da visão negativa de tudo a seu redor, como incapazes de venderem o seu trabalho ou de, com ele, produzirem insuficientemente.

O presente ensaio se propõe a analisar o andamento processual e normativo dos órgãos regulamentadores sobre a caracterização da depressão como doença do trabalho para que se possa efetivar, cada vez mais, uma resposta adequada às demandas judiciais submetidas à apreciação da Justiça do Trabalho. Além disso, conseguir correlacionar os conhecimentos técnicos dentro da esfera legal para determinar a responsabilização do



empregador e possíveis soluções para os conflitos no ambiente de trabalho.

Além da importância do assunto para o Direito, ele também é importante ao ambiente de trabalho e a economia nacional. O contraditório neste aspecto é que as pessoas tendem a ficar depressivas pelo excesso de cobrança sobre a sua produtividade, dentre outros fatos que evidentemente contribuem também para tal situação. Ocorre, entretanto, que quando a pessoa está deprimida a sua produtividade tende a cair. Essa queda é tão notória que pode chegar a superar a perda de produtividade por absenteísmo, além de contribuir em desfavor da qualidade de seu trabalho.

3 ABSENTEÍSMO, PRESENTEÍSMO E DESCONEXÃO

Ao tocar no tema do absenteísmo, surge a necessidade de se falar sobre o seu conceito e de outros que, com ele, se relacionam: o presenteísmo e a desconexão. Estes fenômenos ocorrem no meio ambiente do trabalho.

Absenteísmo ou absentismo, no latim, *absens* é ato ou efeito de se abster, deixar de fazer alguma coisa para a qual estava obrigada, tem o sentido também de estar fora, afastado, ausente. No campo trabalhista o absenteísmo é a ausência do trabalhador no emprego. Ele pode possuir diversas causas e pode existir em diversas formas: absenteísmo amparado por lei – ausência legal ao trabalho -, absenteísmo compulsório - impedimentos de ordem disciplinar-, absenteísmo por doença – também amparado em lei - e absenteísmo voluntário, ou falta injustificada – a ausência do trabalho em decorrência de ato volitivo unilateral de iniciativa do empregado, não amparado por lei para fins de abono.

Sasaki (2013) revela que nem todas as doenças levam ao absenteísmo, visto que, em casos como a depressão, muitos funcionários podem seguir trabalhando. Neste caso, trata-se do presenteísmo. O presenteísmo é o oposto do absenteísmo, é a presença física do empregado no local de trabalho, mesmo não estando saudável física ou psicologicamente. Dessa forma, eles são incapazes de cumprirem integralmente suas obrigações trabalhistas. Esta doença, ainda em construção de uma hipótese diagnóstica, pode ser causado por fatores relacionados ao trabalho, como a elevada pressão em decorrência do controle sobre suas funções, o relacionamento com os colegas, e a estipulação de prazos exagerados, e por fatores pessoais, como a situação financeira e a vida em família. (Hasen e Andersen, 2008).



O custo pela ausência física do empregado é fácil de ser calculada, pois o empregador valendo-se do seu padrão salarial e em face do período de sua ausência ao trabalho, e utilizando-se da fórmula incidente sobre a consequente interrupção ou suspensão do contrato de trabalho - dependendo da forma de afastamento -, calcula o valor a ser contabilizado, consciente de que em ambos os casos existem custos administrativos. No caso do presenteísmo, entretanto, é difícil dimensionar os custos do dano causado à organização do trabalho, pois a queda de produtividade do empregado pode superar a perda de produtividade por absenteísmo, além de contribuir para o aumento das possibilidades de acidentes no local de trabalho. Além do fator produtividade, há que ser considerado a qualidade final do produto, a qual também poderá ser comprometida. O prejuízo, nesse sentido, vai além do financeiro, atingindo, por esta razão também o social, pois em ambos os casos a sociedade também arcará com tal custo, pois em algum momento enfrentará a sorte de suportar mais um trabalhador adoecido, que deverá ser tratado pelo sistema único de saúde.

4 O EPE COMO INSTRUMENTO DE PRECAUÇÃO, PREVENÇÃO E PROTEÇÃO DA SAÚDE FÍSICA E EMOCIONAL DO EMPREGADO

Inspirado no equipamento de proteção individual (EPI), dada a incidência das doenças psicossomáticas originada no ambiente de trabalho, defendemos a necessidade da criação do equipamento de proteção emocional (EPE) para o empregado, não previsto, evidentemente nas NRs da portaria 3124/78. Utilizando-se de uma linguagem metafórica, entendemos que na era da quarta revolução industrial, o fornecimento de um equipamento físico para proteção da saúde do empregado hodiernamente não mais condiz com a realidade do meio ambiente saudável, diante da necessidade de também se preocupar com a proteção integral do empregado no ambiente do trabalho. Esse novo “instrumento” também deve ser fornecido ao empregado, como se um EPI fosse.

Assim como o EPI foi criado para a prevenção das ocorrências físicas, defendemos a necessidade da criação de um EPE para prevenção de ocorrências emocionais. Assim como defendemos a responsabilidade objetiva do empregador pelo acidente do trabalho, entendemos que o adoecimento decorrente do trabalho deve seguir a mesma sorte.



O leitor deve estar se perguntando agora, como resolvemos isso. Este é o ponto alto desta reflexão. Não se objetiva aqui a solução a este sério e delicado problema, mas de levantar a necessidade de sua conscientização diante da alta incidência dos adoecimentos psicossomáticos nos mais diversos ambientes de trabalho e por suas mais diversas formas. Por esta razão a solução não deve decorrer de resposta única, formatada com frases de efeito, mas deve ser construída de forma processual, sendo a primeira etapa a conscientização da sua necessidade, para posterior criação desta ferramenta de harmonização ambiental. Cada ambiente deve criar um instrumento próprio de dialogo adequado àquele local, na busca do seu equilíbrio. Eis a razão para a criação de um equipamento de proteção individual, mas como afirmado algures, de reflexo coletivo, interno e externo a empresa.

Esta é uma forma de garantia da dignidade do trabalhador, a fim de que o ambiente de trabalho permaneça saudável, e possa contribuir para a saúde física e mental do empregado.

Para criação deste instrumento, o conceito de proteção deve englobar também os conceitos de precaução e prevenção, nos aspectos físicos e emocionais. Esta é uma questão importante porque os princípios são à base de todo ordenamento jurídico. Nesse diapasão, o princípio protetor deve envolver a proteção à saúde física e mental do trabalhador, no seu aspecto curativo, mas em especial no preventivo.

5 O EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO EMOCIONAL – EPE

Dada à responsabilidade do empregador para com a saúde, física e mental, de seus funcionários e a gravidade da questão, defendemos que o EPE também reúna os conceitos de prevenção e de precaução, anteriormente apresentados.

A medicina age em dois âmbitos: preventivo e curativo, ambos devendo ser considerados pelo EPE. Dessa forma, sustenta-se essas duas vertentes para estabelecerem soluções a serem aplicadas pelo empregador no ambiente de trabalho.

No âmbito preventivo, o empregador deve adotar medidas para eliminar o stress no ambiente de trabalho. Os empregadores devem contar com profissionais capazes, para fomentar a busca do um ambiente saudável, diagnosticando as diversas situações que



possam trazer desequilíbrio ao ambiente do trabalho, tendente a influenciar na vida do trabalhador, com a possibilidade de seu adoecimento. O trabalhador, nesse sentido, deve ser tratado como ser humano, não poderá ser tratado como vil instrumento de trabalho, que poderá ser descartado a qualquer momento a própria sorte, como se fosse uma peça inanimada.

Como acima destacado, para Ercílio Denny não baste existir de fato, o ser humano precisa justificar sua existência para si e para os outros que com ele vive em sociedade, e onde cria suas relações. Ele precisa ter a garantia da autoestima e da efetivação da sua existência, e para isso ele precisa se livrar das amarras, libertar-se, para assim garantir a efetivação dos seus Direitos Fundamentais. Não é outro e entendimento de Thomas Fleiner (2003, p. 11), que nos traz sua contribuição:

Encontrando-me em uma bela e ensolarada praia italiana, decidi-me livremente a trabalhar neste livro, em vez de sonhar, banhar-me, beber um café ou mesmo assistir à televisão. O que isso tem a ver com a dignidade humana? Muito! Diferentemente de todos os outros seres vivos, o homem determina, pelo menos em parte, a causa de suas próprias ações. [...] Quando essa liberdade é invadida por outrem, o homem tem a sua dignidade violada. A dignidade humana pressupõe o respeito ao âmbito da liberdade que as pessoas necessitam para formar suas opiniões e, de acordo com estas, determinar suas ações. Ademais, é mister dar ao homem a possibilidade de desenvolver-se segundo seus projetos de vida. Qualquer medida coercitiva que prejudique essencialmente a sua liberdade de decisão se constitui num ataque contra a dignidade humana.

Para Fleiner a dignidade humana tem como alicerce a liberdade, pois a violação a esse direito viola a sua dignidade, e isso é importante para que o homem possa desenvolver o seu próprio projeto de vida, ou no dizer do Pregador, a vida deve ser vivida em abundância, o homem deve viver abundantemente, ou numa leitura mais consentânea, viver dignamente. “Eu vim para que tenham vida, e a tenham em abundância” (Jo: 10.10). Essa é a lição que encontramos talvez como uma das primeiras definições de dignidade humana, cujo conceito está traçado de forma simples, mas sintetiza a ideia de eminentes doutrinadores hodiernos, que ainda labutam para fechar o seu diagnóstico conceitual. O trabalhador deve viver abundantemente inclusive no seu local de trabalho, e é dever do empregador eliminar os ruídos, agentes poluidores físicos, mas também as tensões que causam os mesmos males.



6 ASPECTO JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência, na ausência de parametrização legal, vem cumprindo seu papel para identificação do dano imaterial decorrentes de doenças psicossomáticas, tendo como premissa o nexo de causalidade, diante das suas múltiplas causalidades. Necessário, portanto, a caracterização da inércia do empregador quanto correto tratamento do seu ambiente de trabalho.

Os pedidos de indenização por dano embasados nos prejuízos decorrentes do labor em condições labor-ambientais insalubres e desequilibradas, embora tenha registrado baixa frequência de ocorrência de julgados, representa a terceira categoria temática com maior frequência, de acordo com a pesquisa jurisprudencial realizada.

Como exemplo, aponta-se o acórdão prolatado nos autos do recurso ordinário nº 0062200-64.2007.5.06.0015, tramitado perante o Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (TRT&), em decisão prolatada por Sérgio Torres Teixeira, em 06 de Dezembro de 2013, cujo caso registra a procedência da pretensão indenizatória por dano existencial decorrente da contração de doença pelo trabalhador, em razão de condições labor-ambientais desequilibradas:

DANO MORAL E MATERIAL. PROVA. RECONHECIMENTO. RECLAMANTE. DOENÇA. ACOMETIMENTO. NEXO CAUSAL. ATIVIDADE LABORAL. CONSTATAÇÃO. DANO EXISTENCIAL. OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÕES. SENTENÇA. MANUTENÇÃO. Inúmeros são os documentos, no caderno processual, que demonstram a doença que acometeu a trabalhadora, por razões diretamente vinculadas ao seu ambiente de trabalho, e, sem sombra de dúvida, por culpa da conduta empresarial, que, por meio de superiores hierárquicos, exerciam intensa pressão psicológica, de forma desmedida sobre a parte hipossuficiente. Evidenciado, inclusive, autêntico dano existencial, este compreendido na própria “frustração do trabalhador em não realizar um projeto de vida e no prejuízo das relações sociais e familiares, em razão da privação do seu direito ao descanso”. Este cenário, inclusive, culminou com a emissão da Comunicação de Acidente de Trabalho - CAT, endereçada à Previdência Social, ensejando a percepção, do correspondente benefício previdenciário ao segurado, e, posteriormente, a aposentadoria por invalidez. Foi mais do que comprovada à atitude da entidade bancária, em colaborar, efetivamente, para os graves problemas de saúde que acometem a reclamante. Indenizações pelo dano moral e o material que se mostram pertinentes e



em valores condizentes com a razoabilidade e proporcionalidade. Sentença que se mantém. Recurso ordinário a que se nega provimento. (BRASIL, 2013)

Não é outro o entendimento prolatado na decisão do relator Ricardo de Carvalho, da 3ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (TRT4), no Recurso Ordinário nº 0000221-16.2014.5.04.0661, em que reconhece a insalubridade emocional do meio ambiente de trabalho ao qual estava submetido o trabalhador, de modo a desencadear sintomas de depressão e afetar severamente seu convívio social:

DANO EXISTENCIAL. INDENIZAÇÃO. Caso em que a condenação decorre das condições de trabalho a que foi submetida a demandante, levando-a a desenvolver depressão, ficando afastada do trabalho por três anos, bem como dos descontos injustos no salário, a ponto de nada receber no final do mês. (BRASIL, 2015a)

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) adota a teoria da responsabilidade subjetiva do empregador, todavia, não deixa de reconhecer, a exemplo dos Tribunais Regionais do Trabalho, a responsabilidade do empregador quando este contribui para a ocorrência da situação fática do adoecimento do trabalhador, como se verifica pela decisão que ora colamos a título de exemplificação, em decisão exarada no RR: 376008520075040030, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 15/04/2015, 2ª Turma, DEJT 24/04/2015:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE DOENÇA EQUIPARADA A ACIDENTE DO TRABALHO - DEPRESSÃO. ASSÉDIO MORAL. EXISTÊNCIA DE CULPA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DA RECLAMADA. Trata-se de pedido de indenização por danos morais, fundada em doença equiparada a acidente do trabalho, episódio depressivo em face de tratamento humilhante dispensado à autora e a outros empregados no local de trabalho durante o período em que esteve subordinada à supervisora (...). Conforme consta da fundamentação do acórdão recorrido, o juiz registrou que "a prova pericial comprova a existência de nexos causal entre o inapropriado tratamento no ambiente de trabalho e a moléstia desenvolvida durante o contrato, sendo evidentes os danos morais decorrentes da doença equiparada a acidente do trabalho". O Tribunal a quo, instância exauriente para análise de fatos e provas, com base em laudo pericial que diagnosticou quadro depressivo moderado e na prova oral colhida, assentou que "a doença ocupacional tem como concausa o ambiente laboral excessivamente humilhante, estressante,



prejudicial à saúde". E, além disso, concluiu que "o nexo de causalidade e a culpa da reclamada restam configurados, a última por meio da atitude da supervisora contratada". Com efeito, considerando o contexto fático probatório consignado nos autos, acerca da doença adquirida pela reclamante, o dano moral dela emergente e o nexo causal entre o dano e o tratamento humilhante dispensado à reclamante, não há como afastar o direito à indenização. Ademais, ressalta-se que, para se chegar à conclusão diversa do Regional seria necessário o revolvimento do conjunto probatório, não permitido nesta instância recursal extraordinária, ante o óbice previsto na Súmula nº 126 do TST. (TRIGUEIROS, 2017)

Merece destaque também a decisão proferida pelo TST no AI 806-58.2011.5.15.0082.3ª Turma. Relator: Alexandre Agra Belmonte. De 25/03/2015.

INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PRIVAÇÃO DE FÉRIAS POR UM LONGO PERÍODO. DANO EXISTENCIAL. GOZO E PAGAMENTO. O e. TRT ao asseverar, que apesar do reconhecimento do direito ao pagamento das férias em dobro, a autora faz jus ao pagamento de indenização por dano moral, decorrente da longa privação do direito às férias (2005 a 2010), gozo e pagamento, mesmo porque restaram caracterizados os elementos ensejadores da respectiva indenização: o dano moral, a conduta do empregador e o nexo causal entre a atitude do empregador e o dano sofrido pela autora e ponderou: "... para, de um lado, coibir a reincidência do empregador em situações como a constatada na presente ação e, de outro, compensar o trabalhador pelo sofrimento causado sem, contudo, dar ensejo ao seu enriquecimento ilícito.". Incólume o art. 5º, X, da Constituição Federal. Arestos oriundos de Turmas do TST, inservíveis nos termos do art. 896, alínea "a", da CLT. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (BRASIL, 2015b)

Como se vê pelas decisões supra, os Tribunais do Trabalho parecem estar sensíveis a tais situações, todavia trabalham com os casos que lhes são apresentados, e não dão conta, evidentemente, da realidade social que acomete os trabalhadores no cenário produtivo Nacional. Desta forma não operam de forma preventiva, e não contribuem para tal mister, vez que ainda a eles, não raro, são arrogadas as críticas de serem muitos insensíveis ao arbitrarem os valores a serem compensados em casos de danos imateriais. Sem trazer a baila discussão não afeta a esta reflexão, e sem querer adentrar na discussão da inconstitucionalidade do tabelamento estabelecido pelo artigo 223-G da CLT - que entendemos que será referendado pelo STF, a exemplo de outros equivocados referendos já ocorridos -, os Tribunais trabalhistas parecem querer dizer que o tabelamento mencionado



parece razoável. Não concordamos, mas este é assunto para outra reflexão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Trabalho é uma área da ciência jurídica que dialoga com outras áreas da ciência, notadamente com a área da saúde e engenharia, para prevenir a saúde e segurança dos trabalhadores. Esse dialogo torna-se profícuo quando visa a efetivação dos direitos dos trabalhadores, com o fim de garantir a sua dignidade humana. Como visto os tribunais não atuam preventivamente, a fiscalização do trabalho vem enfrentando sério projeto de sucateamento há décadas, e agora já se fala em extinção do Ministério do Trabalho. Diante de tão graves situações que surgem no campo político, tendentes a causar um verdadeiro retrocesso social, o clima é de apreensão e espanto, pois a sociedade caminha a passos largos e de forma desenfreada para uma situação diametralmente oposta, caminha a passos largos para a evolução econômica e social impulsionada pelo avanço tecnológico e informacional. Em decorrência deste avanço social, situações surgem e precisam ser amparadas. Como sabemos o cenário político não esta sensível a tais situações. Por esta razão ganha relevo a discussão da proteção integral do trabalhador, se não for por políticas públicas, que haja uma conscientização sobre a necessidade de se cuidar da saúde social, individual ou coletiva; e com isso o empregador passe a cuidar mais da saúde física e mental de seus empregados, pois não é somente o absenteísmo que causa prejuízo a empresa, mas também o presenteísmo, na mesma proporção ou em proporção mais significativa.

REFERÊNCIAS

ABREU, F. M. **Depressão como doença do trabalho e suas repercussões jurídicas**. São Paulo: LTr, 2005.

ALMEIDA, Victor Hugo de. **Consumo e trabalho: impactos no meio ambiente do trabalho e na saúde do trabalhador**. 2013. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.



COSTA, Aline Moreira da; GONÇALVES, Leandro Krebs. Meio ambiente do trabalho e proteção jurídica do trabalhador: (re)significando paradigmas sob a perspectiva constitucional. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães; URIAS, João. (Org.). **Direito ambiental do trabalho**: apontamentos para uma teoria geral. São Paulo: LTr, 2013. v. 1.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE POLÍTICAS DE SAÚDE. **Protocolo de investigação, diagnóstico, tratamento e prevenção de Lesão por Esforços Repetitivos e Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho**, Brasília, jul. 2000. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/protocolo_ler.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Doenças relacionadas ao trabalho** - manual de 44 Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg., Belo Horizonte, v.46, n.76, p.27-44, jul./dez.2007 procedimento para os serviços de saúde. Brasília, 2001.

BRASIL. MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Diretrizes de conduta médico-pericial em transtornos mentais**. Brasília, 2007.

BRASIL. TRT 7ª Região. **RO 0062200-64.2007.5.06.0015**. Relator: Sergio Torres Teixeira. 2ª Turma. Julgamento: 04/12/2013. Publicação: 06/12/2013. (CEARÁ, 2017).

BRASIL. TRT 4ª Região. **RO 0000221-16.2014.5.04.0661**. Relator Ricardo Carvalho Fraga. 3ª Turma. Julgamento: 15/09/2015. 2015a.

BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **AI 806-58.2011.5.15.0082**. 3ª Turma. Relator: Alexandre Agra Belmonte. Julgamento 25/03/2015. 2015b.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DENNY, Ercílio A. **Ética & Sociedade**. Capivari/SP: Opinião E., 2001.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.



FACTS – AGÊNCIA EUROPEIA PARA A SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO. **Lesões por esforços repetitivos nos Estados-Membros da UE: Síntese de um relatório da Agência.**

Bélgica: 2000. Disponível em: <<http://www.ergonomianotrabalho.com.br/ler-europa.pdf>>.

Acesso em: 19 ago. 2018.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos.** Trad. Andressa Cunha Cury. São Paulo: Max Limonad, 2003.

GEOVANA, Nicole. O que é síndrome de burnout e quais são os sintomas? In **Médico Responde**, s.d. Disponível em: <<https://medicoresponde.com.br/o-que-e-sindrome-de-burnout-e-quais-sao-os-sintomas/>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

GORZ, André. **O imaterial: conhecimento, valor e capital.** São Paulo: Annablume, 2005.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano.** 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

JACQUES, M. G. **O nexo causal em saúde/doença mental no trabalho: uma demanda para a psicologia.** Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Brasil, 2006.

LIMA, M. E. A. **Escritos de Louis Le Guillant - da Ergoterapia à Psicopatologia do Trabalho.** Petrópolis, Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2006.

MORETTI, Silvinha. **Qualidade de vida no trabalho x Auto-realização humana.** [Blumenau], 2008. Disponível em: Acesso em: 24 set. 2018.

SABONGI, Camila Martinelli. **O dano existencial aplicado ao âmbito juslaboral.** 2015. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015.



SABONGI, Camila Martinelli. **O dano existencial na jurisprudência trabalhista brasileira e a necessidade de harmonização de políticas públicas labor-ambientais para o seu enfrentamento**. 2018. 103 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2018.

SASAKI SFS. **Trabalho bancário e fatores associados ao presenteísmo e ao absenteísmo**. 2013. Dissertação de Mestrado - Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SELIGMAN, Martin E. P. **Indefensión: em la depresión, el desarrollo y la muerte**. Trad. Luis Aguado Aguilar. Madrid: Debate, 2000.

TEIXEIRA, Sueli. A depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como doença do trabalho. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v.46, n.76, p.27-44, jul./dez.2007.

TRIGUEIROS, Marcelo. Depressão como doença do trabalho. Quais os efeitos jurídicos desta relação e como caracterizá-la? **JusBrasil**, 2017. Disponível em: <https://mtrigueiros.jusbrasil.com.br/artigos/485938854/depressao-como-doenca-do-trabalho-quais-os-efeitos-juridicos-desta-relacao-e-como-caracteriza-la>. Acesso em: 15 nov.18.

VALADARES, C. **Trabalhador mais protegido**. UnBnotícias, Ano 10, n. 78, 2007. Disponível em: <http://www.secom.unb/unbnoticias.un0507-p7.htm>. Acesso em 25 mai.2018.

WEBER, Max. **Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).





Recebido em: 15.10.2018
Aprovado em: 22.11.2018

DOI: <http://doi.org/10.33239/rtdh.v1i1.15>

1 Doutora em Ciências Sociais - Área de Trabalho, Política e Sociedade pelo Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, pesquisadora do Núcleo de Estudos do Trabalho, Saúde e Subjetividade da Unicamp e advogada nas áreas de Direito do Trabalho, Relações Industriais e Mediação de Conflitos

<https://orcid.org/0000-0003-2084-1088>

2 Pós-Doutor em Comunicação pela Universidade de São Paulo, Doutor em Psicologia pela PUC-SP, professor titular e pesquisador da Faculdade de Educação da Universidade Estadual de Campinas na área de Gestão, Saúde e Subjetividade e professor conveniado junto à Université de Nanterre (Paris X)

<https://orcid.org/0000-0002-2583-8876>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Atuação do Ministério Público do Trabalho em Saúde e Segurança na 15ª Região: uma visão da eficácia das intervenções no período de 2013 a 2016

The role of the Prosecutor's Labour Office in the field of Health and Safety in the 15th Region: a view on the effectiveness of its intervention in the period between 2013 and 2016

Actuación del Ministerio Público del Trabajo en Salud y Seguridad en la 15ª Región: una visión de la eficacia de las intervenciones en el período de 2013 a 2016

Thaíssa Rocha Proni¹
José Roberto Montes Heloani²

RESUMO

A atuação do Estado por meio das instituições públicas se mostra essencial na concretização do direito do trabalho no Brasil devido ao descumprimento crônico e persistente da lei, inclusive daquelas destinadas a proteger a saúde e a segurança dos trabalhadores. Neste cenário, este artigo tem como objetivo oferecer uma visão da eficácia da atuação do Ministério Público do Trabalho enquanto guardião do cumprimento da lei e efetivação dos direitos trabalhistas, em especial direitos relativos ao meio ambiente do trabalho, área que envolve saúde, segurança e bem-estar dos trabalhadores. Para tanto, foi examinada a intervenção da instituição no interior de São Paulo (15ª Região do Ministério Público do Trabalho), ao longo do período 2013-2016, por meio da análise dos procedimentos extrajudiciais e judiciais utilizados para investigar, ajustar ou processar os ilícitos cometidos pelas empresas. A análise demonstrou haver eficácia em boa parcela dos termos de ajustamento de conduta e maior sucesso nas demandas judiciais, permitindo identificar limites no poder de coerção da instituição na resolução dos conflitos nos quais intervém.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público do Trabalho; direito do trabalho; meio ambiente de trabalho; saúde e segurança do trabalhador.

ABSTRACT

The State's performance through public institutions is essential for the realization of labor law in Brazil due to chronic and persistent non-compliance with the law, including those designed to protect the health and safety of workers. In this scenario, the objective of this article is to discuss and analyze the effectiveness of the work of the Prosecutor's Labour Office as a guardian of law enforcement and enforcement of labor rights, especially rights related to the work environment, an area that involves health, safety and well-being of workers. To this end, the intervention of the institution in the countryside of São Paulo (15th Region of the Public Prosecutor's Labour Office), during the period 2013-2016, was examined by analyzing the extrajudicial and judicial procedures used for investigating, adjusting or prosecuting illicit conducts by employers. The analysis showed that a good part of the terms of adjustment of conduct were effective and there was greater success in the lawsuits, which allows the identification of to identify limitations in the power of coercion of the institution in the resolution of the conflicts in which it intervenes.

KEYWORDS: Prosecutor's Labour Office. Labor Law. Work environment. Health and safety of the worker.

RESUMEN

La actuación del Estado por medio de las instituciones públicas se muestra esencial en la concreción del derecho del trabajo en Brasil debido al incumplimiento crónico y persistente de la ley, incluso de aquellas destinadas a proteger la salud y la seguridad de los trabajadores. En este escenario, este artículo tiene como objetivo ofrecer una visión de la eficacia de la actuación del Ministerio Público del Trabajo como guardián del cumplimiento de la ley y efectividad de los derechos laborales, en especial derechos relativos al medio ambiente del trabajo, área que involucra salud, seguridad y bienestar de los trabajadores. Para ello, se examinó la intervención de la institución en el interior de São Paulo (15ª Región del Ministerio Público del Trabajo), a lo largo del período 2013-2016, por medio del análisis de los procedimientos extrajudiciales y judiciales utilizados para investigar, ajustar o procesar los ilícitos cometidos por las empresas. El análisis demostró haber eficacia en buena parte de los términos de ajuste de conducta y mayor éxito en las demandas judiciales, permitiendo identificar límites en el poder de coerción de la institución en la resolución de los conflictos en los cuales interviene.

PALABRAS CLAVE: Ministerio Público del Trabajo. Derecho del trabajo. Medio ambiente del trabajo. Salud y seguridad del trabajador.

INTRODUÇÃO

A forma como o Estado atua em relação ao direito do trabalho e em relação às instituições aparelhadas para sua defesa é dinâmica e a história brasileira revela que essa estratégia é sempre determinada pelo interesse do bloco no poder¹, portanto, sujeita a avanços e retrocessos. Por isso, é preciso retomar a ideia de que “recuperar o direito do trabalho em seus fundamentos e resgatar o papel histórico das instituições públicas aptas a dizê-lo é uma das tarefas do caminho possível” (BIAVASCHI, 2007, p. 33), para a construção de uma sociedade mais justa e menos desigual. Assim, a atuação das instituições públicas fortes se torna um dos fatores de maior importância para a resistência e a reafirmação dos direitos sociais numa era de neoliberalismo globalizado. No Brasil, as instituições públicas do trabalho promoveram movimentos de resistência à tendência de flexibilização do mercado de trabalho, contribuindo positivamente na formalização dos contratos de trabalho, a partir de 2004 com a reativação da economia (BALTAR, KREIN, LEONE, 2009).

¹ Segundo Poulantzas (2000), o bloco no poder seria um composto de várias frações de classes burguesas (empresários, comerciantes e fazendeiros, por exemplo), formando uma contraditória unidade, cujos interesses são organizados pelo Estado.



O que se denomina como instituição pública do trabalho é a parte do “aparelho burocrático”² em funcionamento na “ossatura material do Estado”³, que exerce basicamente três funções (simultânea ou separadamente): a função administrativa, a função de fiscalização (instituição como “fiscal da lei”) e a função coercitiva (uso da força para o cumprimento da norma).

A relação do Estado com o direito do trabalho pode ser compreendida a partir da atuação das instituições públicas do trabalho incumbidas da vigilância das normas. A ossatura/estrutura material e a capacitação dos servidores, a autonomia das instituições, a autorização legal para a utilização de estratégias múltiplas de atuação, os interesses de seus agentes e a forma como as instituições podem impor o cumprimento da norma, formam o grande emaranhado, que, ao final, de forma combinada, resulta eficaz ou não, nesta sociedade, nem certo tempo, dentro daquilo que a Lei lhe atribui como dever⁴.

O MPT tem como atribuição fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista quando houver interesse público, procurando regularizar e mediar as relações entre empregados e empregadores. Atua, especialmente, promovendo ações para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados direitos sociais constitucionalmente garantidos, além de poder intervir como mediador em dissídios coletivos. Seu papel principal é a defesa dos direitos dos trabalhadores e a fiscalização para que se faça cumprir a legislação, sob pena de acionar, via ação, a Justiça do Trabalho, para que haja a coerção, ou seja, cumprimento coercitivo (uso da força pelo Estado). Deduz-se, portanto, que a atuação eficaz do Ministério Público do Trabalho é aquela que promove

² Aparelho burocrático aqui compreendido de acordo com a categoria poulantziana, representando um mecanismo ou instituição inserida na instância jurídico-política do Estado, onde Poulantzas (1977) localiza o direito, em PPCS (Poder Político e Classes Sociais).

³ Ossatura material do Estado enquanto categoria poulantziana que denomina a estrutura organizada, ou as várias estruturas burocráticas ou instâncias estatais. Poulantzas (2000, p. 61): “O Estado (centralizado, burocratizado, etc) instaura essa atomização e representa (Estado representativo) a unidade do corpo (povo-nação), fracionando-o em mônadas formalmente equivalentes (soberania nacional, vontade popular). A materialidade desse Estado é, sob certos aspectos, constituída como se devendo aplicar-se, atuar e agir sobre um corpo social fracionado, homogêneo em sua divisão, uniforme no isolamento de seus elementos, contínuo em sua atomização, desde o exército moderno à administração, à justiça, à prisão, à escola, às mídias etc- a lista seria imensa”.

⁴ Eficácia, nos termos aqui utilizados, no sentido de alcance pleno daquilo que a norma constitucional atribuiu ao MPT, ou seja, o zelo ao cumprimento da legislação, à manutenção da ordem jurídica, assegurando os direitos inscritos na Constituição (arts. 127 e 129, II, da Constituição Federal de 1988).



diretamente o cumprimento da legislação pela via da fiscalização e do uso de ferramentas extrajudiciais, e que, falhando esses mecanismos, a efetividade da atuação se assenta na proposição de medida de coerção (ação judicial).

Neste contexto, o presente artigo tem como objetivo discutir a questão da eficácia das intervenções do Ministério Público do Trabalho da 15ª Região na defesa dos direitos dos trabalhadores visando garantir a concretização das normas estabelecidas no Estado Democrático de Direito, com base na Constituição Federal e nas normas infraconstitucionais aplicáveis às relações de trabalho relativas à saúde, segurança e bem-estar, o que traduz o campo do “meio ambiente do trabalho”.

A questão se localiza a partir de três recortes: o primeiro, relativo ao campo da atuação do Ministério Público do Trabalho, que foi a área de meio ambiente do trabalho, com foco em saúde e segurança; o segundo, recorte geográfico, pois se investigou apenas a 15ª região, que compreende o município de Campinas e outros quase seiscentos municípios do interior, de acordo com as subsedes do MPT⁵; o terceiro, recorte temporal, pois se investigou a atuação do MPT entre 2013 e 2016.

É importante explicitar o que convencionamos conceituar como eficácia para fins deste estudo.

O conceito de eficácia, que será utilizado nesta análise⁶, abarca dois aspectos: o geral e o estrito. Em sentido geral, eficácia significa qualidade ou propriedade daquilo que é eficaz e eficaz, tudo aquilo que produz o efeito desejado (FERREIRA, 2008, p. 334).

Para fundamentar o que entendemos por eficácia da atuação de instituições que compõe o sistema de justiça, especialmente para se definir o que seria a eficácia da atuação do Ministério Público do Trabalho, é preciso integrar o sentido geral com o jurídico (sentido estrito).

Tradicionalmente, a doutrina jurídica liga a ideia de eficácia à aplicação concreta da norma jurídica, ou seja, todas as leis vigentes num determinado ordenamento jurídico. Eficácia é a relação entre a ocorrência concreta, fatural, no mundo do ser e

⁵ Importante salvaguardar que há diferenças regionais importantes no Brasil, não havendo qualquer possibilidade de se estender as conclusões aqui construídas para outra região de atuação do MPT.

⁶ Efetividade e eficiência serão tratados apenas marginalmente, não constituindo o objetivo principal da análise.



aquilo que está prescrito pela norma jurídica, que está no mundo do “dever ser”, ou seja, quando o que está prescrito pelas leis no plano teórico também incide no plano real.

Ocorrência concreta não significa apenas obediência aos comandos indicados pelas normas jurídicas (proibição, obrigação ou permissão), mas também violação. Havendo cumprimento da prestação, fala-se que a norma é eficaz. Porém, havendo descumprimento, ela também o será, desde que outro aspecto da norma em funcionamento seja praticado: a sanção, a punição. Logo, eficácia tem relação com a ocorrência concreta do prescrito pela norma jurídica e aplicada no plano concreto num duplo aspecto: o do cumprimento da prestação e o da sanção, caso a norma seja desrespeitada. De fato, a ineficácia legal se perpetua não somente porque ela não é cumprida, mas, principalmente, quando não há incidência de coerção. A impunidade para a maioria dos delitos trabalhistas mostra que compensa, para boa parte das empresas, continuar sonegando direitos (BALTAR, KREIN, LEONE, 2009).

O mesmo sentido pode ser aplicado em relação ao conceito de eficácia das instituições jurídicas, ou pelo menos, a todas aquelas instituições que têm como objetivo principal a aplicação das leis no plano concreto. Convém frisar que para a aplicação justa e imparcial da lei (princípio fundamental do Estado de Direito) é necessária a existência de um sistema judicial legítimo, que goze de independência, seja eficiente e eficaz. Note-se: eficaz porque coerente com suas justificativas normativas, cumprindo as exigências e expectativas em relação ao seu papel (CUNHA, OLIVEIRA, 2013).

Nas Ciências Sociais, este tema passa a ter importância no Brasil como agenda de pesquisa acadêmica a partir da década de 1990, quando os efeitos da Constituição de 1988 foram se consolidando, tendo em vista que esta promoveu a constitucionalização de uma gama significativa de direitos civis, políticos e sociais, o que gerou, por sua vez, um movimento de intensificação de busca pelo Poder Judiciário (e outras instituições do sistema de justiça, como o Ministério Público), fazendo que os estudos sobre as instituições despertassem interesse, estimulando o uso de informações estatísticas (como o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, de 1989) e a análise do desempenho do sistema judicial, especialmente em relação ao atendimento das demandas e suas movimentações vagarosas, apontando a necessidade



de uma reforma. Nos anos 2000, estudos de organismos internacionais, como o Banco Mundial e as Nações Unidas, classificaram o sistema judiciário brasileiro como um dos mais ineficientes, iníquos e corruptos do mundo (SADEK, 2002; CUNHA, OLIVEIRA, 2013; NAÇÕES UNIDAS, 2005).

A eficácia das instituições públicas do sistema judicial passou a ser diretamente criticada, impulsionando medidas diversas de enfrentamento por parte do poder público, como a Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sob os princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação(art.2º), medidas voltadas explicitamente à busca de eficiência, efetividade e eficácia, seguidas pelas reforma administrativa promovida pela EC 19/98 e a chamada reforma do Judiciário, EC 45/2004.

Assim como a Constituição determina que o Ministério Público é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, dentre outras funções, a defesa da ordem social e jurídica, ou seja, a defesa da Constituição e de todas as outras leis a ela subordinadas (dentro do sistema jurídico nacional), assim deve ser avaliada sua eficácia: o Ministério Público terá sua atuação eficaz quando promover o cumprimento da legislação, em cada área de sua ação, pois esta é a função primordial que a Lei lhe atribuiu. Não é por outro motivo que é chamado, popularmente, como fiscal da lei.

A partir destes recortes e do conceito de eficácia delineado, os instrumentos metodológicos utilizados no presente estudo foram: a) revisão bibliográfica; b) pesquisa empírica quantitativa/qualitativa⁷ por meio do mapeamento e exame das ações do MPT, realizados com a criação de um banco de dados dos procedimentos judiciais e extrajudiciais. Cada procedimento realizado no ano de 2013 no tema meio ambiente do trabalho foi examinado e, posteriormente, fichado, no ambiente virtual do *Google Forms*, por meio de formulário construído para este fim. Fontes primárias de dados: procedimentos do MPT Digital (internet), *site* do MPT (regional e nacional) e *site* da Justiça do Trabalho (em relação às ACPs).

⁷ Neste artigo, serão apenas abordados dados quantitativos. A análise qualitativa faz parte da pesquisa em sede de tese de doutorado de qual esse artigo se originou (PRONI, 2018).



É importante compreender que a presente pesquisa dependeu, completamente, da informatização dos dados procedimentais, por meio da ferramenta MPT-Digital⁸, plataforma criada pelo MPT e utilizada por procuradores, advogados e juízes, com fim de consultas e peticionamento nos diversos procedimentos em andamento⁹. Tal ambiente virtual foi criado recentemente, motivo pelo qual a pesquisa se inicia em 2013. Caso não houvesse o MPT-Digital, a pesquisa teria de ser realizada a partir da análise dos autos físicos, inviabilizando-a totalmente, em virtude do número de autos e do recorte geográfico.

É de extrema importância ressaltar que os procedimentos atuados ou registrados em 2013, base de dados da pesquisa, não decorrem em 100% dos casos em investigações que iniciaram somente em 2013; há um fluxo dinâmico de trabalho da instituição, não havendo como realizar esta separação dos dados sem afetar a veracidade e qualidade da análise que aqui se apresenta. Por isso incluímos o cálculo de tempo que o MPT encontrou necessário para, a partir do conhecimento da ilegalidade, concretizar o TAC ou a ACP. É possível, por exemplo, que uma investigação iniciada em 2011 possa ter sido convolada em TAC ou ACP apenas em 2013, em decorrência do tempo necessário da investigação e reunião de dados necessários para seguimento da atuação. O que se analisa, portanto, é o banco de dados primários de procedimentos registrados em 2013 (TACs e ACPs registrados em 2013) e não investigados apenas e tão somente em 2013.

É importante informar, ainda, que esta pesquisa foi financiada pelo CNPq- Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico- em parceria com o programa de Doutorado em Ciências Sociais do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Unicamp.

⁸ MPT Digital se configura num *site* com banco de dados de todos os procedimentos, que possibilita a realização de consultas e o peticionamento eletrônico das partes envolvidas. Para maiores informações, acessar o link: <<https://peticionamento.prt15.mpt.mp.br/login>>.

⁹ O site da Justiça do Trabalho também foi utilizado, mas apenas para complementação das informações lacunosas referentes às ações civis públicas.



1 VISÃO QUANTITATIVA DAS INTERVENÇÕES DO MPT NO PERÍODO DE 2013-2016

Em 2013, o MPT-15 recebeu um total de 5.847 denúncias, considerando todas as áreas de atuação. Na área de meio ambiente do trabalho, foram 1.728 denúncias (29,6% do total). Como havia 61 procuradores no MPT-15, contando que 54 atuam em primeira instância, o número médio de denúncias recebidas por procurador foi de aproximadamente 108 (9 por mês, em média).

Conforme pode ser visto no Quadro 1, entre as denúncias referentes à área de meio ambiente do trabalho em 2013, 1.096 (63,4%) se tornaram inquérito civil (investigação), enquanto outras 331 denúncias (19,2%) não possuíam elementos suficientes para abertura de inquérito. Além disso, é importante destacar que 158 ações judiciais foram promovidas pelo MPT-15 a partir de denúncias e investigações (o que corresponde a 9,1% dos procedimentos nessa área de atuação). Focando a análise nos inquéritos civis abertos e nas ações judiciais, foram realizadas 1.254 “atuações”, o que implica em 20,6 atuações para cada procurador, em média, apenas em meio ambiente do trabalho.

Quadro 1 – Denúncias recebidas pelo MPT-15 em meio ambiente do trabalho em 2013

	N	%
Denúncias que se tornaram inquérito civil	1.096	63,4
Denúncias que não possuíam elementos suficientes para abertura de inquérito	331	19,2
Ações judiciais promovidas a partir de denúncias e investigações	158	9,1
Denúncias que se tornaram inquérito civil somente após 2013	104	6,0
Cartas precatórias	3	0,2
Procedimentos de mediação	16	0,9
Procedimentos de acompanhamento a pedidos (sindicatos, bombeiros)	20	1,2
Total	1.728	100,0

Fonte: Ministério Público do Trabalho. *MPT Digital*. Elaboração própria.

1.2. Termos de ajustamento de conduta firmados e ações civis públicas ajuizadas

Pouco mais da metade (51,4%) das investigações do MPT-15 na área de meio ambiente do trabalho resultaram em um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), em 2013 (Quadro 2). A outra metade (48,6%) permaneceu em fase de investigação, seja em razão da necessidade de mais tempo para a apuração da denúncia, seja porque a



abertura de inquérito civil já é considerada por muitos procuradores como um procedimento suficiente para corrigir o problema, porque passam a negociar diretamente com a empresa buscando a correção do problema apurado. É importante esclarecer que foi possível pesquisar 464 TACs firmados em 2013 (82,4% do total), ficando fora da análise aqueles protegidos por segredo de Justiça. É preciso explicar que alguns processos não se tornaram TAC e nem ACP pois não tinham todos os elementos para ensejar investigação ou não eram coletivamente relevantes.

Quadro 2 – Inquéritos em meio ambiente do trabalho que resultaram em TAC em 2013

	N	%	%
Denúncias que se tornaram inquérito civil	1.096	100,0	
Inquéritos ainda em fase de investigação	533	48,6	
Inquéritos em que foi firmado TAC	563	51,4	100,0
- TACs analisados na pesquisa	464		82,4
- TACs não analisados (acesso restrito, segredo de Justiça)	99		17,6

Fonte: Ministério Público do Trabalho. *MPT Digital*. Elaboração própria.

Quanto às ações judiciais (AJs) promovidas pelo MPT-15 em meio ambiente do trabalho em 2013, convém esclarecer que a pesquisa analisou 141 (89,2%) casos, sendo 79 ações civis públicas (ACPs) e 62 execuções de TAC não cumprido (Quadro 3). Não puderam ser incluídas na análise 13 ações judiciais protegidas por segredo de Justiça ou sigilo, além de outras 4 que não são pertinentes.

Quadro 3 – Ações judiciais promovidas pelo MPT-15 em meio ambiente do trabalho em 2013

	N	%
Total de ações judiciais (ações civis e execuções)	158	100,0
Ações judiciais analisadas na pesquisa	141	89,2
- Ações civis públicas	79	50,0
- Execuções de TAC não cumprido	62	39,2
Ações judiciais não analisadas	17	10,8
- por acesso restrito (segredo de Justiça)	13	8,2
- porque o MPT apenas acompanhou e deu parecer	2	1,3
- porque se referiam a inquérito aberto em 2012	2	1,3

Fonte: Ministério Público do Trabalho. *MPT Digital*. Elaboração própria.

Portanto, a pesquisa analisou um total de 605 atuações do MPT-15 protocoladas em 2013: 464 termos de ajustamento de conduta (TACs) e 141 ações judiciais (AJs).



Quadro 4 – TACs e AJs analisados, considerando as subsedes do MPT-15

Sede e subsedes	Atuações	%	Procuradores	%
Campinas (sede)	173	28,6	35	57,4
Araçatuba	67	11,1	2	3,3
Araraquara	67	11,1	3	4,9
Bauru	74	12,2	4	6,6
Presidente Prudente	31	5,1	3	4,9
Ribeirão Preto	81	13,4	4	6,6
São José do Rio Preto	63	10,4	3	4,9
São José dos Campos	22	3,6	4	6,6
Sorocaba	27	4,5	3	4,9
Total	605	100,0	61	100,0

Fonte: Ministério Público do Trabalho. *MPT Digital*. Elaboração própria.

O Quadro 4 apresenta a distribuição dessas atuações em meio ambiente do trabalho de acordo com as subsedes do MPT-15, assim como a distribuição do número de procuradores. Nota-se que a região de Campinas (onde fica a sede do MPT-15) tem a maior parcela (28,6%) das atuações analisadas. Em seguida, aparecem Ribeirão Preto (13,4%), Bauru (12,2%), Araçatuba (11,1%), Araraquara (11,1%), São José do Rio Preto (10,4%), Presidente Prudente (5,1%), Sorocaba (4,5%) e São José dos Campos (3,6%). Também é importante frisar que a maioria (57,4%) dos procuradores está concentrada na sede e que parece haver um número insuficiente de procuradores alocados nas subsedes, o que pode limitar a atuação do Ministério Público do Trabalho na maioria dos municípios do interior do Estado de São Paulo.

Quadro 5 – TACs e AJs do MPT-15 em 2013, por ramo de atividade

Ramo de atividade	Atuações	%
Agronegócio	165	27,3
- Setor sucroalcooleiro	26	4,3
- Frigoríficos	23	3,8
Construção	110	18,2
- Construção civil	84	13,9
- Construção pesada	26	4,3
Indústria	150	24,8
- Indústria metalúrgica	34	5,6
- Indústria têxtil	17	2,8
- Indústria calçadista	15	2,5
Comércio	48	7,9
- Supermercado e hipermercado	20	3,3
Serviços	101	16,7



- Segurança e vigilância	28	4,6
- Transporte rodoviário	23	3,8
Administração pública	26	4,3
- Prefeituras	25	4,1
Outros ramos	5	0,8
Total	605	100,0

Fonte: Ministério Público do Trabalho. *MPT Digital*. Elaboração própria.

Outra informação relevante a respeito desse conjunto de atuações se refere ao ramo de atividade econômica da empresa investigada pelo MPT-15 (Quadro 5). Em 2013, mais de um quarto (27,3%) dos TACs e AJs em meio ambiente do trabalho analisados estavam relacionados com o agronegócio, sendo importante destacar que houve 26 atuações no setor sucroalcooleiro e 23 em frigoríficos. A indústria foi o segundo mais frequente, tendo motivado 24,8% das atuações nesta área, com destaque para 34 em empresas metalúrgicas, 17 em fábricas têxteis e 15 em fábricas de calçados. O ramo da construção também tem requerido bastante atenção dos procuradores (18,2% das atuações), sendo relevante mencionar que houve 26 atuações em construção pesada (em geral, grandes obras públicas que requerem um número elevado de trabalhadores). Em seguida vem o ramo de serviços com 16,7% das atuações, sendo 28 em empresas de segurança e vigilância e 23 em empresas de transporte rodoviário (de carga e de passageiros). Também merecem destaque as atuações que envolveram empresas no ramo do comércio (7,9%), sendo 20 em supermercados e hipermercados. Por fim, deve-se mencionar que 4,1% dessas atuações na área de saúde e segurança no trabalho foram direcionadas para prefeituras municipais.

Chama atenção a diversidade de ramos de atividade que motivaram uma atuação firme do MPT-15, sendo oportuno notar que 45,5% dos TACs e AJs em 2013 ocorreram em dois ramos de atividade (o agronegócio e a construção) identificados como focos principais da atuação na área de meio ambiente do trabalho. Mencione-se, ainda, que houve apenas 1 caso referente ao uso de amianto e 3 em serviços de telemarketing.

É preciso reconhecer que o agronegócio brasileiro se tornou imprescindível para a economia nacional. Segundo o Ministério da Agricultura, o Brasil promoveu “uma revolução verde no mundo” ao transformar o campo brasileiro e mudar a posição do país de grande importador a um dos maiores exportadores mundiais de alimentos. Além



de tudo, graças ao uso intensivo de tecnologia, obteve ganhos de produtividade e evitou maior desmatamento – de 1991 a 2017, a produção de grãos e oleaginosas subiu 312%, mas a área plantada cresceu apenas 61% (BRASIL, 2018).

Ao mesmo tempo, o agronegócio tem causado problemas. O Brasil é o país que mais desmatou em 34 anos (1982 a 2016), segundo um estudo realizado por meio de fotos de satélite, totalizando uma área de 399 mil km² de área arborizada (AGÊNCIA ANSA, 2018). Em 2016, o país foi o sétimo maior emissor dos gases que causam o aquecimento global. O setor agropecuário foi responsável por 74% das 2,3 bilhões de toneladas de CO₂ e outros gases lançados no ar. Também é o setor que torna o Brasil recordista mundial em violência no campo – 65 assassinatos apenas em 2017, segundo a Comissão Pastoral da Terra – e alimenta a corrupção, com mais de R\$ 600 milhões pagos em propina a políticos em 2014 somente pela JBS, segundo o professor da Universidade Federal de Minas Gerais, Raoni Rajão e o secretário-executivo do Observatório do Clima, Carlos Rittl (RAJÃO, RITLL, 2018).

Apenas como exemplo dos graves problemas da utilização do trabalho no agronegócio, em alguns casos analisados, constatou-se o óbito de trabalhadores durante a jornada no campo em decorrência do calor excessivo suportado sem a utilização de EPI- equipamento de proteção individual, durante a colheita manual de cana. Em uma das ações civis públicas analisadas, o procurador do trabalho é explícito em afirmar que a lógica capitalista de obtenção de lucro pela exploração física do trabalhador prevalece ainda, mesmo num contexto de pujança econômica do agronegócio:

Para o Órgão Ministerial, a omissão da ré não é acidental ou decorrente de um lapso perdoável, e, sim conduta intencional, pautada em critério econômico que objetiva manter baixo o custo da mão de obra de corte de cana - ainda que com o sacrifício da saúde e do bem-estar dos trabalhadores -, uma vez que sabem as empresas do setor que a principal forma de prevenção da fadiga em razão do calor é o estabelecimento de ciclos menores de trabalho ou a suspensão da atividade nos períodos mais quentes, sem prejuízo da remuneração, o que pode implicar a um só tempo redução do volume de cana cortada e aumento das despesas de produção. (Originária do Inquérito Civil nº 000044.2012.15.004/2 de Araçatuba/SP).

Sem dúvida, a tomada de decisões em prol da proteção da vida do trabalhador, por mais básico que possa soar, está sendo negligenciada em alguns segmentos do



agronegócio, por uma parte dos empregadores, causando óbitos ou lesões físicas graves, irreversíveis.

Quadro 6 – Incidência de irregularidade nos TACs e AJs analisados em 2013

Tipo de irregularidade	N	%
EPI e EPC – equipamentos de proteção individual e coletiva	329	20,5
Condições de trabalho e medidas gerais de proteção	323	20,1
Condições sanitárias, higiene e conforto no local de trabalho	239	14,9
Segurança de máquinas e equipamentos	187	11,7
Atividades perigosas e insalubres	177	11,0
PCMSO – programa de controle médico e saúde ocupacional	144	9,0
Acidente de trabalho típico ou equiparado	70	4,4
CIPA – comissão interna de prevenção de acidentes	59	3,7
Ergonomia	57	3,6
CAT – comunicado de acidente de trabalho	16	1,0
Trabalho em condições análogas às de escravo	4	0,2
Subtotal 1	1.605	100,0
Condições do contrato de trabalho	341	21,2
Terceirização ilegal	14	0,9
Assédio moral, abusos, assédio sexual	13	0,8
Outro	50	3,1
Subtotal 2	418	26,0
Total	2.023	126,0

Fonte: Ministério Público do Trabalho. *MPT Digital*. Elaboração própria.

Como se pode observar no Quadro 6, ali estão relacionadas as incidências das infrações que motivaram a apuração dos inquéritos analisados. Os dois tipos de irregularidade em meio ambiente do trabalho mais recorrentes em 2013 foram (i) falta de equipamentos de proteção individual (EPI) e coletiva (EPC); e (ii) condições de trabalho precárias em razão de ausência de medidas gerais de proteção. Esses tipos de irregularidades têm relação direta com a proteção da vida, saúde e dignidade das condições de trabalho.

Em relação ao item de maior incidência nos casos apurados, a falta de EPI e EPC para a segurança dos trabalhadores, se enquadram, além da ausência de equipamentos entregues individualmente por falta de investimento da empresa, a falta de manutenção das máquinas perigosas, como inspeção regular e inserção de dispositivos maquinários responsáveis pela contenção de pressão, transmissão de corrente elétrica, calor etc. Num dos casos analisados, onde se verificou o óbito de um trabalhador (explosão de caldeira que carecia de manutenção e válvula de controle de pressão) e a ameaça da



segurança de muitos outros ali locados, observa-se a falta de investimento do grande empregador, flagrado, nesta tragédia, em plena desobediência às normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho.

Segundo o Ministério Público do Trabalho da subsede de Bauru, nesta ação civil pública contra a Raizen Energia SA (Usina da Barra)¹⁰, “a situação do ambiente de trabalho descrita no relatório fiscal revela condições degradantes, o que se afigura profundamente lamentável, principalmente se comparada ao gigantesco porte da empresa requerida e seu perfil econômico-financeiro em face do cenário de produção de energia do planeta”. A empresa era requerida em 15 autos de infração quando a ocorrência da explosão da caldeira. O MPT requereu na Justiça uma indenização de 10 milhões de reais em danos morais coletivos. O processo foi julgado improcedente pela JT. O MPT não recorreu.

Em outro caso contra uma empresa do mesmo ramo, o MPT ingressou com ação civil pública requerendo uma indenização de 7 milhões de reais por danos morais coletivos em face da não observância de normas de proteção individual e coletiva. Em audiência, foi realizado um acordo entre as partes no valor de 200 mil reais (69.2013.15.001/6- MPT x Comanche Biocombustíveis).

Um segundo grupo de irregularidades também frequentes merece destaque: (iii) condições impróprias de saneamento, higiene e conforto no local de trabalho; (iv) precariedade na segurança de máquinas e equipamentos; (v) existência de atividades perigosas e insalubres; e (vi) ausência de programa de controle médico e saúde ocupacional (PCMSO).

Segundo relatos do procurador do trabalho e do auditor fiscal durante uma inspeção num inquérito que originou uma ação civil pública em Araraquara (contra uma empresa ferroviária), os trabalhadores não tinham acesso ao bem mais necessário à manutenção do bom funcionamento físico: água potável. Relatam que “a empresa apenas providenciou a aquisição de garrações para água após ter sido intimada pelo MPT, e, ainda, sem comprovar a efetiva entrega da água aos funcionários. Até janeiro de 2013 (aproximadamente 1 ano após o início das inspeções), o produto seguramente

¹⁰ Grande empresa do grupo econômico Cosan-Shell.



não era fornecido aos empregados, de modo que, para poderem beber água durante a jornada, precisavam comprar com o próprio dinheiro” (p. 3 da ACP do MPT contra América Latina Logística Malha Paulista SA).

Situações semelhantes foram encontradas em muitos procedimentos analisados, tendo em vista a incidência dos primeiros três tipos de irregularidades. Segundo o Quadro 10, mais de metade das incidências apuradas eram referentes à segurança individual e coletiva e condições de higiene e bem-estar dos trabalhadores, onde se enquadram falta de banheiro adequado, água potável, local para refeição e proteção térmica.

Um terceiro grupo de infrações, relativamente menos frequentes em 2013, foi composto por: (vii) ocorrência de acidente de trabalho típico ou equiparado; (viii) ausência de comissão interna de prevenção de acidentes (CIPA); (ix) problemas de ergonomia (descumprimento da NR-17 do Ministério do Trabalho, em especial no que se refere a esforços repetitivos, movimentação de cargas, posicionamento corporal, ritmo de trabalho, iluminação e temperatura ambiente); e (x) falta de comunicado de acidente de trabalho (CAT). Note-se, ainda, 4 casos em que foi constatado (xi) trabalho em condições análogas às de escravo.

Em relação ao trabalho em condições análogas às de escravo, o MPT lançou uma iniciativa importante, o Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil. Segundo esta plataforma, apenas no estado de São Paulo, 1.544 trabalhadores foram resgatados, no período de 2003 a 2017, e os ramos da atividade econômica mais atuados foram: 1) confecções; 2) criação de bovinos; 3) comércio de vestuário; 4) cultivo de arroz; e 5) construção civil (de edifícios).

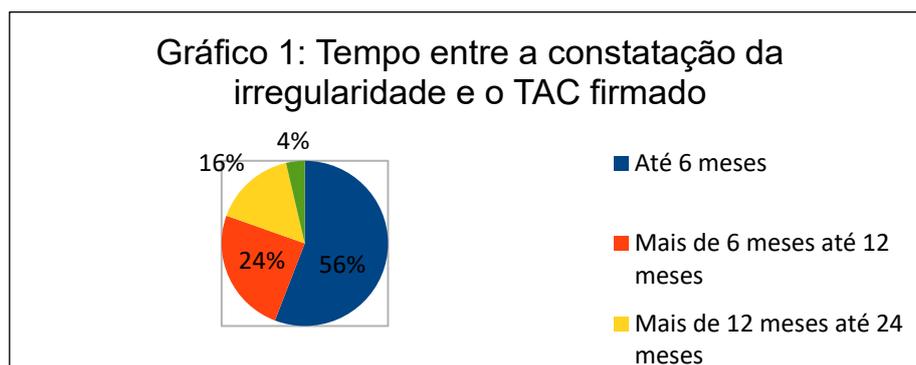
O Quadro 6 também permite constatar que muitos inquéritos em meio ambiente de trabalho encontraram outras irregularidades associadas, principalmente em relação a condições do contrato de trabalho (registro CTPS, remuneração, jornada, rescisão do contrato, menor de idade). Deve ser mencionada, ainda, a existência de poucos casos em que, além de problemas referentes à saúde e segurança dos trabalhadores, também havia ocorrido terceirização ilegal ou foi denunciado assédio moral ou assédio sexual.

É importante esclarecer que apenas 8,6% dos inquéritos apurados se referiam a empresas terceirizadas. Ou seja, em mais de 90% das atuações, a empresa denunciada



por desrespeito às normas legais em saúde e segurança no trabalho era a empregadora principal. Considere-se, ainda, que as atuações analisadas envolviam empresas dos mais diferentes tamanhos (pequeno, médio e grande porte).

O tempo durante o qual o inquérito civil em meio ambiente de trabalho fica em investigação até ser arquivado ou resultar num TAC ou numa AJ (ACP ou execução de TAC não cumprido) pode variar bastante, seja em razão da complexidade das irregularidades denunciadas, seja devido à maior ou menor sobrecarga de trabalho dos procuradores. No Gráfico 1, pode-se observar a distribuição dos Termos de Ajustamento de Conduta firmados em 2013 de acordo com o número de meses decorridos após a constatação da(s) irregularidade(s). Na maioria dos casos (55,8%), o TAC foi firmado em até 6 meses; 8 em cada 10 casos analisados foram firmados no período máximo de 1 ano. Por outro lado, um quinto dos TACs levou mais de 1 ano, sendo muito baixa a porcentagem (3,6%) dos que demoraram mais de 2 anos para serem firmados.



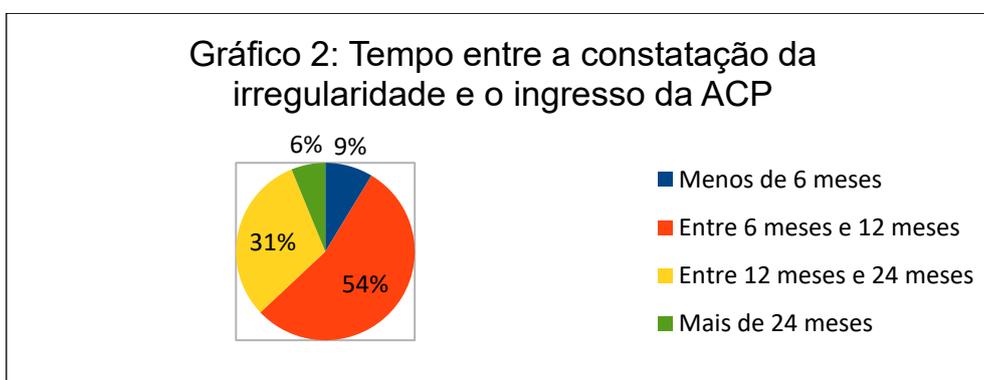
A celeridade das investigações e da tentativa de se firmar o TAC é importante pois quanto antes o problema for solucionado, mais rápido se eliminará ou minimizará o dano, o perigo ou a ameaça à saúde, segurança e bem-estar do trabalhador. Algumas situações merecem uma ação imediata, como, por exemplo, a paralisação de obras da construção civil quando constatadas em inspeção situações de alto risco, como quedas ou descargas elétricas.

Importante esclarecer que 9 em cada 10 TACs firmados estabeleciam o pagamento de multa. Ou seja, em alguns casos houve o entendimento de que não era pertinente aplicar uma multa, mas era necessário corrigir uma prática recorrente. O valor das multas previstas variou bastante (de R\$ 1 mil a R\$ 15 milhões), tendo em vista a gravidade da irregularidade e o porte da empresa, ficando muitas vezes atrelada ao



número de funcionários atingidos, ao número de itens descumpridos e/ou ao número de dias de descumprimento (astreintes).

O ingresso de Ação Civil Pública demora, em geral, um tempo maior. No Gráfico 2, nota-se a distribuição das ACPs promovidas pelo MPT-15 em 2013 de acordo com o número de meses decorridos após a constatação da(s) irregularidade(s). Apenas 8,6% das ACPs foram propostas com menos de 6 meses. Na maioria dos casos (54,3%), a promoção da ACP ocorreu entre 6 e 12 meses. Em 30,9% dos casos analisados o ingresso ocorreu no período entre 1 e 2 anos. E 6,2% das ACPs demoraram mais de 2 anos desde a constatação da ilegalidade.



Todas as ACPs promovidas estabeleciam o pagamento de multa. Mas, o valor das multas estabelecidas variou bastante: de R\$ 5 mil a R\$ 30 milhões. Geralmente esses valores são reavaliados na sentença e minimizados nos acordos firmados. O acordo firmado de maior valor analisado foi de 400 mil reais e acordo de menor valor foi de 3.000 reais. O acordo mais valioso já firmado pelo MPT-15 foi para encerrar o maior caso de trabalho análogo a escravo já flagrado pela instituição, 30 milhões de reais, numa ação originária de Araraquara (BRASIL, s.d.). No entanto, este caso não foi englobado por esta pesquisa por ser da base de 2014.

O Quadro 7 propicia uma visão dos resultados dos Termos de Ajustamento de Conduta firmados pelo MPT-15 na área de meio ambiente de trabalho em 2013. Ou seja, mostra se o desfecho ocorreu conforme o que foi acordado ou se houve algum tipo de desdobramento. Este é um dos pontos cruciais da pesquisa por indicar a eficácia da atuação do MPT no intuito de promover o cumprimento das normas. Quanto ao desfecho: dois terços (66,8%) dos TACs analisados foram cumpridos e arquivados; 15,3%



foram parcialmente cumpridos; 7,5% não foram cumpridos; e 10% tiveram outro desfecho (mas o primordial é a perda do objeto da ação pelo fechamento da empresa).

Quando o TAC não é cumprido ou é cumprido apenas parcialmente, o procurador pode reavaliar a situação, ou encaminhar diretamente para uma execução judicial, ou estabelecer um novo TAC, ou ainda realizar um acordo com a empresa. A realização de um novo TAC ou acordo com a empresa são medidas que julgamos ineficazes, pois se a empresa não cumpriu o primeiro TAC, deveria ter uma sanção imediata e não uma nova chance de transacionar direitos sem pagamento de multas ou reparação retroativa. Quando a empresa não é punida de forma exemplar pelo descumprimento da legislação, entendemos que esse mecanismo alimenta a cultura de impunidade, levando outras a agirem da mesma forma. Pior ainda, a situação dos trabalhadores é arrastada e não resolvida, podendo gerar mais danos à saúde e à segurança dos mesmos.

Em 2013, 57,1% dos TACs não cumpridos tiveram como desdobramento a execução judicial por iniciativa de procuradores do MPT-15 (14,1% no caso dos TACs parcialmente cumpridos). Por outro lado, 1 em cada 4 TACs parcialmente cumpridos teve como desdobramento a tentativa de encontrar uma solução negociada (acordo ou novo TAC). E chama a atenção a porcentagem (37%) de TACs não cumpridos que permaneceram aguardando encaminhamento pelo procurador responsável. Entendemos que essa alta porcentagem de TACs não cumpridos que não foram executados na Justiça do Trabalho representam um grande prejuízo aos trabalhadores e, mais uma vez, alimenta a cultura da impunidade. Se não há sanção quando do não cumprimento do TAC, a empresa não vislumbra obstáculos para continuar descumprindo a legislação. Em verdade, todos os TACs não cumpridos deveriam ser, após decorrido o prazo estabelecido pelo MPT, executados na Justiça do Trabalho. Aqueles parcialmente cumpridos merecem uma avaliação do procurador para que seja estabelecido um novo prazo para cumprimento total. Decorrido este prazo, a ação de execução também se torna mandatória.

Quadro 7 – Resultados dos TACs firmados em meio ambiente do trabalho em 2013

Tipo de desfecho	Desdobramento	N	%	%
Cumprido	Arquivado	310	66,8	



Parcialmente cumprido	Em investigação	44	9,5	62,0
	Execução judicial	10	2,2	14,1
	Novo TAC	11	2,4	15,5
	Acordo	6	1,3	8,5
	Soma	71	15,3	100,0
Não cumprido	Execução judicial	20	4,3	57,1
	Novo TAC	2	0,4	5,7
	Aguardando encaminhamento	13	2,8	37,1
	Soma	35	7,5	100,0
Outro		48	10,3	
Total		464	100,0	

Fonte: Ministério Público do Trabalho. *MPT Digital*. Elaboração própria.

Em relação às ações civis públicas promovidas pelo MPT-15 na área de meio ambiente de trabalho em 2013, a análise dos resultados deve ser feita com base no resultado das sentenças proferidas (Quadro 8). Em apenas 7,6% das sentenças a ACP foi considerada procedente; a mesma porcentagem corresponde às ACPs consideradas improcedentes. Em um terço (32,9%) dos casos as sentenças indicaram procedência parcial (15,2% sem recurso e 17,7% com recurso). E chama atenção a grande proporção (38%) de ACPs que foram solucionadas por meio de acordos, indicando uma propensão dos procuradores a buscarem acordos.

Quadro 8 – Sentenças das ACPs em meio ambiente do trabalho ajuizadas em 2013

Resultado da sentença	N	%
Procedente	6	7,6
Procedente em parte	26	32,9
- sem recurso	12	15,2
- com recurso	14	17,7
Improcedente	6	7,6
- sem recurso	2	2,5
- com recurso	4	5,1
Acordo	30	38,0
Terminativa sem análise do mérito	3	3,8
Pendente de julgamento	5	6,3
Outro	3	3,8
Total	79	100,0

Fonte: Ministério Público do Trabalho. *MPT Digital*. Elaboração própria.



Neste ponto, a pesquisa revela um aspecto que vai de encontro ao entendimento do senso comum dos procuradores de que a ação civil pública é ineficaz porque: 1) a Justiça do Trabalho não acolhe os pedidos formulados pelo MPT; 2) o ingresso da ação não resolve o problema dos trabalhadores porque é extremamente morosa¹¹. Ocorre que em 78,5% dos casos analisados, a ação civil pública pode ser considerada eficaz, uma vez que em 38% dos casos houve acordo (para cumprimento imediato) e em 40,5% dos casos houve sentença com procedência total ou procedência em parte, com ordem de cumprimento imediato. Quando há recurso, o cumprimento da sentença se dará, via de regra, a partir do julgamento do recurso. Mas o juiz cobrará a condenação de forma retroativa, o que, de certa forma, ameniza o tempo de espera.

De qualquer forma, após o ingresso da ação civil pública e da sentença favorável, a empresa não mais poderá se esquivar de suas obrigações. Os recursos meramente protelatórios podem acarretar à empresa condenação em litigância de má-fé, com a cominação de mais multas. Por estes motivos, entendemos que os procuradores poderiam utilizar mais intensamente da ação civil pública nos casos em que as infrações são graves ou em casos em que a empresa possui um grande poder econômico e tende a não atender o convite do MPT para realização de audiência e celebração do TAC, já que este depende da concordância voluntária da empresa investigada.

Ressaltamos que cada procurador é independente no exercício do cargo, não havendo regra que determine quando deve ingressar com uma ACP ou quando deve evitar esse procedimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se buscou examinar neste estudo foi a atuação do MPT-15, por meio dos conteúdos negociados nos termos de ajustamento de conduta (temas/problemas, multas, prazos, obrigações diversas) e requeridos nas ações civis públicas para compreender se são adequados como instrumento de concretização dos direitos trabalhistas frente ao comportamento persistente de grande parcela dos empregadores

¹¹ Na tese de doutorado que originou este artigo (PRONI, 2018), encontram-se as entrevistas realizadas com os procuradores que explicitam tal entendimento.



em descumprirem leis trabalhistas. Em todos os casos analisados, os conteúdos remetiam à legislação vigente relativamente ao tema ou irregularidade encontrada. As obrigações impostas aos empregadores e que foram elencadas nos TACs e nas ACPs eram, em todos os casos, uma ordem para o cumprimento da lei. Nestes quesitos, inquestionavelmente, o MPT cumpriu o seu papel e, na maioria das vezes, foi eficaz (ao menos formalmente) no que diz respeito a tomar providências apropriadas, conforme atestam os procedimentos pesquisados.

Uma advertência em relação a prazos: algumas atuações foram complacentes com a vagarosidade dos empregadores em ajustar a conduta, como foi observado em TACs não cumpridos que, em vez de serem executados na Justiça do Trabalho, foram novamente negociados extrajudicialmente, em forma de acordos ou novos TACs, mas podemos dizer que foram poucos (5,7% dos casos analisados). Ainda precisamos considerar que 37,1% dos TACs não cumpridos estavam aguardando encaminhamento. Mas, analisando o cômputo geral, podemos frisar que, em relação a prazos para cumprimento das obrigações, até o final de 2016, 12,3% dos TACs analisados estavam com uma tolerância da instituição para aguardar o ajuste da conduta das empresas.

Em contrapartida, no cômputo geral, 66,8% dos TACs foram cumpridos integralmente pelas empresas, motivo pelo qual podemos afirmar que a conduta do MPT foi eficaz nesta proporção. No entanto, em 15,3% dos casos, os TACs foram cumpridos de forma parcial, ensejando as medidas de coerção como execução ou nova negociação. Dentre estes parcialmente cumpridos, uma grande parte dos TACs, em vez de serem executados na Justiça, estavam ainda sob investigação/averiguação, por conta de ainda haver chance de adequação da parte deficiente: 62% (de 15,3% do cômputo geral), indicando uma tolerância que precisa ser alvo de reflexão.

Em relação aos TACs não cumpridos, a pesquisa apurou que 57,1% foram encaminhados para serem executados (cobrados) na Justiça do Trabalho. Dentre os parcialmente cumpridos, 14,1% foram executados na Justiça. Mais uma vez destacamos uma quantidade substantiva de TACs não cumpridos aguardando providências/encaminhamento para cobrança ou nova negociação: 37,1% dentre os que não foram cumpridos. Este número é relativizado quando consideramos que representam 2,8% no geral.



De uma forma geral, concluímos que o TAC é uma medida importante de ajustamento da conduta do empregador, mas deve ser cobrado/executado na Justiça de forma célere quando verificado o seu descumprimento, sob pena de perder-se seu poder de ajuste, indicando ao empregador que o descumprimento daqueles compromissos acordados não acarretará maiores consequências.

Em relação à eficácia da atuação do MPT-15 nas ações civis públicas, vislumbramos a oportunidade de oferecer uma análise empírica que contraria o senso comum dos procuradores, tendo em vista que impera um entendimento equivocado de que a ação civil pública não tem acolhida na Justiça do Trabalho e que levar o conflito à instância judicial não resolve o problema do descumprimento, além de ficar sujeito à morosidade da Justiça do Trabalho. No entanto, a pesquisa apurou que 7,6% foram julgadas totalmente procedentes, 32,9% foram julgadas procedentes em parte e 38% das ações foram imediatamente resolvidas por acordo em audiência, totalizando 78,5% de êxito (pleno ou parcial) nas ações propostas. Esse número é bastante importante e revela que a Justiça do Trabalho, ao contrário do que revelam os procuradores, está bastante receptiva à atuação do MPT (obviamente sem se furtar da análise minuciosa do mérito de cada caso), pelo menos no que se refere à segurança e à saúde dos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA ANSA. Brasil é o país que mais desmatou em 34 anos, aponta estudo. **Revista Época Negócios**. Rio de Janeiro, 20 ago. 2018. Disponível em:

<<https://epocanegocios.globo.com/Vida/noticia/2018/08/brasil-e-o-pais-que-mais-desmatou-em-34-anos-aponta-estudo.html>>. Acesso em: 15 out. 2018.

BALTAR, P. et al. O trabalho no governo Lula: uma reflexão sobre a recente experiência brasileira. **Global Labour University Working Papers**, no. 9, may 2010.

BIAVASCHI, Magda Barros. **O direito do trabalho no Brasil: 1930-1942 – construindo o sujeito de direitos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2007.



_____. Relações e condições de trabalho no Brasil contemporâneo: garantir direitos e promover a igualdade. In: KREIN, José Dari; SANTANA, Marco Aurélio; BIAVASCHI, Magda B. (Orgs.). **Vinte anos da Constituição cidadã no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010. pp. 144-160.

_____. **A terceirização e a Justiça do Trabalho**: diversidades regionais. FAPESP n.2010/50251-1, Programa CESIT/IE-FAPESP, 01 de junho de 2010 a 30 de junho de 2012.

_____. Regulação do Trabalho e Instituições Públicas. KREIN, José Dari (et al.) **O capitalismo contemporâneo e as novas formas de contratação da força de trabalho**: a terceirização. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo: 2013.

BRASIL. MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E DESENVOLVIMENTO. **Em Paris, Maggi destaca avanços do agro brasileiro e o respeito ao meio ambiente**, Brasília, 22 mai. 2018. Disponível em: <<http://www.agricultura.gov.br/noticias/em-paris-maggi-fala-dos-avancos-do-agro-brasileiro-e-de-respeito-ao-meio-ambiente>>. Acesso em: 15 out. 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Grupo Odebrecht paga R\$ 30 milhões para encerrar ação por trabalho escravo. Campinas, s.d. Disponível em: <<http://prt15.mpt.gov.br/informe-se/procuradores/2-uncategorised/604-grupo-odebrecht-paga-r-30-milhoes-para-encerrar-acao-por-trabalho-escravo>>. Acesso em: 15 out. 2018.

CUNHA, Luciana Gross. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Desempenho judicial, o quanto a sociedade confia e como avalia o Poder Judiciário brasileiro. In: **Manual de Sociologia Jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

POULANTZAS, Nicos. **Poder político e classes sociais**. São Paulo: Martins Fontes, 1977.



_____. **O Estado, o poder, o socialismo**. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PRONI, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt. **Atuação do Ministério Público do Trabalho: uma análise da eficácia e dos limites das intervenções em saúde e segurança na 15ª Região (2013-2016)**. Tese de doutorado. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas- IFCH: Unicamp, 2018.

RAJÃO, Raoni; RITTL, Caolos Rittl. “O agronegócio brasileiro é uma potência, mas se tornou uma ameaça”, diz artigo. **Carta Capital**, São Paulo, 22 fev. 2018. Disponível em: <<http://envolverde.cartacapital.com.br/o-agronegocio-brasileiro-e-uma-potencia-mas-se-tornou-uma-ameaca-diz-artigo>>. Acesso em: 15 out. 2018.

SADEK, Maria Tereza. Estudos sobre o sistema de justiça. In: MICELI, Sérgio. **O que ler na ciência social brasileira?** São Paulo: Sumaré, 2002, v. IV.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).





Recebido em: 22.10.2018
 Aceito em: 07.12.2018

DOI: <http://doi.org/10.33239/rtdh.v1i1.20>

1 Consultor jurídico, advogado, procurador regional do trabalho aposentado, Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP e professor titular no Mestrado do Centro Universitário UDF e da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (SP), membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e autor de livros jurídicos, entre outros, "Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador e Ações acidentárias na Justiça do Trabalho"

<https://orcid.org/0000-0003-3835-7040>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Reflexões e propostas para melhoria das perícias médicas na Justiça do Trabalho

Reflections and proposals for the improvement of technical expertise within the Labor Justice

Reflexiones y propuestas para mejorar las pericias médicas em la Justicia del Trabajo

Raimundo Simão de Melo¹

RESUMO

O artigo tem como objetivo propor sugestões de melhoria para as perícias técnicas realizadas no âmbito da Justiça do Trabalho, considerando-se que a atividade é essencial para a preservação e promoção do meio ambiente de trabalho sadio e seguro e também para a obtenção de provimentos jurisdicionais justos em casos que envolvam a temática dos acidentes de trabalho. Por meio de análise crítica, é observado que a nomeação particular de peritos constitui risco de comprometimento da imparcialidade dos *experts*, indicando-se alternativas para o recrutamento de peritos técnicos. Além disso, ainda são elencadas diretrizes para o próprio desempenho da atividade pericial, versando-se, ainda, sobre as possibilidades de atuação do Juízo em face dos laudos elaborados, uma vez que o Magistrado poderá optar por designar novas perícias e até mesmo demandar a oitiva dos especialistas para a formação do seu convencimento. Observados estes dados, e também por meio da análise de jurisprudência, chega-se à conclusão de que tais medidas teriam o condão de dificultar o tráfico de influências nas atividades periciais, aumentando a qualidade técnica dos pareceres e dando maior credibilidade a esta importante função jurisdicional, que também restou prejudicada por alterações trazidas pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017).

PALAVRAS-CHAVE: Acidente. Trabalho. Perícia médica. Justiça do Trabalho.

ABSTRACT

The purpose of this article is to offer suggestions about improvement of the technical expertise carried out within the Labor Justice, considering that the activity is essential to the preservation and promotion of a healthy and safe working environment and for obtaining fair legal decisions in cases involving the issue of occupational accidents. Through a critical analysis, it is observed that the appointment of private experts constitutes a risk that compromises their own impartiality, being indicated alternatives for the recruitment of technical experts. In addition, guidelines for the expert's activity are listed, as well as the Judges' possibilities of action towards the technical reports made by the experts, since the Magistrate may choose to appoint new experts and even hear the experts to form their conviction. Based on these data and on the analysis of legal decisions, it is concluded that such measures would make it difficult for cases of corruption in expert activities to happen, increasing the technical quality of expert opinions and giving greater credibility to this important jurisdictional function, which has also been compromised by changes brought about by the Labor Reform (Law 13467/2017).

Keywords: Work accident. Labour. Medical expertise. Labour Justice.

RESUMEN

El artículo tiene como objetivo proponer sugerencias de mejora para las pericias técnicas realizadas en el ámbito de la Justicia del Trabajo, considerando que la actividad es esencial para la preservación y promoción del medio ambiente de trabajo sano y seguro y también para la obtención de pruebas jurisdiccionales justas en casos que involucren la temática de los accidentes de trabajo. Por medio de análisis crítico, se observa que la indicación particular de los expertos constituye un riesgo de comprometimiento de su imparcialidad y, por ello, son indicadas alternativas para el proceso de selección de los expertos técnicos. Además, están listadas directrices para el desarrollo de la actividad pericial, sugiriéndose posibilidades de actuación del Juez frente a los laudos elaborados, una vez que el Magistrado podrá designar nuevas pericias e incluso demandar nuevas pericias o escuchar otros especialistas para la formación de su convencimiento. Observados estos datos y también por medio de análisis de jurisprudencia se concluye que tales medidas tendrían como objetivo dificultar el tráfico de influencias en las actividades periciales, aumentándose la calidad técnica de los pareceres y dándose mayor credibilidad a esta importante función jurisdiccional que también se quedó perjudicada por cambios traídos por la Reforma Laboral (Ley 13.467 / 2017).

PALABRAS CLAVE: Accidente. Trabajo. Pericia médica. Justicia del Trabajo.

INTRODUÇÃO

Cabe pontuar inicialmente que o tema afeto às perícias médicas na Justiça do Trabalho envolve questões relativas ao meio ambiente do trabalho e à saúde dos trabalhadores e, por isso, configura-se como questão de ordem pública, com *status* constitucional (CF, arts. 7º e incisos XXII e XXVIII, 196 e 225, entre outros), envolvendo atores públicos e privados com vistas a prevenir e eliminar os gravames à saúde dos trabalhadores, oriundos do mundo do trabalho.

Em que pesem os esforços empregados por instituições públicas e privadas, por circunstâncias ligadas ao modo de execução do trabalho nos estabelecimentos empresariais, muitos trabalhadores têm sido vítimas de acidentes do trabalho e de doenças ocupacionais em números crescentes, colocando o Brasil no *ranking* mundial como recordista em acidentes e doenças ocupacionais.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho - OIT - "As doenças profissionais continuam sendo as principais causas das mortes relacionadas com o trabalho. Segundo estimativas da OIT, de um total de 2,34 milhões de acidentes de trabalho mortais a cada ano, somente 321.000 se devem a acidentes. Os restantes 2,02 milhões de mortes são causadas por diversos tipos de enfermidades relacionadas com o trabalho, o que equivale a uma média diária de mais de 5.500 mortes. Trata-se de um *déficit* inaceitável de Trabalho Decente. A ausência de uma prevenção adequada das enfermidades profissionais tem profundos efeitos negativos não somente nos trabalhadores e suas famílias, mas também na sociedade devido ao enorme custo gerado, particularmente no que diz respeito à perda de produtividade e a sobrecarga dos sistemas de seguridade social. A prevenção é mais eficaz e tem menos custo que o tratamento e a reabilitação. Todos os países podem tomar medidas concretas agora para melhorar sua capacidade de prevenção das enfermidades profissionais ou relacionadas com o trabalho" (OIT, 2013).

Perante o Poder Judiciário Trabalhista, na maioria das demandas judiciais objetiva-se a reparação pelos danos sofridos pelos trabalhadores (estético, material e moral) e a garantia de emprego de trabalhadores lesionados despedidos, assegurada no art. 118 da Lei n. 8.213/91 e em normas coletivas de trabalho conquistadas pelos trabalhadores através dos seus sindicatos



profissionais, que asseguram às vítimas de acidentes laborais e doenças ocupacionais estabilidade no emprego.

Sabe-se que em lides judiciais envolvendo acidentes e doenças do trabalho, para aferição do nexo de causalidade e incapacidade laborativa, o Poder Judiciário utiliza-se de prova técnica pericial, oportunidade em que são nomeados profissionais particulares não investidos em cargo ou emprego público, para a realização de perícias e assistência ao Juízo.

O perito judicial tem importante papel como auxiliar da Justiça e, por isso, deve gozar da confiança do Juiz que o nomeia para auxiliá-lo em questões técnicas que não são de domínio do conhecimento do Magistrado. Assim, para fazer um julgamento correto de determinadas questões o juiz precisa do apoio desse profissional, cuja conclusão, embora não vincule o juiz, é de grande importância para a decisão da questão posta perante o Judiciário e para ser feita a devida justiça, que é o papel do julgador.

O resultado do trabalho do perito, expresso no laudo pericial, tem o potencial de influenciar decisivamente o Magistrado na formação de sua convicção. Por isso, a perícia é uma das provas mais sensíveis do processo civil, digna de merecer a devida atenção do Judiciário, a começar pelos critérios de escolha do perito, o qual deve ser, necessariamente, um *expert* no tema objeto de elucidação técnica ou científica.

Na Justiça do Trabalho poucas não são as questões em que o Juiz necessita do auxílio de um perito, como, por exemplo, nas ações que têm como objeto o pagamento de adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, sobre pleitos de reintegração no emprego de acidentados e, depois da Emenda Constitucional n. 45/2004, todas as ações envolvendo reparações acidentárias por danos material, moral, estético e pela perda de uma chance e as ações coletivas sobre meio ambiente do trabalho em face dos empregadores.

Fácil não tem sido para a Justiça do Trabalho administrar as questões envolvendo a atuação dos peritos e respectivos assistentes técnicos, especialmente depois que as ações acidentárias passaram para sua competência e formaram um importante volume de demandas. Essas questões envolvem, desde a falta de peritos em determinadas Comarcas, até a desconfiança em alguns profissionais, os quais não honram o importante papel de auxiliar da Justiça.

Sabe-se que o atual quadro de peritos médicos trabalhistas é composto, em grande medida, por profissionais com forte ligação com o setor empresarial. Alguns chegam a compor,



ao mesmo tempo, o Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho (SESMT), na qualidade de prestadores de serviços de empresas comumente demandadas, e até mesmo figurando como assistentes técnicos dessas empresas em perícias judiciais.

A par dessa situação desconfortável e comprometedora para o resultado imparcial e isento dos peritos, constitui fato público e notório, veiculado pela mídia em 31/05/2016, que o Ministério Público Federal e a Polícia Federal deflagraram a “Operação Hipócritas”, cumprindo mandados de prisão preventiva, condução coercitiva e busca e apreensão em Campinas e em várias outras cidades do Estado de São Paulo, contra a investigada prática de crimes em processos trabalhistas, que envolvem perícias judiciais, conforme noticiou a imprensa e consta no *site* do Ministério Público Federal (MPF) em São Paulo. Conforme divulgado pelo MPF, muitos profissionais médicos, peritos e assistentes técnicos, numa relação de grande promiscuidade, vinham agindo em desfavor dos trabalhadores reclamantes vítimas de acidentes e de doenças do trabalho e noutras questões envolvendo o meio ambiente do trabalho, elaborando perícias negativas (BRASIL, 2016).

Em razão dessas conclusões periciais falsas e criminosas, esses profissionais assinaram laudos de forma contrária à real situação dos trabalhadores, os quais, por conta do resultado fraudulento das perícias tiveram seus pleitos julgados improcedentes perante a Justiça do Trabalho. Ou seja, os reclamantes que passaram pelas mãos desses profissionais desonestos da medicina, que tiveram negados os justos pleitos pela Justiça Especializada, sentiram-se injustiçados, porque sabem que foram prejudicados maliciosamente e, com isso, findam por desacreditar no Poder Judiciário Trabalhista, cujos Magistrados estão sendo enganados por meio de perícias fraudulentas.

Na operação do Ministério Público Federal e da Polícia Federal foi revelado um mega esquema de corrupção, pagamento de propina e fraude em laudos periciais da Justiça do Trabalho. Segundo o MPF, por meio de advogados e assistentes técnicos, empresas pagavam suborno para peritos manipularem laudos médicos em benefício delas e contra os trabalhadores. Um dos investigados é suspeito de ter fraudado pelo menos 100 perícias e se a Operação Hipócritas comprovar esta situação, apenas este envolvido pode ser condenado a mais de 200 anos de prisão.



Como se vê, as principais vítimas do esquema criminoso nas perícias envolvendo alguns profissionais desonestos são os trabalhadores, que perdem os processos de insalubridade, periculosidade, de reintegração no emprego e de indenizações acidentárias.

Também perde o Judiciário trabalhista, que tem a sua imagem manchada indevidamente, porque quem julga os processos não são os peritos, mas, os Juízes do trabalho, com base nos resultados das perícias, que, se falsas, maculam os julgamentos e enganam os julgadores, que confiaram no seu “perito de confiança”.

Quando a perícia não cumpre os pressupostos mínimos de idoneidade da prova técnica, ela é produzida de maneira a furta do Magistrado o seu poder de decisão justa, o que mancha de forma indelével a imparcialidade do Judiciário na visão do jurisdicionado, pelo que, é da Justiça do Trabalho o grande interesse na adoção de medidas no seu âmbito de atuação administrativa, para coibir práticas criminosas de peritos que se dizem de confiança do juiz, mas que, na verdade, agem para manchar o nome dos profissionais peritos honestos e do Judiciário.

O fato é que muitos trabalhadores lesionados, portadores de doenças relacionadas ao trabalho (doenças de ordem física e psíquica) são demitidos por empresas que se negam a emitir CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho), sub-notificam o INSS acerca das lesões ocupacionais e, por fim, quando do ajuizamento das inevitáveis ações trabalhistas, submetem-se a uma verdadeira fraude processual para não arcarem com suas responsabilidades legais.

A par dessa situação, com graves consequências para as vítimas de acidentes e doenças do trabalho, para a imagem da Justiça do Trabalho e para a sociedade, propõe-se no presente trabalho discutir aspectos envolvendo as perícias na Justiça do Trabalho e apresentar sugestões e soluções sob os pontos de vista administrativo e processual.

Para tanto, denunciados os problemas que têm envolvido perícias médicas na Justiça do Trabalho e feita a análise dos fatos que as envolvem, dos problemas enfrentados pela atuação incorreta dos peritos, serão discutidas e apresentadas sugestões e propostas para se resolver esses problemas, tudo na forma da lei processual civil e da Resolução n. 233/2016 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ.

1 PROPOSTAS PARA MELHORIA DAS PERÍCIAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

1.1 Criação de quadro próprio de peritos na Justiça do Trabalho



De conformidade com o Código de Processo Civil brasileiro, a perícia é um dos meios de prova, ao lado das provas documental, testemunhal e outros meios probatórios admitidos no nosso direito. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação (CPC, art. 464) e será deferida pelo juiz quando o fato depender de conhecimento especial de técnico, for necessária para o esclarecimento da lide e se verificar ser praticável na espécie.

Diante da importância da prova pericial como meio auxiliar e indispensável em certos casos à atuação judicial dos Juízes, a Justiça do Trabalho deve ter um quadro próprio de peritos selecionados por concurso público de provas e títulos, como qualquer outro servidor público. Essa parece ser a solução mais adequada e segura para evitar corrupção dos peritos, porque quem presta concurso público tem maior responsabilidade, incorpora-se ao serviço público, faz carreira e, em regra, não participa de esquema delituoso nas suas funções.

É certo que essa solução não será implementada isoladamente por uma Região, mas, pela Justiça do Trabalho como um todo, a partir do Tribunal Superior do Trabalho. Todavia, as experiências ruins que muitos Juízes estão enfrentando, com problemas que ainda vão enfrentar, certamente servirão de razão e fundamento para o convencimento do C. TST, a quem incumbe apresentar o respectivo Projeto de criação de vagas para peritos judiciais.

Uma ideia seria os tribunais regionais fomentarem a discussão sobre o tema e submetê-lo ao Colégio de Presidentes e Corregedores dos Tribunais Regionais do Trabalho (COLEPRECOR), para, se se convencer da presente ideia, apresentar e discutir a implementação dessa e de outras soluções, pois como se sabe, outros muitos problemas envolvendo perícias judiciais existem nas regiões da Justiça do Trabalho por esse Brasil a fora. O caminho na defesa dessa solução será trabalhoso e muitas dificuldades serão apresentadas, mas parece ser esta uma solução mais segura para evitar a corrupção de peritos, cujas experiências noutros ramos do Judiciário brasileiro poderão ser observadas pelos interessados na solução do problema.

1.2 Cadastro de peritos

Enquanto não for criado o quadro próprio de peritos, para dificultar o tráfico de influência e corrupção destes, é aconselhável e necessário que a Justiça do Trabalho elabore um cadastro de peritos em cada Região.



Na forma do art. 156 e §§ do NCPC será condição para nomeação desses profissionais a sua inscrição em cadastro mantido pelo tribunal, que, pelos princípios da publicidade e da impessoalidade, a elaboração de tal cadastro deverá ser precedida de consulta pública, por meio de divulgação na *internet* ou em jornais de grande circulação, além de consulta direta a universidades e conselhos de classe, nos termos do § 2º do citado art. 156.

Os interessados deverão apresentar currículo com histórico de atuação profissional e ser entrevistados por uma comissão de Juízes do Trabalho, que os escolherá ou não por critérios exclusivamente objetivos, sendo de bom alvitre a participação nessa comissão de gestores do Projeto Trabalho Seguro do C. TST, nos regionais e nas Varas do Trabalho.

Depois disso, o perito terá o seu trabalho acompanhado pelo Juiz que o nomear, com avaliações e reavaliações periódicas, para manutenção do cadastro, considerando a formação profissional, a atualização do seu conhecimento e a experiência dos peritos interessados, conforme estabelece o § 3º do art. 156 do NCPC.

Em nenhuma hipótese deve ser delegada a escolha do perito a qualquer outro servidor público que não o Magistrado, pois ele será um auxiliar de confiança do Juiz, que deve realizar encontros rotineiros com os seus peritos de confiança para orientá-los na atuação pericial. O perito, como importante auxiliar do Juiz, não pode “ficar solto”. Ele tem que ser acompanhado e vigiado pelo Juiz, porque num país como o nosso, em que muitos acreditam na impunidade, os convites à corrupção são fartos, especialmente envolvendo perícias acidentárias em ações que podem levar não só à condenação das empresas em grandes quantias de dinheiro, como ainda, ao reconhecimento de estabilidades no emprego aos trabalhadores vítimas de acidentes e de doenças do trabalho.

Para regulamentar o tema do cadastro de perito foi feita a Resolução n. 233/2016 pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dispondo sobre a criação de cadastro de profissionais e órgãos técnicos ou científicos no âmbito da Justiça brasileira de primeiro e segundo graus.

Assim, estabelece o art. 1º dessa Resolução que “Os tribunais brasileiros instituirão Cadastro Eletrônico de Peritos e Órgãos Técnicos ou Científicos (CPTEC), destinado ao gerenciamento e à escolha de interessados em prestar serviços de perícia ou de exame técnico nos processos judiciais, nos termos do art. 156, § 1º, do Código de Processo Civil”.

Para formação do cadastro, os tribunais deverão realizar consulta pública, por meio de divulgação na rede mundial de computadores ou em jornais de grande circulação, além de



consulta direta a universidades, a entidades, órgãos e conselhos de classe, ao Ministério Público, à Defensoria Pública e à Ordem dos Advogados do Brasil, para a indicação de profissionais ou de órgãos técnicos interessados.

Os tribunais manterão disponíveis, em seus sítios eletrônicos, a relação dos profissionais e órgãos cujos cadastros tenham sido validados, sendo que as informações pessoais e o currículo dos profissionais serão disponibilizados, por meio do CPTEC, aos interessados, conforme estabelece o § 2º do art. 157 do CPC, e aos magistrados e servidores do respectivo tribunal.

Os tribunais poderão criar comissões provisórias para análise e validação da documentação apresentada pelos peritos e os tribunais realizarão avaliações e reavaliações periódicas, para manutenção do cadastro, relativas à formação profissional, ao conhecimento e à experiência dos peritos e órgãos cadastrados.

Assim, cumpridas as determinações legais e orientações estabelecidas pelo CNJ, haverá publicidade e maior transparência sobre os peritos nomeados pelos Juízes do Trabalho.

1.3 Convênios com Universidades e outros órgãos e entidades

A Justiça do Trabalho pode, enquanto não criar o seu quadro próprio de peritos, para evitar ou ao menos dificultar as falcatruas e corrupção de alguns profissionais particulares, fazer convênios com Universidades públicas e particulares e com outros órgãos e instituições, para que estes indiquem profissionais para fazerem perícias judiciais. Por exemplo, existe o Instituto de Pesquisas Tecnológicas - IPT -, vinculado à Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Ciência, Tecnologia e Inovação do Estado de São Paulo, que há mais de cem anos colabora para o processo de desenvolvimento do País, o qual já fez convênio com o Ministério Público do Trabalho da 15ª Região no campo de perícias ambientais.

Os peritos conveniados desses órgãos poderão ser nomeados de forma intercalada com os particulares, especialmente nas perícias dos processos de grandes empresas com demandas de ações, inclusive para as ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho e por sindicatos profissionais.



2 ASPECTOS PROCESSUAIS SOBRE A PROVA PERICIAL

Com relação à prova pericial na Justiça do Trabalho, especialmente no tocante aos acidentes e doenças do trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - não trata do assunto. Apenas a Lei n. 5.584/70 diz que “os exames periciais serão realizados por perito único designado pelo Juiz, que fixará o prazo para entrega do laudo” (art. 3º) e que “permitir-se-á a cada parte a indicação de um assistente, cujo laudo terá que ser apresentado no mesmo prazo assinado para o perito, sob pena de ser desentranhado dos autos” (§ único).

Assim, por força do que dispõe o art. 769 da CLT, deve-se aplicar às perícias judiciais, inclusive naquelas sobre acidentes e doenças do trabalho, o Código de Processo Civil, que no art. 464 e seguintes regulamenta o assunto.

Nas ações perante a Justiça do Trabalho envolvendo acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, os pleitos são de indenizações por responsabilidade civil (danos moral, material e estético e pela perda de uma chance) e de reintegração no emprego, neste último caso, com base no art. 118 da Lei n. 8.213/1991 e em normas coletivas, que asseguram estabilidade provisória no emprego aos trabalhadores acidentados ou portadores de doenças ocupacionais.

O objeto da perícia nas ações acidentárias envolve a verificação do nexo causal ou concausal, a existência de dano e sua extensão, a incapacidade da vítima, total ou parcial, provisória ou permanente para o trabalho e a possibilidade de readaptação noutra função na empresa.

É de suma importância a perícia nas ações acidentárias para o deslinde da causa, embora, como será tratado mais adiante, não seja a perícia o único meio de prova. A perícia, por óbvio, será feita por profissional habilitado e que tenha conhecimentos técnicos que o Juiz não tem. Por isso, o perito é importante auxiliar do juiz.

No art. 2º da Resolução n. 1.488/1998 do Conselho Federal de Medicina, foi estabelecido o procedimento que o médico perito deve adotar, porque normalmente são vários os fatores responsáveis por um evento acidentário, *in verbis*:

“Para o estabelecimento do nexo causal entre os transtornos de saúde e as atividades do trabalhador, além do exame clínico (físico e mental) e os exames complementares, quando necessários, deve o médico considerar:



- I — a história clínica e ocupacional, decisiva em qualquer diagnóstico e/ou investigação denexo causal;
- II — o estudo do local de trabalho;
- III — o estudo da organização do trabalho;
- IV — os dados epidemiológicos;
- V — a literatura atualizada;
- VI — a ocorrência de quadro clínico ou subclínico em trabalhador exposto a condições agressivas;
- VII — a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros;
- VIII — o depoimento e a experiência dos trabalhadores;
- IX — os conhecimentos e as práticas de outras disciplinas e de seus profissionais, sejam ou não da área da saúde”.

Quer dizer, não basta, para um resultado correto e justo da situação da vítima o seu exame clínico. Cabe ao perito, no caso de acidente ou doença do trabalho, além disso, fazer exames clínicos (físico e mental), exames complementares, quando necessários, bem como verificar a história clínica e ocupacional da vítima, o estudo do local de trabalho, da organização do trabalho, dos dados epidemiológicos, a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros a que esteve ou esteja exposta a vítima, entre outros fatores decisivos para a sua conclusão e para a formação da convicção do juiz.

2.1 Nomeação de perito que tenha atuado como assistente técnico de empresas ou no SESMET

Como indicativo da Operação Hipócritas, faz sentido que os profissionais que atuem ou tenham atuado como assistentes técnicos de empresas ou composto o quadro funcional delas ou do SESMET nutram facilidades para alimentar e executar influência e promiscuidade sobre os resultados finais das perícias em favor das empresas que os contratam ou lhes pagam propinas. Desta forma, esses profissionais não devem ser nomeados como peritos do Juiz ou devem se submeter a um período de “quarentena” de ao menos três anos, como ocorre com os membros do Judiciário e do Ministério Público que se aposentam e voltam a exercer a advocacia.

Sendo livre a nomeação desses profissionais, o sistema poderá contribuir para alimentar redes de promiscuidade e de corrupção, que tomaram conta de alguns peritos que atuam perante a Justiça do Trabalho, diante da possibilidade que um profissional que atue como perito judicial possa atuar como assistente técnico nomeado por uma parte, desde que em órgãos judiciários e processos distintos. “Esta situação cria uma certa relação de promiscuidade entre



tais profissionais, que por vezes alternam as funções de perito e assistente técnico em diferentes processos. Esta 'mescla' de tarefas facilita o esquema de corrupção e prejudica a imparcialidade do perito”, avalia o Procurador da República Fausto Kozo Kosaka, que coordena a mencionada investigação (BRASIL, 2016).

2.2 Especialidade do perito

A nomeação de perito não especializado na matéria objeto da perícia tem causado muitos problemas no resultado final, com prejuízos às partes, especialmente aos trabalhadores. No campo trabalhista existe a cada dia situações de maior complexidade, por exemplo, nas ações acidentárias. Essas ações podem envolver múltiplos aspectos, como, por exemplo, doenças osteomusculares e transtornos mentais, devendo ser nomeado um profissional especializado para cada problema, como estabelece a lei (art. 475 do NCPC). Não pode outro profissional que não um psiquiatra concluir sobre o nexo causal de uma doença mental, como tem acontecido na prática, e, como regra, com a negação do nexo causal com as condições de trabalho. Isso causa prejuízo irreparável para o resultado do processo e de um julgamento justo para os trabalhadores adoecidos em razão das condições agressivas de trabalho.

2.3 Perícia clínica e no local de trabalho

Não são poucas as perícias acidentárias na Justiça do Trabalho em que os peritos não reconhecem o nexo causal ou concausal do acidente com as condições de trabalho ou dizem que não existe incapacidade da vítima para o trabalho, às vezes apenas com base num exame clínico, quando deveriam concluir de forma contrária. Essa parece ter sido a saída encontrada por peritos investigados na Operação Hipócritas para favorecer empresas e prejudicar os trabalhadores, conforme resultados parciais da investigação até agora empreendida pelo Ministério Público Federal.

Com efeito, na forma do art. 2º da Resolução n. 1.488/1998 do Conselho Federal de Medicina, o médico perito deve adotar no procedimento pericial, para estabelecer o nexo causal ou concausal entre os transtornos de saúde e as atividades do trabalhador, além da avaliação clínica (física e mental), exames complementares e o estudo do local e da organização do



trabalho, a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros e tomar o depoimento e a experiência dos outros trabalhadores, o que somente é possível fazendo diligências na empresa acompanhado do trabalhador, dos seus assistentes técnicos e advogado, numa paridade de armas, porque as empresas colocam prepostos para acompanhá-lo. Sem essas providências o resultado da perícia já nasce sob suspeita.

Como em outros ramos do Judiciário brasileiro, sendo possível e havendo espaço físico, podem as perícias clínicas ser feitas até no fórum trabalhista, mas, sem prejuízo da vistoria no local de trabalho, como acima indicado.

De qualquer forma, seja quem for o perito, a Justiça do Trabalho precisa criar um sistema de controle e inteligência sobre as perícias judiciais, porque delas dependem os Juízes para cumprir o seu mister na aplicação da lei e da justiça. Uma perícia falsa compromete sobremaneira a atuação judicial e macula o bom nome da Justiça do Trabalho, que tanto lutou pela competência acidentária e hoje se vê às voltas com graves acusações contra seus importantes auxiliares, os peritos judiciais e, em razão disso e de forma enganosa, os seus membros findam por oferecer em alguns casos prestação jurisdicional prejudicial aos trabalhadores acidentados, os quais são vítimas várias vezes: das empresas, que não lhes propiciam ambientes de trabalho seguros, dos acidentes de trabalho e de alguns peritos corruptos.

2.4 Indicação de assistente técnico

Na forma da lei processual civil facultam-se às partes a indicação de assistente técnico e a apresentação de quesitos, o que pode ajudar no resultado correto da perícia. Embora o assistente técnico seja da confiança da parte que o indicou, sendo um médico, deve atuar de acordo com a ética médica, não devendo, como fazem alguns, apenas se preocupar em dar um parecer favorável ao seu cliente, mesmo não tendo razão. Um laudo apresentado por assistente técnico, quando bem feito e substancioso, pode influenciar o juiz no julgamento da causa, até mesmo deixando de aplicar a conclusão do perito judicial.

Dizia o § 2º do art. 421 do CPC anterior que “Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado”.



Vejo como de grande importância e conveniência a oitiva do perito judicial e dos assistentes técnicos em situações de graves contradições entre eles, pois uma coisa é escrever no papel, outra, dizer perante o juiz, olhando “olho a olho”, pois nem sempre o perito cumpre escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido na forma do art. 466 do CPC.

2.5 Suspeição e substituição do perito

De acordo com o art. 467 do CPC, “o perito pode escusar-se ou ser recusado por impedimento ou suspeição”. Desse comando legal e de outros decorre que, por exemplo, quem é médico do INSS não pode atuar como perito judicial, uma vez que existem interesses antagônicos entre as partes envolvidas numa ação acidentária e o órgão previdenciário, como é evidente, podendo caracterizar para o perito improbidade administrativa.

Reza o art. 468 do CPC que “O perito pode ser substituído quando: I - carecer de conhecimento técnico ou científico; II - sem motivo legítimo, deixar de cumprir o encargo no prazo que lhe foi assinado”.

É fato comum na Justiça do Trabalho peritos não cumprirem prazo para entrega do laudo porque atuam em elevado número de ações, o que compromete não somente o cumprimento do prazo para entrega do trabalho, mas também a sua qualidade. Nessa situação nem sempre os juízes tomam providências, enquanto que as partes, especialmente as vítimas de acidentes do trabalho, sofrem grande prejuízo pela demora. Mesmo havendo dificuldades em algumas Varas do Trabalho sobre a nomeação de peritos de confiança, os juízes devem agir de forma exemplar para não acostumarem tais profissionais nessa prática, que compromete a confiança que os jurisdicionados têm na Justiça do Trabalho.

Cabe às partes requer perícia, competindo ao juiz designá-la, podendo dispensá-la quando existirem nos autos pareceres técnicos, documentos ou outros elementos elucidativos que considere suficientes para a formação da sua convicção.

Assim, havendo qualquer suspeição ou desconfiança em relação ao perito nomeado, deve o juiz substituí-lo por outro profissional.



2.6 Utilização dos meios necessários para subsidiar a perícia

Na forma do art. 473, § 3º do CPC e da orientação do Conselho Federal de Medicina (CFM), como acima apontado, podem o perito e os assistentes técnicos utilizarem-se de todos os meios necessários para subsidiar o seu trabalho, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder das partes, de terceiros ou em repartições públicas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia.

Desta forma, não podem as empresas, como muitas vezes acontece na prática, querer proibir o perito e assistentes técnicos de usarem equipamentos fotográficos para registrarem os locais de trabalho da vítima, como máquinas, equipamentos etc., os quais podem ser de extrema necessidade e importância para a resolução do objeto da perícia.

2.7 Ciência da data e local da perícia e acompanhamento pelas partes

Estabelece o art. 474 do CPC que “As partes terão ciência da data e do local designados pelo juiz ou indicados pelo perito para ter início a produção da prova.

É de tamanha importância e utilidade este comando legal, uma vez que as partes têm o direito de acompanhar a perícia não somente no consultório do médico, mas, especialmente no local de trabalho. A empresa, como é óbvio, sempre se faz presente à vistoria do perito, às vezes com mais de um representante, de forma que não permitir que o autor da ação e o seu advogado acompanhem essa diligência representa cerceio de defesa e ofensa ao devido processo legal (CF, art. 5º, inc. LV). A recusa e/ou negação pela empresa ou por quem quer seja do acompanhamento da perícia pela vítima e seu advogado, quando oportunidade impugnada pela parte interessada, caracteriza cerceamento de defesa e justifica a anulação do processo para sanção do vício.

Assim, deve o juiz garantir o acompanhamento das vistorias nos locais de trabalho pela vítima e pelos advogados das partes, ressalvados os atos médicos que possam expor a intimidade daquela, conforme Parecer n. 9/2006 do CFM. Os assistentes médicos, à evidência, podem participar de todos os atos médico-periciais.



2.8 Perícia complexa e a nomeação de mais de um perito

Na forma do art. 475 do CPC, "Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, o juiz poderá nomear mais de um perito e a parte indicar mais de um assistente técnico".

A disposição legal acima tem lógica, porque existem casos em que a complexidade da matéria é tão grande que o bom senso manda que se indique mais de um profissional para esclarecer o juiz. Assim, por exemplo, numa questão de doença mental, além de um médico do trabalho, que, inclusive deverá fazer avaliação do local de trabalho, deve ser nomeado um psiquiatra. Numa questão envolvendo doenças osteomusculares pode ser indicado um fisioterapeuta.

2.9 Vinculação do juiz ao laudo

De acordo com o art. 156 do CPC a prerrogativa da nomeação do perito é do juiz, embora, na forma do art. 479 do mesmo diploma processual não esteja ele adstrito ao laudo pericial, devendo apreciar a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

Quer dizer, o juiz pode formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, deixando de levar em conta a conclusão do laudo pericial, desde que o faça de forma fundamentada.

Sobre esse tema vale lembrar a advertência de Orozimbo Nonato, de que "O juiz não se acha cingido rigorosamente ao arbitramento, que é a peça de instrução, elemento esclarecedor, precioso subsídio à convicção do juiz, mas não supre a sentença e nem lhe marca obrigatoriamente as diretrizes e a conclusão. Guarda sempre a natureza de parecer" (STF - 1944 - voto do Min. Orozimbo Nonato - Jurisp. STF 26/120), o que é dito em outras palavras por Gil do Santos ao afirmar que "Se o juiz estivesse adstrito ao laudo, o perito, por assim dizer, estaria, naquela matéria pericial, na posição de juiz, e este subordinado, pois, àquele" (A prova no Processo Civil, Saraiva, 1975, p. 63).



Este é um dos mais importantes dispositivos legais atinentes às perícias, as quais constituem importante meio de prova, mas não o único. Por isso, o juiz não se vincula à conclusão do perito, podendo decidir a causa, agregado a outros fatores colhidos nos autos, valendo-se da prudência e da lógica do razoável, como ilustra a decisão seguinte, a fim de que seja feita a verdadeira e esperada justiça às partes envolvidas no litígio. A decisão seguinte é ilustrativa deste entendimento:

EMENTA: DANOS MORAIS. DOENÇA OCUPACIONAL. SÍNDROME DO TÚNEL DO CARPO (LER). Restou clara a existência do dano à saúde da reclamante, que é portadora de Síndrome do Túnel do Carpo (LER). Nem sempre é fácil estabelecer se a enfermidade apareceu ou não por causa do trabalho. Verifica-se que a reclamante laborou por todo o contrato de trabalho na preparação de saladas efetuando movimentos repetitivos, uma vez que passava cerca de quatro horas seguidas lavando, descascando e cortando verduras e legumes. Restou claro nos autos que a autora somente passou a apresentar o quadro de tendinite no ano de 2002, após dois anos trabalhando na reclamada, conforme laudos médicos de fls. 25/30 e laudos periciais de fls. 211/217 e 319/327. Levando-se em conta o tempo de labor diário da reclamante na mesma função e o fato de que o julgador tem que estar atento aos fatos, indícios, presunções e a observação do que ordinariamente acontece, verifica-se que há sim nexos de causalidade entre o labor exercido pela obreira e a doença ocupacional adquirida. Dá-se provimento ao apelo para, reformando-se a sentença, condenar a reclamada a pagar à autora indenização por danos morais” (AC 01757.2005.009.17.00.8 RO — 17ª REGIÃO — Juiz José Carlos Rizk — Relator. DJ/ES de 8.5.2007).

2.10 Designação de nova perícia

Estabelece o art. 480 do CPC que "O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a realização de nova perícia quando a matéria não estiver suficientemente esclarecida".

A segunda perícia tem por objeto os mesmos fatos sobre os quais recaiu a primeira e destina-se a corrigir eventual omissão ou inexatidão dos resultados a que esta conduziu (§ 1º), a qual não substituirá a primeira, cabendo ao juiz apreciar o valor de uma e de outra.

Não são poucos os casos no dia a dia na da Justiça do Trabalho em que o perito não esclarece a contento e suficientemente a matéria objeto da perícia, sendo necessário e de boa política judiciária, na busca da verdade real, que o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, nomeie outro perito e no final aprecie as duas perícias para bem decidir a questão. A segunda perícia não substitui a primeira, é certo, mas pode trazer novos elementos e subsídios para o juiz



apreciar livremente o valor de uma e de outra e decidir a lide, podendo este, em situações extremas de dúvida nomear um terceiro perito.

Não somente pela provocação das partes e do Ministério Público, mas também de ofício pode e deve o Juiz nomear outro perito quando a primeira perícia não for satisfatória e esclarecedora sobre a questão examinada. Não somente o Juiz de primeira instância, mas também os desembargadores dos Tribunais Regionais do Trabalho podem, a requerimento das partes e do Ministério Público ou de ofício, determinar o retorno dos autos à origem para realização de nova perícia a cargo de outro *expert*, quando entender necessária essa providência para o correto esclarecimento da lide.

2.11 Oitiva do perito e do assistente técnico

Na primeira desconfiança do perito, o Juiz deve “acender” a lanterna e, entre outras providências, ouvi-lo em audiência com a presença das partes e de seus advogados, como manda a lei (art. 477, § 3º do NCPC) e não hesitar, conforme o caso, em nomear um segundo perito (art. 480 do NCPC), providências essas não comuns no dia a dia do Judiciário, mas que são importantes para inibir a corrupção nas perícias.

2.12 Nexo causal

Questão de grande interesse nas perícias médicas sobre acidentes e, especialmente sobre doenças ocupacionais, diz respeito ao nexo causal ou concausal, que é pressuposto da responsabilidade civil do empregador.

No caso dos benefícios previdenciários acidentários a Lei n. 8.213/91 é menos rígida quanto ao tema, porque o conceito de nexo causal vem sendo flexibilizado com vistas a permitir a efetivação do princípio da reparação integral em benefício das vítimas de doenças ocupacionais.

Havendo divergências com relação ao nexo causal ou concausal da doença com o trabalho desenvolvido pela vítima na empresa reclamada, especialmente quando negado este pelo réu, cabe ao perito nomeado pelo juiz emitir o seu parecer, que nem sempre é conclusivo em razão dos poucos elementos probatórios ou porque a medicina não é uma ciência exata. É



por isso que de acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.488/98, deve o perito médico levar em conta, entre outros fatores, o histórico clínico-ocupacional do trabalhador, o exame do local e a organização do trabalho, a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos e estressantes, o depoimento e a experiência dos demais trabalhadores em condições semelhantes e a literatura atualizada sobre o assunto.

Mas há casos em que as provas colhidas não são conclusivas com relação à origem da doença ou, por critérios médicos, o perito, embora oferecendo subsídios no seu trabalho, não emite parecer conclusivo afirmando o nexo da doença com as condições de trabalho.

Nessas situações, cabe ao juiz, diante dos elementos dos autos, da sua experiência como julgador sobre o que ordinariamente acontece, formar o seu convencimento, reconhecendo ou não o dever de reparar o dano. Neste sentido afirma Sebastião Geraldo de Oliveira (Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional. 2. ed., p. 132. São Paulo: LTr, 2006) que “as provas não devem ser avaliadas mecanicamente com rigor e a frieza de um instrumento de precisão, mas com a racionalidade de um julgador atento que conjugue fatos, indícios, presunções e a observação do que ordinariamente acontece para formar o seu convencimento”.

Muitas vezes o laudo pericial médico é falho porque sequer observa o nexo técnico epidemiológico (NTEP) decorrente do cruzamento do CNAE da empresa reclamada com as doenças que mais acometem seus empregados, dizendo simplesmente que a doença é degenerativa e não possui nexo de causalidade com o trabalho prestado, não avaliando sequer a possibilidade de concausa.

É certo que o NTEP constitui presunção relativa acerca do nexo causal ou concausal existente entre as moléstias que acometem o trabalhador e as atividades desempenhadas por ele na sua empregadora, mas exatamente por isso é que o perito deve, se for o caso, afastar essa presunção expressamente, apresentando razões técnico-científicas que fundamentem a sua conclusão.

Também, não raro peritos judiciais aplicam única e exclusivamente o art. 20, § 1º, alínea *a*, da Lei 8.213/91 considerando indícios de degeneratividade da doença para descaracterizar a doença ocupacional. Todavia, esse modo de proceder não reflete a melhor interpretação sistemática e teleológica sobre o conjunto normativo e principiológico da Lei n. 8.213/91, uma vez que a concausa, como dito acima, também pode estabelecer o liame entre a doença (mesmo



que degenerativa) e as atividades desenvolvidas pela vítima, como assegura o art. 21, inc. I, da referida Lei n. 8.213/91.

Como decorre do conjunto normativo vigente no Brasil, o simples fato de a doença do trabalhador ter caráter degenerativo, por isso só não impede a constatação de que as más condições de trabalho tenham contribuído para a antecipação do seu aparecimento e agravamento, como comprova a melhor doutrina médica.

Nesse sentido tem sido a posição do C. TST, atento aos parâmetros legais, aos novos anseios sociais e à evolução doutrinária, afirmando a possibilidade de responsabilização do empregador mesmo quando diante de doença degenerativa, como se vê da decisão a seguir ementada:

EMENTA: “AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - DANO MORAL E MATERIAL - DOENÇA PROFISSIONAL - NEXO CONCAUSAL - CULPA DA EMPRESA NO EVENTO DANOSO - AMBIENTE DE TRABALHO INADEQUADO - NÃO VINCULAÇÃO AO LAUDO PERICIAL. De acordo com a teoria da causalidade adequada, as concausas preexistentes - patologia anterior, predisposição genética do obreiro ou caráter degenerativo da moléstia - não eliminam a relação de causalidade. Se as atividades laborais desenvolvidas pela reclamante potencializaram ou agravaram a moléstia preexistente ou degenerativa, a doença adquirida deve ser considerada ocupacional, em face da concausa com origem no trabalho. Além disso, nos termos do art. 157, I e II, da CLT, o empregador deve propiciar condições salubres de trabalho aos seus empregados e a redução dos riscos inerentes ao serviço, como exigem as normas de proteção à saúde, à higiene e à segurança do trabalho, o que não ocorreu no caso. Nesse sentido, conforme disposto no art. 436 do CPC, o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar sua convicção a partir de outros elementos ou fatos provados nos autos, o que ocorre na hipótese. Agravo de instrumento desprovido” (AIRR - 217300-09.2009.5.11.0013, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 7ª Turma, publicado em 11/10/2013).

Sobre o contexto ora em análise, mostra-se importante o Enunciado de n. 4, aprovado pelo grupo de estudos virtual da ANAMATRA e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, o qual oferece importante orientação para elaboração de laudos periciais sobre doenças ocupacionais, *in verbis*:

Concausalidade. Multiplicidade de Causas. Fatores Desencadeadores da redução ou perda da capacidade laborativa. Na realização das atividades periciais, deve o *expert* analisar todos os fatores desencadeadores da patologia, sejam estes de natureza laboral e/ou de natureza não ocupacional, de modo a estabelecer, ainda que seja de forma relativa, o grau de contribuição



dos respectivos fatores no desencadeamento da patologia para possível estabelecimento da concausalidade, a teor do art. 21, inciso I, da Lei n. 8.213/91. Registra-se que a identificação de enfermidade de natureza não ocupacional e/ou degenerativa não deve limitar a investigação do perito na busca pela existência de outros fatores concomitantes de natureza ocupacional que possam ter contribuído para a redução ou perda da capacidade laboral.

Como mostram os fatos da vida, nem sempre há certeza absoluta sobre o nexos causal ou concausal, mas, de outro lado, pode existir elevado grau de probabilidade sobre a configuração desse nexos com o trabalho da vítima, o que deve ser levado em conta pelo julgador. Os julgados a seguir transcritos ilustram essa tendência:

EMENTA: Acidente do trabalho — Benefício — Conversão — Aposentadoria previdenciária em acidentária — Doença — Mal da coluna — Nexos causal — Prova. A presença do nexos causal se mede por razoável probabilidade, não por matemática certeza, mesmo porque a ciência médica não é exata. Se o fosse, as calculadoras seriam feitas para os médicos e esses estariam livres de todas as acusações e indenizações pelos erros que vivem cometendo. Vale dizer, é o possível lógico, não o absolutamente certo, que embasa a conclusão pela presença do nexos causal e concausal. Cabe converter a aposentadoria por invalidez previdenciária na homônima acidentária, ainda que calculadas ambas com um percentual de 100% do salário de benefício, para que, com que o correto enquadramento jurídico da incapacidade do segurado, possa ele gozar de todas as implicações daí advindas, mormente as indiretas, dentre estas a eventual geração de responsabilidade baseada no direito comum (STACIVSP, 12ª Câmara, Apelação n. 690.457/5, Relator Juiz Palma Bisson, 28.8.2003).

Agregados a outros fatores colhidos nos autos, o juiz, valendo-se da prudência e da lógica do razoável decidirá o caso, acolhendo ou não o nexos causal ou concausal entre a doença e as condições de trabalho. A decisão a seguir ementada é ilustrativa e oferece um caminho ao julgador:

EMENTA: “DANOS MORAIS. DOENÇA OCUPACIONAL. SÍNDROME DO TÚNEL DO CARPO (LER). Restou clara a existência do dano à saúde da reclamante, que é portadora de Síndrome do Túnel do Carpo (LER). Nem sempre é fácil estabelecer se a enfermidade apareceu ou não por causa do trabalho. Verifica-se que a reclamante laborou por todo o contrato de trabalho na preparação de saladas efetuando movimentos repetitivos, uma vez que passava cerca de quatro horas seguidas lavando, descascando e cortando verduras e legumes. Restou claro nos autos que a autora somente passou a apresentar o quadro de tendinite no ano de 2002, após dois anos trabalhando na reclamada, conforme



laudos médicos de fls. 25/30 e laudos periciais de fls. 211/217 e 319/327. Levando-se em conta o tempo de labor diário da reclamante na mesma função e o fato de que o julgador tem que estar atento aos fatos, indícios, presunções e a observação do que ordinariamente acontece, verifica-se que há sim nexos de causalidade entre o labor exercido pela obreira e a doença ocupacional adquirida. Dá-se provimento ao apelo para, reformando-se a sentença, condenar a reclamada a pagar à autora indenização por danos morais” (AC 01757.2005.009.17.00.8 RO — 17ª REGIÃO — Juiz José Carlos Rizk — Relator. DJ/ES de 8.5.2007).

O tema do nexo causal ou concausal nos acidentes de trabalho é complexo e controvertido, servindo como exemplo o caso a seguir descrito, em que, ao contrário do que muitas vezes acontece, quando o perito não reconhece o nexo causal ou concausal, no Processo TRT/15 n. 0065800-37.2007.5.15.0082 foi juntado Laudo Pericial bem fundamentado, onde o perito constatou que “A LMC (Leucemia Mielóide Crônica) é uma doença que pode ser desencadeada pela exposição laboral ao benzeno; que o benzeno é utilizado na produção de borracha e na produção de pneus; que o reclamante laborou exposto ao benzeno junto à reclamada e na admissão não apresentava a doença, tendo sido diagnosticada 2 anos e 4 meses depois de iniciar suas atividades junto à reclamada; que o reclamante veio a óbito em uma crise blástica (agudizada) de Leucemia Mielóide Crônica, concluindo que houve nexo causal. Além disso, em informações complementares o Senhor Perito confirmou o laudo, bem como a sua conclusão pelo nexo causal.

Não obstante isso, a primeira instância entendeu que não restou provado o nexo causal da doença com as condições de trabalho, julgando improcedentes os pedidos de reparação em favor dos sucessores da vítima, o que, todavia, foi alterado pelo E. TRT da 15ª Região, cuja decisão ficou assim ementada:

EMENTA. EXPOSIÇÃO AO BENZENO PRESENTE NA INDÚSTRIA DE PNEUS. AQUISIÇÃO, PELO TRABALHADOR, DE DOENÇA QUE A LEGISLAÇÃO RECONHECE COMO DECORRENTE DA EXPOSIÇÃO AO PRODUTO QUÍMICO, A SABER, LEUCEMIA MIELÓIDE CRÔNICA. DEVER DE INDENIZAR. O benzeno é listado na Lei 8.213/91 como agente patogênico causador de doença profissional, como estabelecido no anexo I do art. 20 da Lei 8.213/91, que indica as atividades onde é empregado. No anexo II do mesmo dispositivo legal, o benzeno é apontado como agente de risco para o aparecimento de 16 doenças ocupacionais, sendo a primeira das patologias listadas a leucemia. Provado que o trabalhador laborou em condições inadequadas e submetido aos gases emanados da produção de pneus que incomodava não só aos trabalhadores, mas a população local e provado que adquiriu Leucemia Mielóide Crônica no curso do contrato de trabalho, patente o dever do



empregador de reparar o dano (Proc. TRT/15ª REGIÃO 0065800-37.2007.5.15.0082 RO; Rela. Juíza Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa).

Conforme o caso, para comprovação do nexos causal ou concausal, pode o juiz inverter o ônus da prova para o réu, aplicando analogicamente o Código de Defesa do Consumidor (art. 6º, inc. VIII), porque o empregador tem o dever de adotar medidas cabíveis e necessárias para proteger a saúde e a integridade física e psíquica do trabalhador (art. 157 da CLT e art. 19 e § 1º da Lei n. 8.213/91 - "A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador).

Nesse sentido foi aprovado o Enunciado n. 41 na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pela ANAMATRA e TST, com o seguinte conteúdo: "RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. ÔNUS DA PROVA. Cabe a inversão do ônus da prova em favor da vítima nas ações indenizatórias por acidente do trabalho" (ANGELOTTO JÚNIOR, 2014).

2.13 Nexos concausal

De acordo com o art. 21 da Lei n. 8.213/91:

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

Desse comando legal decorre que, além do nexos causal, deve-se levar em conta, em certas situações, o nexos concausal, que são outras causas que, juntamente com uma causa principal corroboram para o resultado final do acidente ou da doença ocupacional. As concausas são preexistentes (diabete que provoca maiores consequências no ferimento decorrente de um acidente de trabalho), supervenientes (a vítima do acidente, embora socorrida imediatamente e levada ao hospital, não recebe tratamento adequado e vem a falecer) ou concomitante (surdez para um trabalhador de 50 anos de idade, agravada pela exposição ao ruído no ambiente de trabalho).

Interpretando o mencionado dispositivo legal Sebastião Geraldo de Oliveira (2011, p. 157 e ss.) assim preceitua:



O nexu concausal aparece com frequência no exame das doenças ocupacionais. A doença oriunda de causas múltiplas não perde o enquadramento como patologia ocupacional, se houver pelo menos uma causa laboral que contribua diretamente para sua eclosão ou agravamento, conforme prevê o artigo 21, I, da Lei 8213/91. Como já enfatizamos anteriormente, a aceitação normativa da etiologia multicausal não dispensa a existência de uma causa eficiente, decorrente da atividade laboral, que 'haja contribuído diretamente' para o acidente do trabalho ou situação equiparável ou, em outras palavras, a concausa não dispensa a presença da causa de origem ocupacional. Diante dessa previsão legal, aplica-se na hipótese a teoria da equivalência das condições ou da *conditio sine qua non*, como ocorre no Direito Penal, pois tudo o que concorre para o adocimento é considerado causa, pois não se deve criar distinção entre causa e condição. Não há necessidade de se precisar qual das causas foi aquela que efetivamente gerou a doença, como ocorre na aplicação da teoria da causalidade adequada, pois todas as condições ou causas têm valoração equivalente. É necessário apenas que a causa laboral contribua diretamente para a doença, mas não que contribua decisivamente.

2.14 Nexu Técnico Epidemiológico Previdenciário – NTEP

No tocante aos benefícios previdenciários e trabalhistas foi acrescido o art. 21-A à Lei n. 8.213/91, criando o chamado Nexu Técnico Epidemiológico Previdenciário - NTEP, com a seguinte redação:

A perícia médica do INSS considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexu técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças — CID, em conformidade com o que dispuser o regulamento.

§ 1º. A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexu de que trata o *caput* deste artigo.

§ 2º. A empresa poderá requerer a não aplicação do nexu técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social.

Com a nova alteração legal foi instituído o Nexu Técnico Epidemiológico - NTEP para doenças provocadas pelo trabalho, por meio do vínculo direto entre a atividade econômica de cada um dos ramos em que estão inseridas as empresas e uma lista de possíveis doenças e acidentes que podem acontecer naquele ambiente de trabalho específico. Assim, fazendo esse cruzamento a Perícia Médica poderá reconhecer automaticamente o nexu entre a doença ou



acidente e o trabalho exercido pelo trabalhador.

O Decreto n. 3.048/99 considera estabelecido o nexo entre o trabalho e o agravo quando se verificar Nexo Técnico Epidemiológico - NTEP entre a atividade da empresa e a entidade mórbida motivadora da incapacidade, elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID) em conformidade com o disposto na Lista B do Anexo II deste Regulamento (art. 337, parágrafos).

Como se infere do exposto, a alteração legal acarretou repercussões previdenciárias e trabalhistas e também, conforme o caso, pode ser aplicada analogicamente nas ações acidentárias de responsabilidade civil contra os empregadores, se estabelecido o nexo entre o trabalho e o agravo.

Nesse sentido foi aprovado o Enunciado n. 42 na I Jornada de Direito e Processo do Trabalho, promovida pela ANAMATRA e TST, com o seguinte conteúdo:

ACIDENTE DO TRABALHO. NEXO TÉCNICO EPIDEMIOLÓGICO. Presume-se a ocorrência de acidente do trabalho, mesmo sem a emissão da CAT - Comunicação de Acidente de Trabalho, quando houver nexo técnico epidemiológico conforme art. 21-A da Lei n. 8.213/91. (ANGELOTTO JÚNIOR, 2014)

3 MUDANÇAS DA REFORMA TRABALHISTA SOBRE PERÍCIAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) aprovada pelo Congresso Nacional, que entrou em vigor em 11/11/2017, trouxe importantes alterações sobre as perícias na Justiça do Trabalho e sobre o procedimento das ações sobre segurança e saúde do trabalhador.

O novo art. 790-B da CLT estabelece que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. Isso acarreta desestímulo ao ajuizamento das ações judiciais como meios de defesa dos trabalhadores perante o Judiciário trabalhista, uma vez que a maioria dos acidentados e seus familiares são pessoas pobres, que agora com a reforma trabalhista, enfrentarão dificuldades e restrições quanto ao benefício da justiça gratuita, a qual sempre existiu como importante apoio e incentivo à busca dos direitos violados.

Todavia, entendo que esse dispositivo legal é inconstitucional diante do que dispõe a Carta Magna no art. 5º e inc. LXXIV, assim vazados:



Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Como se vê, a Constituição Federal inclui entre os direitos e garantias individuais dos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no País a assistência jurídica integral e gratuita, o que vai além da mera assistência judiciária.

Esse benefício assegurado aos necessitados como instrumento de acesso substancial ao Poder Judiciário inclui a gratuidade de todas as causas e despesas, judiciais ou não, relativas aos atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do seu beneficiário em juízo. Esse benefício constitucional abrange, portanto, não somente as custas relativas aos atos processuais a serem praticados, como também todas as despesas decorrentes da efetiva participação do cidadão na relação processual.

Trata-se, com é fácil de ver, de um direito fundamental dos mais importantes para as pessoas necessitadas, sem o qual não seria possível usufruírem de outro direito igualmente fundamental, qual seja, o acesso substancial ao Judiciário.

Mas o Congresso nacional brasileiro não levou em conta os aspectos constitucionais e aprovou referida alteração legal. O objetivo desta alteração legal, como facilmente se presume, foi inibir o uso das ações acidentárias e, pois, obter a sua diminuição. Mas esse objetivo é falso, porque ao invés de se buscar eliminar e diminuir os acidentes de trabalho e melhorar os ambientes de trabalho, partiram os representantes do povo para a simples solução de se criar dificuldades para o ajuizamento das ações judiciais.

Assim, como são inconstitucionais essas medidas, caberá aos Juízes do Trabalho afastá-las e assegurar ao cidadão o livre e substancial acesso ao Poder Judiciário como uma das mais importantes garantias fundamentais do cidadão.

Sobre o tema calha a reflexão feita na decisão, cujos enxertos cito a seguir:

EMENTA: "ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INDEVIDA A FIXAÇÃO DE CUSTOS AO BENEFICIÁRIO. IMPROPRIEDADE DO ESTABELECIMENTO DA PRESUNÇÃO DO EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE AÇÃO COMO FORMA DE NEGAR VIGÊNCIA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA JUSTIÇA GRATUITA. Os artigos 790-B (*caput* e § 4º), 791-A, § 4º e 844, § 2º da CLT, com as redações



que lhes foram dadas pela Lei n. 13.467/17 contrariam a essência do instituto da assistência judiciária gratuita, quebrando toda a tradição jurídica desenvolvida sobre o tema, e ainda, afrontam, literalmente, o inciso LXXIV do art. 5º da CF. Se, por uma questão de cidadania, a todos, sem distinção, é dado o direito de acesso ao Judiciário e se é entendido que com relação ao pobre existe um obstáculo que precisa ser superado pela assistência judiciária gratuita, para que o princípio isonômico seja concretizado, não se pode fixar o pagamento de honorários prévios e honorários advocatícios a quem é alvo de assistência judiciária gratuita porque isso é o mesmo que negar a essas pessoas o acesso à justiça, diminuindo-lhe a cidadania. O exercício regular do direito de ação não pode gerar perda da eficácia da garantia constitucional da assistência judiciária gratuita. ..." (Proc. n. TRT/15ª REGIÃO 0012715-89.2017.5.15.0146; Rel. Des. Jorge Luiz Souto Maior).

Por importantes, as alterações legais sobre a assistência judiciária gratuita na Justiça do Trabalho encontram-se em análise no STF na ADI n. 5766, cujo julgamento foi suspenso por pedido de vista de Ministros da Corte Suprema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Denunciados graves problemas que têm envolvido perícias médicas em ações acidentárias na Justiça do Trabalho e feita a análise dos fatos que as envolvem, dos problemas enfrentados pela atuação incorreta e criminosa de alguns peritos e assistentes técnicos, resume-se a seguir, algumas sugestões e propostas destinadas a resolverem esses problemas, tudo na forma da lei processual civil e da Resolução n. 233/2016 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que são:

a) Criação de quadro próprio de peritos na Justiça do Trabalho, mesmo que não seja para elaboração de todas as perícias, porque são muitas, mas pelo menos para que peritos públicos fiscalizem a atuação dos peritos particulares;

b) Criação e revisão de Cadastro de Peritos com o objetivo de oferecer ao Judiciário e à sociedade uma lista de profissionais qualificados, que atuem como Peritos judiciais, identificando-os, para dar maior transparência na nomeação deles e celeridade à ação do Poder Judiciário, inclusive no tocante à especialidade desses profissionais para nomeação nos processos;



c) Assinatura pela Justiça do Trabalho de Convênios com Universidades e outros órgãos e entidades, inclusive públicos, para indicação de profissionais dos seus quadros para serem nomeados pelos Juízes para fazerem perícias nos processos;

d) Não nomear para funcionar como perito judicial, profissional que tenha atuado como assistente técnico de empresas ou no SESMET das mesmas, porque isso pode facilitar e influenciar a promiscuidade sobre os resultados finais das perícias, em favor das empresas que os contratam ou lhes pagam propinas;

e) Nomear os peritos levando em conta a sua especialidade para bem analisarem o objeto periciando discutido no processo;

f) Determinar o Juiz, já na nomeação do perito, que realize perícia clínica e no local de trabalho da vítima, pedindo, conforme o caso, exames complementares e fazendo minucioso estudo do local e da organização do trabalho, identificando os riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos, estressantes e outros e tomando o depoimento e a experiência de outros trabalhadores nas mesmas condições da vítima, sempre permitindo o acompanhamento do trabalhador, do seu assistente técnico e do advogado nas diligências na empresa;

g) Facultar e incentivar as partes, especialmente as vítimas, a indicarem assistentes técnicos nos processos para acompanharem o trabalho dos peritos judiciais;

h) Ficar o Juiz atento a qualquer ato de suposta suspeita do perito, para, se for o caso, fazer a sua imediata substituição por outro profissional sério e insuspeito;

i) Deixar o Juiz, expresso no ato de designação da perícia, que o perito e assistentes técnicos podem se utilizar de todos os meios necessários para subsidiarem o seu trabalho, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder das partes, de terceiros ou em repartições públicas, mapas, plantas, desenhos, fotografias ou outros elementos necessários ao esclarecimento do objeto da perícia;

j) Determinar o Juiz, na designação da perícia, que o perito dê ciência inequívoca às partes da data, hora e local da perícia, para que possam acompanhá-las;

k) No caso de perícia complexa, deve o Juiz nomear mais de um perito, para que bem seja analisada a questão, sob os vários enfoques pertinentes, sendo exemplo a alegação de doença mental, com a atuação de um médico do trabalho, com avaliação do local de trabalho, e um psiquiatra. Numa questão envolvendo doenças osteomusculares deve ser indicado também um fisioterapeuta;



l) Como o Juiz não está vinculado ao resultado e conclusão do laudo pericial, que, sem dúvida é muito importante para a sua convicção, deve, sempre que for o caso, afastar as conclusões periciais e decidir a causa levando em conta outros elementos probatórios existentes nos autos, como, por exemplo, conclusões do órgão previdenciário e outros pareceres médicos, inclusive obtidos em processos de outras esferas judiciárias;

m) Também não pode o Juiz olvidar em designar segunda perícia e até mesmo uma terceira, diante da incongruência e divergências das conclusões periciais anteriores, porque o objetivo maior do Judiciário é buscar a verdade real e fazer a devida justiça;

n) Igualmente não deve o Juiz olvidar em determinar a oitiva do perito e do assistente técnico em audiência, com a presença das partes e de seus advogados, quando necessária, porque uma coisa é o perito escrever no papel, outra, falar perante o juiz, sendo "olhado nos olhos" e indagado pelas partes sobre aspectos da perícia. Isso é importante porque nem sempre o perito cumpre escrupulosamente o encargo que lhe foi cometido na forma do art. 466 do CPC, o que maculará o resultado da perícia e prejudicará uma das partes;

o) Para análise correta donexo causal ou concausal, deve o Juiz determinar que o perito examine o Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário - NTEP, fazendo o cruzamento do CNAE da empresa reclamada com as doenças que mais acometem seus empregados, porque, para afastar a presunção acerca do nexocausal ou concausal existente entre as moléstias que acometem o trabalhador pelas atividades desempenhadas, o perito deve apresentar razões técnico-científicas que fundamentem a sua conclusão.

REFERÊNCIAS

ANGELOTTO JÚNIOR, Sérgio. Enunciados aprovados na 1ª jornada de direito material e processual na justiça do trabalho, **JusBrasil**, 27 out. 2014. Disponível em:

<<https://angelotto.jusbrasil.com.br/noticias/147964524/enunciados-aprovados-na-1-jornada-de-direito-material-e-processual-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 15 set. 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Operação Hipócritas**: MPF revela fraudes em perícias médicas em Campinas e São Paulo, São Paulo, 31 mai. 2016. Disponível em:

<<http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/operacao-hipocritas-mpf-revela->



[fraudes-em-pericias-medicas-em-campinas-e-sao-paulo](#)> . Acesso em: 21 jan. 2017.

CAMPOS, José Luiz Dias & CAMPOS, Adelina B. Dias. **Acidentes do trabalho** — Prevenção e reparação. São Paulo: LTr, 1991.

CATALDI, Maria José Giannella. **O stress no meio ambiente de trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

FERNANDES, Anníbal. **Os acidentes do trabalho: do sacrifício do trabalho à prevenção e à reparação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Acidentes do trabalho, doenças ocupacionais e nexos técnico epidemiológico**. São Paulo: Método, 2006.

MARANHÃO, Ney Stany Morais. **Responsabilidade civil objetiva pelo risco da atividade**. Uma perspectiva civil-constitucional. São Paulo. Método, 2010.

MARTINS, João Vianey Nogueira. **O dano moral e as lesões por esforços repetitivos**. São Paulo: LTr, 2003.

MELO, Raimundo Simão de. **Ações acidentárias na Justiça do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2012.

_____. **Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador** — responsabilidades. 5. ed. São Paulo: LTR, 2014.

MENDANHA, Marcos Henrique. **Medicina do trabalho e perícias médicas**. Aspectos práticos e polêmicos. 3. ed. São Paulo: LTR, 2013.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT BRASIL. **Doenças profissionais são as principais causas de mortes no trabalho**, Brasília, 2013. Disponível em:



<<http://www.oitbrasil.org.br/content/doencas-profissionais-sao-principais-causas-de-mortes-no-trabalho>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

SCHIAVI, Mauro. **Ações de reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).





Recebido em: 01.10.2018
 Aceito em: 20.11.2018

DOI: <http://doi.org/10.33239/rdh.v1i1.7>

1 Doutor em Ciências Humanas - Sociologia pelo IESP/UERJ (2010), professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e procurador do trabalho do Ministério Público do Trabalho - Procuradoria Regional do Trabalho da 1ª Região

<https://orcid.org/0000-0002-5504-1198>

2 Mestre em Teorias Jurídicas Contemporâneas pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e advogada trabalhista

<https://orcid.org/0000-0003-0657-952X>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Além da Uber: uma comparação com o mercado de trabalho dos advogados

Beyond Uber: a comparison with the lawyer's labor market

Además de la Uber: una comparación con el mercado laboral de los abogados

Rodrigo de Lacerda Carelli¹

Bianca Neves Bomfim Carelli²

RESUMO

O presente trabalho aborda a dinâmica da relação de trabalho dos advogados audiencistas contratados por intermédio de aplicativo de computador, comparando-a com a relação de trabalho existente entre o motorista e a empresa Uber. A pesquisa investiga a experiência de advogados audiencistas e apresenta o estudo do caso de tais profissionais contratados e intermediados por empresa de negócios jurídicos para realizarem audiências para escritórios de advocacia, abordando a perspectiva de diversos atores sociais envolvidos e decisões judiciais de ações postulando o reconhecimento da relação de emprego de tais profissionais, como forma de analisar a categoria em referência. A questão analisada diz respeito ao alcance do fenômeno da "uberização" aos advogados audiencistas e a hipótese de estarem em situação similar a dos motoristas "parceiros" da Uber. Para tanto, o presente estudo analisa os fenômenos em questão e o contexto de seu surgimento. Sustenta-se também que a relação de trabalho de tais advogados, bem como dos motoristas da Uber, situa-se na zona cinzenta do emprego, o que causa desproteção aos trabalhadores face aos direitos trabalhistas, devendo ser entendido e buscado o arranjo legal mais adequado para seu tratamento.

PALAVRAS-CHAVE: Algoritmo. Advogados. Uberização.

ABSTRACT

The paper discusses the dynamics of the employment relationship of court hearing's lawyers hired through a computer application, comparing it with the working relationship between the driver and the Uber company. The research investigates the experience of court hearing's lawyers and presents the case study of such professionals hired and intermediated by a legal company, approaching the perspective of several social actors involved and judicial decisions of cases in which the recognition of the employment relationship of such professionals is asked, as a way of analyzing this professional category. The issue analyzed concerns the "uberization" phenomenon as applied to audiencist lawyers and the hypothesis of it being a similar situation of the "partner" drivers of Uber. For this, the present study analyzes the phenomena in question and the context of their emergence. It is also argued that the employment relationship of these lawyers, as well as those of the drivers of Uber, is located in the gray area of employment, which causes workers to be unprotected from labor rights, and that most appropriate legal arrangement should be understood and sought for dealing with this issue.

KEYWORDS: Algorithm. Lawyers. Uberization.

RESUMEN

El presente trabajo aborda la dinámica de la relación de trabajo de los abogados que hacen audiencias contratados por intermedio de aplicación de computadora, comparándola con la relación de trabajo existente entre el conductor y la empresa Uber. La investigación analiza la experiencia de abogados "audiencistas" y presenta el estudio del caso de tales profesionales contratados e intermediados por empresa de negocios jurídicos para realizar audiencias para oficinas de abogacía abordando la perspectiva de diversos actores sociales involucrados y decisiones judiciales de acciones postulando el reconocimiento de la relación de empleo de tales profesionales, como forma de analizar la categoría en referencia. La cuestión analizada se refiere al alcance del fenómeno de la "uberización" a los abogados "audiencistas" y la hipótesis de se lo ubicaren en situación similar a de los conductores "socios" de Uber. Para ello, el presente estudio analiza los fenómenos en cuestión y el contexto de su surgimiento. Se sostiene también que la relación de trabajo de tales abogados, así como de los conductores de Uber, se sitúa en la zona gris del empleo, lo que causa desprotección a los trabajadores frente a los derechos laborales, debiendo ser entendido y buscado el arreglo legal más adecuado para su tratamiento.

PALABRAS CLAVE: Algoritmo. Abogados. Uberización.

INTRODUÇÃO

A Uber vem sendo apontada como o maior exemplo de como as novas tecnologias podem impactar de forma negativa o mercado de trabalho (ALOISI, 2015; SCHOLZ, 2017). A empresa, com seus investimentos bilionários, logo expandiu suas atividades por todo o globo, desafiando leis e regulamentos locais. De um lado ganhou popularidade, pela aparência de modernidade, qualidade de serviço apresentado e por preços baixos. Por outro, vem desorganizar o mercado de trabalho de transportes, em especial em relação aos taxistas, por trazer preços baixos impossíveis de serem alcançados pelos trabalhadores autônomos e pelas empresas de táxi, além de trazer a discussão sobre o controle dos trabalhadores por meio de seu algoritmo e o consequente questionamento sobre a existência de relação de emprego entre a Uber e seus ditos “parceiros” (ALOISI, 2016; FRABELLAS, DURAN, 2016; DUBAL, 2017).

O objetivo do presente texto é demonstrar que a utilização da tecnologia em forma de economia colaborativa, sem atentar a seus princípios (SCHOLZ, 2017a), pode também ser utilizada para a precarização do trabalho e a desestruturação do mercado em outros segmentos da economia, atingindo inclusive trabalhadores intelectuais, expandindo a fronteira do chamado “*cyber-proletariat*” (DYER-WITHERFORD, 2015) ou “*cybertariat*” (HUWS, 2014). Para isso, propõe-se estudar o caso dos advogados chamados audiencistas e sua relação com as empresas de intermediação de seus serviços. Os advogados audiencistas são aqueles contratados por grandes escritórios de advocacia para a realização de audiências, atendendo a clientes que litigam em massa na Justiça (CAPPELLETTI, GARTH, 1988).

Essas empresas, para dificultar a constatação do vínculo empregatício, agora utilizam o meio eletrônico para a intermediação desses advogados, com menores riscos de reconhecimento da relação de emprego com o profissional, entrando naquilo que pode ser chamado de “zonas cinzentas de emprego” (AZAÏS, 2017).

As seguintes questões devem ser levantadas: quais as semelhanças entre os motoristas da Uber e os advogados audiencistas? Quais as consequências para o mercado de trabalho dos advogados quanto à utilização das novas tecnologias com a



forma de economia colaborativa? Trata-se de uma nova forma de busca de trabalho pelos advogados ou a piora geral do mercado de trabalho na concorrência de todos contra todos?

Para tentar responder a essas perguntas, este trabalho é estruturado da seguinte forma: na primeira parte (1), busca-se apresentar as influências das tecnologias na organização do trabalho humano, favorecendo, de maneira inclusive propositada, a migração de trabalhadores para o que se denomina de zonas cinzas do emprego. Em seguida (2), apresenta-se a formação e desenvolvimento do mercado de trabalho da advocacia no Brasil. Na terceira parte (3), realiza-se estudo de caso acerca da intermediação de advogados por meio de empresa que se utiliza de aplicativo para a distribuição de tarefas. Na última parte (4), faz-se a correlação entre esse tipo de atividade e toda a nova organização do trabalho.

1 NOVAS TECNOLOGIAS, CAPITALISMO DE PLATAFORMA E ZONAS CINZENTAS DO EMPREGO

Se é verdade que a Ford representa o trabalho realizado no Século 20, também é certo dizer que o trabalho atual é retratado pela organização do trabalho da Uber. Esta empresa, tal como aquela, utilizou a tecnologia, tanto em termos materiais quanto de gestão de pessoas, para melhor realizar sua atividade empresarial.

Se é certo que a maior parte dos trabalhadores ainda é organizada no padrão anterior fordista, a organização do trabalho por comandos ou por programação (SUPIOT, 2015) vem crescendo e em breve poderá se tornar hegemônica. O capital se afasta da produção, surgindo a chamada “classe vetorialista” (WARK, 2013), que tem limitado interesse nas condições materiais de produção, sendo seu poder baseado no controle da logística pela qual essas condições são organizadas. Esse poder tem dois aspectos: um intensivo, que é o poder de modelar, simular, monitorar e calcular a informação; e outro extensivo, que é o poder de mover a informação de um lugar para o outro, combinar e recombinar tudo e qualquer coisa como recurso (WARK, 2013, p. 69). Essa classe evita ser proprietária de fábricas e pagar salários diretamente. A Uber representa a classe vetorialista: alto grau de domínio da tecnologia com o propósito de



utilizar trabalhadores para realizar sua atividade fim, sem pagar salários diretamente, ser proprietária dos meios finais de produção, sem perder, no entanto, a habilidade de organizar o resultado global pela modelagem, simulação, monitoramento e cálculo da informação, podendo movimentar tudo à distância com aparente facilidade.

Tal reorganização do trabalho – e do capital - ganhou notoriedade nos últimos tempos, não somente pelo domínio na captação de recursos no mercado¹, como também pela sua popularidade junto à população. As pessoas se engajaram na modernidade cibernética, com as suas facilidades e aparentes gratuidades e quase gratuidades. Da mesma forma que aconteceu com Apple e Google, a Uber logo se destacou pela prestação de serviços baratos e com ares de novidade, sendo hoje utilizada por cerca de 40 milhões de usuários como meio de transporte urbano em todo o mundo (KOKALITCHEVA, 2016). A Uber apresenta-se como uma empresa de tecnologia e que realiza somente a conexão entre usuários e trabalhadores independentes, utilizando-se de todo o discurso da economia colaborativa.

Entretanto, mal chegava ao seu reinado, a Uber, bem como seu modelo de negócios, teve questionada sua participação na chamada economia colaborativa, apresentando seus críticos outra designação para sua forma de organização: “capitalismo de plataforma” (*platform capitalism*) (SCHOLZ, 2017, p. 1291). Também foram apresentadas algumas de suas contradições². Entretanto, o maior número de críticas que recebe é acerca do impacto que teve no mercado de trabalho de transporte urbano, em especial em relação aos taxistas (DUBAL, 2017), como também questionando a condição de trabalho de seus próprios motoristas ditos “parceiros” (FRABELLAS, DURAN, 2016). Igualmente de pronto surgiram múltiplas manifestações e greves contrárias à atuação da empresa através de todos os continentes, seja por seus concorrentes taxistas (THE TELEGRAF, s.d.), seja por seus próprios motoristas (THE AUSTRALIAN, s.d.; FINANCIAL TIME, s.d.; FORTUNE, 2017; MWANGI, 2017; EURONEWS,

¹ Dentre as seis maiores empresas norte-americanas por capitalização no mercado, cinco pertencem à classe vetorialista, que detém as três primeiras posições no ranking (Apple, Alphabet-Google e Microsoft) (KIESNOSKY, 2017).

² Uma dessas contradições reside no discurso de que realiza várias viagens e proporciona milhões de empregos, enquanto que, para outros fins – principalmente legais -, afirma que somente realiza intermediação entre usuários e que não tem nenhum empregado (Scholz, 2017, p. 1306).



2017; WAND, 2016; YARNOZ, 2016). A esse cenário acresçam-se algumas condenações judiciais e administrativas que consideravam tanto a condição alegada de empresa de tecnologia quanto a de trabalhadores independentes dos motoristas, sendo que as decisões julgaram no sentido de se tratar de empresa de transporte de passageiros e que a relação que mantém com os motoristas é de emprego (BBC, 2017; THE GUARDIAN, 2016; BADERTSCHER, VON ALLMEN, 2017; REUTERS, 2017).

O sistema de intermediação de trabalhadores por meio de plataformas algorítmicas é rapidamente expandido para vários setores: TaskRabbit³ (serviços domésticos), CrowdFlower⁴ (análise de dados), Zaarly⁵ (serviços profissionais diversos para casa); Postmates⁶ e Loggi⁷ (entregas), utilizando-se do mesmo sistema: intermediação de trabalhadores via aplicativo com controle algorítmico da realização dos serviços, sem o reconhecimento do vínculo empregatício, mantendo a autorrepresentação como empresa de serviços de tecnologia. Os trabalhadores intelectuais, como os professores, não escaparam dessa (des)organização do mundo do trabalho, também vendo o movimento de deslizamento do seu estatuto para um local menos seguro (HALL, 2016).

A organização do trabalho de plataforma capitalista se baseia na estrutura da subordinação por programação (SUPIOT, 2015) ou mesmo controle rizomático (GRISCI, 2011). Essa forma de organização de trabalhadores para a produção prescinde de controle direto sobre as pessoas, realizando-se por meio de programação algorítmica, pela criação de sistema mutável e adaptável de premiações e punições, introjetando na subjetividade de cada trabalhador a disciplina e os comandos, impondo o autocontrole, e ao mesmo tempo dispersando os centros de controle na multidão de usuários tomadores de serviços. Ao contrário do padrão fordista, na plataforma capitalista há a mobilidade dos trabalhadores e sua padronização pela normalização da conduta por formas sutis mais disseminadas de controle.

³ Cf. site da empresa disponível em: <<https://www.taskrabbit.com>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

⁴ Cf. site da empresa disponível em: <<https://www.crowdflower.com>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

⁵ Cf. site da empresa disponível em: <<https://zaarly.com>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

⁶ Cf. site da empresa disponível em: <<https://postmates.com>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

⁷ Cf. site da empresa disponível em: <<https://www.loggi.com>>. Acesso em: 23 mai. 2017.



Aquilo que autores chamaram de “*cyber-proletariat*” (DYER-WITHERFORD, 2015) ou “*cybertariat*” (HUWS, 2014) pode compreender também a situação desses trabalhadores: um multiverso proletário feito de diversos trabalhadores assalariados ou não, repartidos em diversas formas de trabalho dependente, informal, escravo e outras formas obscuras, sendo possibilitada sua organização por meio de redes digitais e algorítmicas, inclusive móveis (DYER-WITHERFORD, 2015, p. 13). O trabalho industrial vai à periferia, em arbitragem global, ocorrendo também o caminho inverso: as condições normalizadas de trabalho da periferia (informalidade, precariedade, desaparecimento das proteções estatais, vulnerabilidade a desastres) passam a vigorar também para as zonas centrais da economia mundial.

Outra chave de leitura está relacionada ao fenômeno também se relaciona com o processo denominado de “zonas cinzentas”, que são caracterizadas pela vitalidade, ambiguidade e superação dos atores tradicionais e das políticas públicas que garantiam a redistribuição igualitária, trazendo os germes da sociedade salarial e do trabalho futuro (KESSELMAN, AZAÏS, 2011). Assim, a zona cinzenta procede de dois movimentos: de um deslocamento de estatuto por profissões já existentes ou, no caso de figuras emergentes ou novas profissões, de normas que as relacionam com uma institucionalização desigual. Ela coincide com a aparição de fronteiras cada vez mais fluidas entre as formas de emprego e de trabalho, que dificultam o raciocínio binário entre o legal e o ilegal, formal e informal, autônomo e subordinado) (AZAÏS, 2017).

A noção de zona cinzenta é importante, não só como traço relevante de parte das relações atuais de trabalho, como há a evidente necessidade de se ultrapassar a construção das categorias, interpretações, representações e nomenclaturas baseadas na norma fordista, que já está com claros sinais de não conseguir dar conta do mundo atual do trabalho (AZAÏS, 2017).

Passa-se, agora, a analisar a constituição do mercado de trabalho dos advogados no Brasil.



2 O DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE TRABALHO DE ADVOGADOS NO BRASIL

Os advogados, da mesma forma que os médicos e engenheiros, estão entre as profissões liberais tradicionais na sociedade brasileira, oriundas da natureza intelectual de suas atividades. Inicialmente sua atividade consistia em atuação em escritórios, atendendo de forma pessoal seus clientes.

Tudo isso foi alterado. A sociedade de massa do capitalismo avançado envolve organizações corporativas gigantes, que ganham a concorrência pelo volume de negócios realizados. Só sobrevive no mercado quem concentra, para produzir o lucro pela quantidade de movimentação.⁸

Os médicos hoje estão concentrados, em sua maioria, em hospitais controlados por fundos de investimento, muitas vezes estrangeiros, gerenciados não mais por profissionais da área da saúde, mas por administradores de empresa profissionais (SCHELLER et. al., 2015). Os médicos trabalham nesses hospitais em regime de plantões, às vezes por intermédio de contratos precários, totalmente vinculados à estrutura organizacional empresarial, sem qualquer domínio sobre seus pacientes, não mais percebendo honorários auto-arbitrados, mas passam a ter remunerações pré-fixadas pelo empreendimento hospitalar ou clínico e, conseqüentemente, sem controle sobre sua carreira.

As empresas de engenharia, principalmente da área de construção pesada (CAMPOS, 2011), mas também em relação à construção civil em geral, atuam hoje na forma de grandes grupos econômicos, de forma frequente acusadas de formação de cartéis, gerando inclusive escândalos nacionais (MACEDO, 2015). Os engenheiros são

⁸ O capitalismo caminha sempre para a concentração. Dez empresas concentram quase tudo que é consumido nos Estados Unidos. Os 10 maiores bancos concentram mais de 50% do mercado financeiro. No Brasil, os 5 maiores bancos concentram 80% do mercado. 90% da mídia nos Estados Unidos está na mão de 6 empresas. Os quatro maiores conglomerados de mídia latino-americanos – Globo do Brasil; Televisa do México; Cisneros da Venezuela; e Clarín da Argentina –, juntos, retêm 60% do faturamento total dos mercados latino-americanos. No Brasil, é aguda a concentração na televisão aberta. De acordo com levantamento do projeto Os Donos da Mídia, seis redes privadas (Globo, SBT, Record, Band, Rede TV e CNT) dominam o mercado de televisão no Brasil. Essas redes privadas controlam, em conjunto, 138 dos 668 veículos existentes (TVs, rádios e jornais) e 92% da audiência televisiva. A Globo, além de metade da audiência, segue com ampla supremacia na captação de verbas publicitárias e patrocínios. (MORAES, 2013).



contratados em massa, em substituição aos antigos mestres de obras. A maior parte dos engenheiros, atualmente, encontra-se empregada nessas grandes empresas, como assalariados (CSI; SENAI; SESI; IEL; CONFEA, s.d.).

A nova formação do capitalismo avançado, que favorece e impõe a concentração, vem chegando também ao mundo da advocacia. Os pequenos escritórios, de confiança do cliente – alguns ainda resistem! -, vêm, como o médico de família, sendo substituídos pela concentração das causas em grandes escritórios, que atuam como verdadeiras empresas, não raros como corporações.

O atual fenômeno de concentração nos escritórios de advocacia decorre de dois processos, que se conjugam ao final: 1) a concorrência entre escritórios, fenômeno do atual estágio do capitalismo, utilizada como instrumento para enfrentar a judicialização de massa, 2) mas também é fruto das vantagens estratégicas ocasionadas pela judicialização de massa, fenômeno bem observado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988).

Quanto ao primeiro processo, as empresas buscam no mercado escritórios que lhe apresentem melhores preços e organização para lidar com a judicialização em massa das questões, em praticamente todas as áreas do Direito. Assim, as empresas colocam em concorrência direta os escritórios, que fazem “pacotes” de atendimento advocatício. Os escritórios, por sua vez, estruturam-se como empresas em busca da maximização dos lucros e da gestão do “negócio” advocatício. Aqueles escritórios que não se organizam dessa forma não conseguem se firmar no mercado, não sendo contratados pelos clientes, que buscam litigância judicial barata. O baixo preço praticado pelos escritórios alimenta a judicialização em massa, porque passa a ser interessante descumprir a legislação, pelos baixos custos jurídicos do enfrentamento no campo judicial. Torna-se, assim, um círculo vicioso no qual não se sabe mais se o baixo preço pago pelas empresas aos escritórios é originado por ato das empresas ou dos escritórios em concorrência. O certo é que a espiral é sempre descendente.

Outro fenômeno correlato é que as grandes corporações, utilizando grandes escritórios, aproveitam-se da ineficácia das reformas processuais – ou até de sua conivência - e conseguem manter a litigância habitual como estratégia empresarial. Como litigantes habituais, detêm uma série de vantagens competitivas: podem realizar



planejamento dos litígios, atuando de maneira estudada e estratégica no escalonamento das dívidas; ganham pela economia de escala, pois contratar grandes escritórios em concorrência faz com que a disputa em litígios se torne mais barata; com maior contato – praticamente diuturno com o Poder Judiciário-, aproveitam-se de relações informais com os membros da instância decisória (CAPPELLETTI, GARTH, 1988); diluição dos riscos da demanda pela existência de maior número de casos, podendo perder alguns, ganhar outros, na loteria judicial; e, enfim, têm possibilidade de testar estratégias processuais, continuando a aplicar as que não dão certo, e continuando outras teses que sejam aceitas (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 25).

Assim, as corporações escolhem grandes escritórios para manutenção das vantagens competitivas de serem litigantes habituais. Às vezes, as corporações realizam competição direta entre alguns escritórios, contratando mais de um para mantê-los competitivos entre si, fazendo quadro comparativo e concedendo notas e conceitos. Estes baixam os seus preços para conquista do cliente, chegando a cobrar migalhas por uma audiência ou uma peça processual.

Tudo isso é o subproduto do sonho inalcançável de um mundo governado apenas pelos números, perdendo a referência a outros valores (SUPIOT, 2015).

Exemplo desse tipo de escritório foi descrito em reportagem inteligentemente denominada “A salsicharia do direito”, afirmando que o modelo de escritório de contencioso de massa assemelha-se ao utilizado por empresas de baixo custo como JetBlue e Ryanair, ou varejistas como Walmart. A frase ícone da reportagem, e desse tipo de escritório, é a que o sócio de escritório abertamente afirma que “nosso negócio não tem gordura para queimar” (MOSCHELLA, 2011).

Interessante notar que tal prática, apesar de ser comum na advocacia, atenta contra o Código de ética da Ordem dos Advogados do Brasil, que em seu art. 5º expressamente afirma: “o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização.”

Outro ponto importante a salientar é a explosão dos cursos de Direito, que faz jorrar no mercado profissionais graduados, sem qualquer expectativa, a não ser a loteria do concurso público, ou a submissão a baixos salários em postos de trabalho precários em escritórios. Os escritórios ocupam espaços cada vez maiores, espalhando-se por



diversos andares em prédios comerciais, organizando advogados em baias quase idênticas a de atendentes de telemarketing. Os advogados laboram em linha de produção, tornando-se verdadeiros operários do Direito, produzindo peças em massa a partir de modelos pré-fabricados de petições. Salários baixíssimos disfarçados de “pro labore”, retiradas, distribuições, ou qualquer nome que se dê para a retribuição quase miserável que percebem dos escritórios. Nenhuma autonomia, pois estão presos à estrutura do grande escritório em forma de corporação. Nenhum direito, pois submetidos à contratação por ajustes precários, em fuga ao direito do trabalho.

Os grandes escritórios de advocacia atuam, assim, como grandes empresas. Para a realização de suas atividades são contratados advogados por algumas formas diversas: alguns poucos escritórios contratam como advogados empregados, sendo que a grande parte contrata de três formas básicas: 1) como sócios minoritários do escritório (de 0,000001% a 1% das cotas); 2) sob a figura do contrato de associação (figura intermédia entre o empregado e o sócio, cuja legalidade é fortemente questionada nos tribunais); 3) e mesmo de forma precária e informal, como prestadores de serviços autônomos.

Os advogados audiencistas, contratados somente para realizar audiências e diligências nos tribunais são angariados diretamente pelos escritórios e contratados informalmente ou por intermédio de empresas (OAB – SECCIONAL DO RIO DE JANEIRO, 2011, p. 09), como será o caso estudado neste trabalho.

Em relação especificamente aos advogados audiencistas, a Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional do Rio de Janeiro – OAB/RJ, realizou audiência pública no ano de 2013 em que seu presidente afirmou que:

[...] há colegas trabalhando em condições que não são compatíveis com a advocacia. É um cenário de aviltamento para todos, e a Ordem representa desde os sócios dos grandes escritórios e os diretores jurídicos de empresas, aos advogados de contencioso e também os audiencistas. Porém, como esses últimos são, no caso, o elo mais fraco, a OAB/RJ está saindo em sua defesa. Essa precarização é incompatível com a advocacia que queremos. (OAB – SECCIONAL DO RIO DE JANEIRO, 2013)



O presidente da corporação ainda questionou a utilização da denominação “audiencista”: “Por que criar essa figura do audiencistas? São advogados, que representam partes em uma audiência”.

Na audiência pública houve críticas ao trabalho realizado pelos advogados audiencistas por advogados:

É necessário responsabilizar os diretores das sociedades que contratam advogados de forma aviltante. No escritório onde trabalho, se aparece um currículo de um audiencista, logo é descartado. Esse profissional não está devidamente preparado para atuar como advogado.

O argumento foi rebatido por advogada audiencista:

Não somos entregadores de peças de defesa, e digo isso em nome de todos os audiencistas. Nosso trabalho não é de segunda categoria. Ninguém faz 20 audiências por dia porque quer, e não fazemos apenas audiências, muitas vezes fazemos diligências e outros trabalhos. Se trabalhasse para um escritório que me pagasse o suficiente, faria apenas duas ou três audiências e poderia me preparar melhor.

A presidente da Comissão de Sociedade de Advogados afirmou que é necessário:

Contextualizar a figura dos audiencistas no chamado ‘contencioso de massa’, pois é neste segmento do mercado que presenciamos a proletarianização da profissão sob todos os aspectos. A raiz da vulgarização profissional está na contratação puramente mercantilista que fomenta a fixação de salários pagos abaixo do piso da categoria, a exploração da mão de obra de outros advogados para diligências isoladas a um irrisório valor de honorários e a criação de figuras anômalas que estão hoje na ordem do dia da advocacia e que são amplamente divulgadas e consumidas pelo mercado jurídico como práticas legítimas e legais.

3 ESTUDO DE CASO: A CONTRATAÇÃO DOS ADVOGADOS AUDIENCISTAS POR MEIO DE PLATAFORMA ELETRÔNICA PELO GRUPO PRAZO

Foi escolhido para estudo de caso a relação desenvolvida entre o denominado Grupo Prazo, que realiza a intermediação de advogados e de prepostos para escritórios



de advocacia, a fim de atenderem demanda na realização de audiências judiciais. A escolha dessa empresa se dá porque é a empresa com maior número de demandas de reconhecimento de vínculo empregatício no âmbito do Estado do Rio de Janeiro e porque é a única conhecida que realiza a intermediação de advogados por aplicação tecnológica.

Os prepostos são contratados como empregados pela empresa; no entanto, os advogados são contratados sem qualquer formalidade ou respeito a direitos, recebendo por ato realizado.

Não se encontram muitas informações sobre o Grupo Prazo em seu site da internet. Segundo a própria empresa, ela se apresenta como “um novo conceito de tecnologia e logística jurídica”.⁹ Afirma que o empreendimento nasceu com o “advento do Código de Defesa do Consumidor, que mudou o cenário da Advocacia e do Judiciário no Brasil, uma vez que a população passou a buscar cada vez mais a prestação jurisdicional do Estado para solucionar os conflitos derivados da relação de consumo com grandes fornecedores de serviços nas áreas de telefonia, bancária, saúde, energia elétrica e transportes, dentro de tantas outras.” Informa que os Departamentos Jurídicos estavam em busca de “equalizar seus custos”, então foi desenvolvido o chamado “SISCORP – Sistema de Controle de Correspondentes Brasil” e o “Gerenciador de Processos Seven”, que “controla a esteira de produção até a gestão de consequências e resultado de uma operação de contencioso, tudo via workflow.”

Na parte em que apresenta seu aplicativo, a empresa afirma que:

Focado na segurança da informação, e no controle financeiro dos serviços prestados para aprovação, faturamento e pagamento, o SISCORP administra esta conta que quase sempre está no top 3 da lista de custo da operação de um Escritório de contencioso, assim desenvolvemos uma ferramenta capaz de integrar com qualquer sistema de gestão processual, fazendo o controle de envio e retorno da solicitação dos serviços de audiências e diligências assim como dos prazos destes serviços, anexos, e etc., todos com autorização de assertividade por parte do contratante do serviço (Escritório) para que o sistema já possa assim realizar o faturamento de cada um dos Correspondentes na data pactuada entre as partes. Completamente web, o SISCORP propicia ao Correspondente a mobilidade necessária

⁹ Site disponível em: <<http://www.grupoprazo.adv.br/>>. Acesso em 17 de dez. 2018.



para a impressão e baixa de qualquer solicitação ou documentação de qualquer ponto onde possa o mesmo estar conectado a internet. (sic)

A empresa também fornece aos seus clientes “prepostos”, ou seja, representantes das empresas nas ações judiciais. A empresa apresenta seu serviço da seguinte forma:

Importante frisar que todos nossos prepostos são bacharéis de Direito, tendo conosco o regime de contratação como Celetistas. A atuação de nossos prepostos inclui ainda desde a impressão das defesas, subsídios, kit de representação e quaisquer outra documentação necessária a sua atuação do processo, como também a do Advogado, pois cabe a nossa equipe a entrega da documentação ao Correspondente indicado por nossos Clientes para a audiência. (sic)

Por outro lado, observando os acórdãos proferidos nas ações judiciais em face da empresa no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região – Rio de Janeiro, outro quadro ser desenhado.

Conforme a decisão do Tribunal na ação nº 0010492-52.2013.5.01.0225 (BRASIL, 2015), a empresa contava em seu sítio de Internet, à época de seu julgamento, outra história. Dizia ali que o Grupo Prazo seria uma “joint venture formada pelas empresas Destaque, Domingues e Santos e Prazo. Que a empresa Destaque teria sido criada em 1999, tornando-se a “principal fornecedora de publicações dos Diários Oficiais do Brasil”, atendendo a “Departamentos Jurídicos e bancas de Advogados de renome no cenário Nacional e Internacional.” Domingues e Santos seria um escritório de advocacia de correspondência, oferecendo “uma logística com 200 advogados, que diariamente executam medianamente 700 audiências e 1200 diligências dispersas pelos Órgãos do Judiciário Fluminense.” (sic) “Para completar a Tríade, a PRAZO tecnologia e sistemas, trouxe para o GRUPO suas ferramentas de sistemas que sempre atenderam a plataformas de alta demanda no setor Jurídico, o consagrado SISCORP e o gerenciado web SEVEN [...]” (sic) Assim, segundo suas palavras, teria nascido:

[...] o maior fornecedor de serviços e soluções do mercado jurídico brasileiro, contando com uma equipe de mais de 500 profissionais, e um faturamento Anual de R\$ 20.000.000,00, o GRUPO não para de crescer, inaugurando novas filiais, conquistando novos clientes e



inovando o Mercado com soluções sob medida para cada necessidade.” (sic)

No caso, advogada audiencista requeria o reconhecimento do vínculo empregatício com as empresas que formavam o Grupo Prazo. Alegava que prestava serviços com os requisitos da relação de emprego, realizando audiências em órgãos da Justiça para clientes do citado grupo. Na ação citada foi reconhecido o vínculo empregatício da advogada com o grupo econômico, afirmando-se que se o grupo presta a assim chamada “logística jurídica”, conforme mesmo se identifica, “necessários os advogados para que o grupo tenha acesso aos processos dos clientes tanto para fotocopiá-los, dando prosseguimento aos feitos, quanto para o comparecimento nas audiências. Portanto, a atividade preponderante do Grupo Prazo é garantir aos clientes a realização de audiências e diligências com brevidade (24 horas de acordo com o site) e para tanto, por óbvio, precisam de advogados.” Verificou-se que os advogados eram contatados pelo aplicativo do Grupo Prazo e realizavam cerca de 10 audiências judiciais por dia. Recebiam instruções por e-mail e percebiam R\$ 7,00 (sete reais)¹⁰ por audiência de conciliação ou de instrução e julgamento realizada, levando à magistrada julgadora a asseverar que a “fraude mostra-se no caso mais grave, considerando-se que a advocacia consiste em função indispensável à administração da Justiça, [...], ante aos ínfimos valores pagos pelas realizações de audiências e acompanhamentos processuais.” Verificou ainda que mensalmente a advogada recebia R\$ 1.224,27, abaixo do piso salarial da categoria de advogados que seria R\$ 1.630,99.

No acórdão do Processo nº 0010691-03.2014.5.01.0011 (BRASIL, 2016a), a empresa se defendeu afirmando que o que:

[...] existe é uma relação comercial celebrada entre três empresas distintas, quais sejam, a 1ª Ré, a empresa ORION IMPRESSOS ELETRÔNICOS DO DIÁRIO OFICIAL LTDA (nome fantasia: Destaque Impressos Eletrônicos do Diário Oficial) e a empresa FERREIRA E SANTOS ADVOGADOS (antigas Domingues e Quintanilha Advogados e Domingues e Santos Advogados).

¹⁰ Equivalente a US\$ 2,33, conforme câmbio da data da decisão.



A empresa afirmou que a advogada teria prestado serviços autônomos, na condição de parceira comercial, "sem subordinação, pessoalidade, exclusividade e sem contraprestação salarial". Manteve a tese de que teria "como objeto social a comercialização de desenvolvimento de programas de computador, suporte técnico, manutenção e outros serviços." O Tribunal reconheceu o vínculo de emprego com o grupo econômico, tendo em vista o modo de controle do grupo empresarial em relação ao trabalho do advogado.

No Processo nº 0011696-74.2014.5.01.0071 (BRASIL, 2017a), a empresa negou a existência de relação de emprego, pois afirmou que o advogado:

[...] poderia ou não aceitar o serviço e que recebia do cliente os honorários sem interferência da Recorrente (Prazo), a qual não fiscalizava o seu trabalho, sendo o seu horário de trabalho de acordo com os das audiências, demonstrando assim que o labor era em forma de prestação de serviços autônomos, sem subordinação, até porque tinha liberdade para negar o serviço, o que certamente não o teria se empregada fosse e se falhasse se entenderia diretamente com o cliente o que comprova que a sua contratação era de prestador de serviços e não empregado celetista pois se não a inadimplência acarretaria penalidade do empregador face ao poder hierárquico que mantém sobre o empregado celetista. (sic).

Em outra ação judicial (BRASIL, 2017b), movida por empregado, a empresa afirmou que seus empregados, que dão suporte ao seu sistema, não são vinculados ao sindicato dos trabalhadores da área de Tecnologia da Informação, porque "prestam serviços na área jurídica".

Na ação nº 0010854-62.2015.5.01.0038 (BRASIL, 2016b), a Juíza reconheceu a condição de empregada da advogada audiencista, afirmando que:

A prática da Ré (empresa) de contratação de advogados como autônomos, atuando como intermediária na terceirização de serviços relacionados à atividade-fim de grande parte dos clientes, escritórios de advocacia, com o pagamento de honorários abaixo da tabela da OAB e sem a assinatura de CTPS, importa em clara precarização aos direitos da obreira.



4 A NOVA ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO E OS ADVOGADOS AUDIENCISTAS

A introdução da lógica de mercado na advocacia trouxe consigo a concorrência entre os profissionais e a concentração da atividade econômica em grandes corporações.

O trabalho realizado por advogados audiencistas, por ser realizado fora do ambiente do escritório, favorece a sua contratação em moldes diferentes dos legalmente previstos. A organização e a distribuição de trabalho por meio de gerenciamento por aplicativo de informática traz forma de controle diversa daquela realizada nos padrões antigos, em que prevalecia o controle pessoal do trabalho alheio.

Desta forma, tal qual acontece com os motoristas da Uber, os advogados audiencistas passam a realizar forma de trabalho inserido na chamada “zona cinzenta de emprego”, trazendo dificuldades na concretização de direitos, estando sujeitos a condição mais precária.

As novas tecnologias permitem que as empresas se escondam atrás das tecnologias que são o instrumento para a sua realidade econômica. As empresas passam a se referenciar como “empresas de tecnologia”, a fim de escaparem do vínculo de emprego, podendo, às vezes, contradizerem-se, dependendo do seu interesse. Como a Uber afirma em termos de marketing que gera empregos, negando essa condição judicialmente, o grupo Prazo, dependendo da situação, apresenta-se como empresa de tecnologia ou jurídica, com vimos acima.

A relativa novidade da situação dos advogados audiencistas é que não são somente os trabalhadores manuais que estão sendo deslocados das formas de contratação tradicionais. Conforme têm ocorrido também com os tradutores (THE ECONOMIST, 2017) e professores (HALL, 2016), os trabalhadores intelectuais têm sido levados à zona cinzenta por conta da organização do trabalho trazida pelas novas tecnologias, que prescindem do controle do tipo pessoal, própria do Fordismo.

O preço que pagam os trabalhadores é alto: seus rendimentos diminuíram, a insegurança aumentou e seu status, inclusive dentro da sua profissão, foi desvalorizado.

A utilização da nova forma de controle, por meio do aplicativo em computador, permite que a empresa utilize a argumentação que somente gerencia e liga o advogado



audiencista à firma de advocacia, desresponsabilizando pelas obrigações trabalhistas. O advogado audiencista se engaja por peças de trabalho fragmentadas, audiências, e as instruções para seu trabalho são dadas por intermédio do aplicativo. Assim, afasta-se das linhas tradicionais dos testes realizados para verificação da existência de relação de emprego.

Um dos objetivos do estudo da zona cinzenta é justamente apontar a necessidade de readaptação da compreensão da proteção dos direitos frente às novas formas de organização e realização do trabalho humano, quando a classificação binária emprego/trabalho independente se mostra no mínimo satisfatória (KESSELMAN, AZAÏS, 2011, p. 6).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso dos advogados audiencistas se mostra paradigmático: trabalhadores intelectuais proletarizados, e contratados por trabalhos fragmentados, intermediados com objetivo de lucro por empresa escondida atrás de aplicativo de computador, que controla toda a realização do trabalho, no estilo “*cybertariat*”. Ou seja, estão na mesma situação que os motoristas denominados “parceiros” da Uber. A uberização do trabalho chegou ao mundo dos advogados.

REFERÊNCIAS

ALOISI, Antonio. Il lavoro “a chiamata” e lepiattaforme online dellacollaborativeconomy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele. Milano, **Labour& Law Issues**, vol. 2, n. 2, 2016.

ALOISI, Antonio. CommoditizedWorkers. Case StudyResearchonLabour Law IssuesArisingfrom a Set of 'On-Demand/GigEconomy' Platforms (July 1, 2015).

Comparative Labor Law&PolicyJournal, vol. 37, n. 3, 2016. Disponível em:

<<https://ssrn.com/abstract=2637485>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2637485>>

Acesso em: 15 set. 2018.



AZAÏS, Christian. Sécurité de laprofession, insécuritédesprofessionels: la zone grise de l'emploi chez les pilotes d'hélicoptèreauBrésil. In Ch. Azaïs, Carleial M. da F., Gediel, J.A.P. (dir.), **Normes d'emploi et zone grise: quid Du travail aujourd'hui ?**, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, à paraître, 2017.

BADERTSCHER; Claudia; VON ALLMEN, Fabian. Uber blitzt ab: Fahrer sind Angestellte. SRF, 04 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.srf.ch/news/schweiz/uber-blitzt-ab-fahrer-sind-angestellte>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

BBC. European court aide rules Uber is a transport company. BBC, 11 mai. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/technology-39882766>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

BRASIL. RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Acórdão RO 0010492-52.2013.5.01.0225**. Rio de Janeiro, 18 ago. 2015. Disponível em <<https://trt1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/221629887/recurso-ordinario-ro-104925220135010225-rj/inteiro-teor-221629896>>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Acórdão RO 0010691-03.2014.5.01.0011**. Rio de Janeiro, 16 dez. 2016a. Disponível em: <http://consultapje.trt1.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_id=ZFKo3JQzloLfN5%2F5oMAy%2Bw%3D%3D&p_completo=0&p_tamanho=0&cid=136111>. Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Sentença RT 0010854-62.2015.5.01.0038**. Rio de Janeiro, 21 set. 2016b. Disponível em: <https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=683818&p_grau_pje=1&popup=0&dt_autuacao=&cid=656962>. Acesso em: 29 mai. 2017.



BRASIL. RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Acórdão 0011696-74.2014.5.01.0071**. Rio de Janeiro, 13 ago. 2017a. Disponível em <https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=98419&p_grau_pje=2&p_seq=11696&p_vara=71&dt_autuacao=11%2F04%2F2016&cid=624199>. Acesso em: 26 mai. 2017.

BRASIL. RIO DE JANEIRO. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. **Acórdão RO 0010989-78.2015.5.01.0069**. Rio de Janeiro, 30 jun. 2017b. Disponível em: <https://consultapje.trt1.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=163880&p_grau_pje=2&p_seq=10989&p_vara=69&dt_autuacao=08%2F05%2F2017&cid=624142>. Acesso em: 25 mai. 2017.

CAMPOS, Pedro. Semeando gigantes: centralização de capitais e diversificação das atividades das empreiteiras brasileiras no final da ditadura civil-militar. In **Revista Lutas Sociais**, n. 25-26, 2011. São Paulo: PUC/SP, p. 72-87.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CSI; SENAI; SESI; IEL; CONFEA. **Mercado de Trabalho para o Engenheiro e Tecnólogo no Brasil**. S.d. Disponível em: <<http://www.univasf.edu.br/~edmar.nascimento/iee/RelatoriodaPesquisaRevisado2008.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2015.

DUBAL, Veena. WageslaveorEntrepreneur?: Contesting the dualism of legal worker identities. **California Law Review**, February, 2017. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2796728>>. Acesso em: 15 set. 2018

DYER-WITHERFORD, Nick. **Cyber-Proletariat**. Global Labour in the Digital Vortex. Chicago: Pluto Press, 2015.

EURONEWS. Spanish taxi drivers strike against Uber and Cabify. **Euronews**, 16 mar. 2017. Disponível em:



<<http://www.euronews.com/2017/03/16/spanish-taxi-drivers-strike-against-uber-and-cabify>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

FABRELLAS, Anna, DURAN, Sergi (2016). Sharingeconomy vs. Uber economy y las fronteras de Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital. Barcelona, **Revista para el análisis del Derecho**, January 2016. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2737857>>. Acesso em: 15 set. 2018.

FINANCIAL TIMES. Uber's Indian drivers strike for fourth day over earnings squeeze. **Financial Times**, s.d. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/9653ace2-f1d9-11e6-8758-6876151821a6>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

FORTUNE. Hundreds of Uber Drivers in Qatar Go On Strike After Price Cuts. **Fortune**, 13 fev. 2017. Disponível em: <<http://fortune.com/2017/02/13/uber-strike-qatar/>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

GRISCI, Carmen. Controle Rizomático. In Catani, D. **Dicionário de Trabalho e Tecnologia**, Porto Alegre: Zouk, 2011.

HALL, Gary. **The Uberfication of the University**. Minnesota: University of Minnesota Press, 2016.

HUWS, Ursula. **Labor in the Global Digital Economy: The Cybertariat Comes of Age**. New York: NYU Press, 2014.

KESSELMAN, Donna; AZAÏS, Christian. **Les zones gris d'emploi: vers un nouveau concept dans la comparaison internationale du travail? L'exemple des Etats-Unis et de la France** Disponível em <<http://metices.ulb.ac.be/IMG/pdf/KESSELMAN-AZAIS.pdf>>. Acesso em : 15 set. 2018.



KIESNOSKY, Kenneth. The top 10 US companies by Market capitalization. **CNBC**, 8 mar. 2017. Disponível em: <<http://www.cnbc.com/2017/03/08/the-top-10-us-companies-by-market-capitalization.html?slide=1>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

KOKALITCHEVA, Kia. Uber Now Has 40 Million Monthly Riders Worldwide. **Fortune**, 20 out., 2016. Disponível em: <<http://fortune.com/2016/10/20/uber-app-riders/>>. Acesso em: 21 mai. 2017.

MACEDO, Fausto. Procuradoria aponta 16 empreiteiras alvos de ‘clube’ do cartel. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 12 dez. 2014. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/procuradoria-aponta-16-empreiteiras-alvo-de-clube-do-cartel/>>. Acesso em: 06 out. 2015.

MORAES, Denis de. Por que a concentração monopólica da mídia é a negação do pluralismo. **Carta Maior**, 29 jul. 2013. Disponível em: <<https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Midia/Por-que-a-concentracao-monopolica-da-midia-e-a-negacao-do-pluralismo/12/28352>>. Acesso em: 06 out. 2015.

MOSCHELLA, Alexandre. A salsicharia do direito no JBM. **Revista Exame**, 25 abr. 2011. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/990/noticias/a-salsicharia-do-direito>>. Acesso em: 08 out. 2015.

MWANGI, Willian. Uber taxi drivers go on strike, demand higher rates. **The Star**, 20 fev. 2017. Disponível em: <http://www.the-star.co.ke/news/2017/02/20/uber-taxi-drivers-go-on-strike-demand-higher-rates_c1509898>. Acesso em: 23 mai. 2017.

OAB – SECCIONAL DO RIO DE JANEIRO. **Revista Tribuna do Advogado**. Rio de Janeiro, OAB/RJ, out. 2013.

OAB-SECCIONAL DO RIO DE JANEIRO. Situação de audiencistas e aviltamento de honorários em pauta. **OABRJ Digital**, Rio de Janeiro, 28 out. 2013. Disponível em:



<http://www.oabrij.org.br/noticia/83264-situacao-de-audiencistas-e-aviltamento-de-honorarios-em-pauta>. Acesso em: 26 mai. 2017.

OSBORN, Hilary. Uber loses right to classify UK drivers as self-employed. The Guardian, 28 out. 2016. Disponível em:

<<https://www.theguardian.com/technology/2016/oct/28/uber-uk-tribunal-self-employed-status>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

REUTERS. Brazil judge rules Uber drivers are employees, deserve benefits. Reuters, 14 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.reuters.com/article/us-uber-tech-brazil-labor-idUSKBN15T2OC>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

SHELLER, Fernando et. al. Carlyle investe R\$ 1,75 bilhão na Rede D'Or de hospitais. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 27 abr. 2015. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,carlyle-investe-r-1-75-bilhao-na-rede-dor-de-hospitais,1676833>> . Acesso em: 06 out. 2015.

SCHOLZ, Trebor. Cooperativismo de plataforma: contestando a economia do compartilhamento corporativa. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, Editora Elefante, Autonomia Literária, 2016.

SCHOLZ, Trebor. **UberworkedandUnderpaid: Howworkers are disruptingthe digital economy**. Malden: Polity Press, 2017.

SUPIOT, Alain. **La Gouvernance par les nombres**. Paris: Fayard, 2015.

THE AUSTRALIAN. Uber drivers log off for day. **The Australian**, s.d. Disponível em: <<http://www.theaustralian.com.au/business/technology/melbourne-uber-drivers-strike-for-day-over-pay-safety/news-story/6b94b7555ca02ef92750c62b91907d23>>

Acesso em: 23 mai. 2017.



THE ECONOMIST. Why translators have the blues. **The Economist**, 27 mai. 2017.
Disponível em: <<http://www.economist.com/news/books-and-arts/21722609-profession-under-pressure-why-translators-have-blues?fsrc=scn/fb/te/bl/ed/whytranslatorshavetheblues>>. Acesso em: 29 mai. 2017.

THE TELEGRAF. Anti-Uber protests around the world, in pictures. **The Telegraph**, s.d.
Disponível em: <<http://www.telegraph.co.uk/technology/picture-galleries/11902080/Anti-Uber-protests-around-the-world-in-pictures.html?frame=3458643>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

WAND, Selina. Uber drivers strike to protest fare cuts in New York City. **Bloomberg**, 01 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-02-01/uber-drivers-plan-strike-to-protest-fare-cuts-in-new-york-city>>. Acesso em: 23 mai. 2017.

WARK, Mckenzie. Considerationson a Hacker Manifesto. In SCHOLZ, Trebor (ed.). **Digital Labor: The Internet as Playground andFactory**. New York and London: Routhledge, 2013.

YARNOZ, Carlos. Primeiro protesto de motoristas do Uber na França faz Governo mediar o conflito. **El País**, 20 dez. 2016. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/19/economia/1482164970_634000.html>. Acesso em: 23 mai. 2017.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).





Recebido em: 13.08.2018
Aceito em: 21.11.2018

DOI: <http://doi.org/10.33239/rtdh.v1i1.3>

1 Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP, professor do PPGD e do Curso de Graduação do CESUPA, titular da Cadeira nº 26 da Academia Brasileira do Direito do Trabalho

<https://orcid.org/0000-0002-4435-6450>

2 Aluna do Curso de Graduação em Direito do CESUPA



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

O Tribunal Superior do Trabalho e o trabalho escravo

The Superior Court of Labor and slave work
El Tribunal Superior del Trabajo y el trabajo esclavo

José Cláudio Monteiro de Brito Filho¹

Sarah Gabay Pereira²

RESUMO

Estudo que pretende analisar, do ponto de vista qualitativo, três decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST) no tocante ao trabalho em condições análogas à de escravo. O propósito é verificar a compatibilidade dessas decisões frente ao entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre o tema. Secundariamente, serão utilizadas como fontes de pesquisa a legislação, a doutrina e, especialmente, decisões do STF e do STJ sobre o tema, em matéria de direito penal, relacionando o entendimento em matéria penal com o entendimento do tema. Em síntese, o presente estudo possui como escopo identificar o entendimento comparado das decisões dos Tribunais Superiores em relação a questões que envolvem o trabalho em condições análogas a de escravo.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalho escravo. Tribunal Superior do Trabalho. Caracterização. Cadastro de Empregadores. Lista suja.

ABSTRACT

This study intends to analyze, from a qualitative point of view, three decisions of the Superior Labor Court (TST) regarding work in conditions analogous to slavery. The purpose is to verify the compatibility of these decisions with the understanding of the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ) on the subject. Secondly, the law, doctrine and, especially, STF and STJ decisions on the subject will be used as research sources in criminal law, linking the understanding in criminal matters with the understanding of the subject at hand. In summary, the present study has as its scope to comparatively identify the understanding of the decisions of the Superiors Courts regarding issues involving work in conditions analogous to that of slave.

KEYWORDS: Slavery. Superior Labor Court. Description. Employers' Registry. Dirty list.

RESUMEN

Estudio que pretende analizar, desde el punto de vista cualitativo, tres decisiones del Tribunal Superior del Trabajo (TST) en lo que se refiere al trabajo en condiciones análogas a la de esclavo. El propósito es verificar la compatibilidad de esas decisiones frente al entendimiento del Supremo Tribunal Federal (STF) y del Superior Tribunal de Justicia (STJ) sobre el tema. En segundo lugar, se utilizarán como fuentes de investigación, la legislación, la doctrina y, especialmente, decisiones del STF y del STJ sobre el tema, en materia de derecho penal, relacionando el entendimiento en materia penal con el entendimiento del tema. En síntesis, el presente estudio tiene como objetivo identificar el entendimiento comparado de las decisiones de los Tribunales Superiores en relación a cuestiones que involucran el trabajo en condiciones análogas a de esclavo.

PALABRAS CLAVE: Trabajo esclavo. Tribunal Superior del Trabajo. Caracterización. Registro de Empleadores. Lista sucia.

INTRODUÇÃO

O combate ao trabalho em condições análogas à de escravo, desde que se tornou uma prática regular do Estado Brasileiro a partir de 1995, quando Fernando Henrique Cardoso, então Presidente da República, reconheceu sua existência em território nacional¹, passou por diversas fases.

Embora houvesse ações penais pela prática do trabalho em condições análogas à de escravo, ações essas em boa parte prejudicadas pela indefinição a respeito da competência para o seu julgamento: Justiça Estadual ou Federal, o que só foi ser dirimido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a partir de meados da primeira década do Século XX, quando a Corte decidiu pela competência da Justiça Federal², o combate, de forma sistemática, iniciou e frutificou na esfera trabalhista, até pela atuação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho³ e dos Procuradores do Trabalho, estes por intermédio da CONAETE coordenadoria que trata do combate ao trabalho escravo no âmbito do Ministério Público do Trabalho⁴.

¹ Não obstante já houvesse seu reconhecimento, do ponto de vista normativo, desde 1940, como se verifica no artigo 149 do Código Penal Brasileiro, e no item 51 da Exposição de motivos da Parte Especial do referido Código, que dispõe: “No art. 149, é prevista uma entidade criminal ignorada do Código vigente: o fato de reduzir alguém, por qualquer meio, à condição análoga à de escravo, isto é, suprimir-lhe, de fato, o status libertatis, sujeitando-o o agente ao seu completo e discricionário poder. É o crime que os antigos chamavam *plagium*. Não é desconhecida a sua prática entre nós, notadamente em certos pontos remotos do nosso *hinterland*”.

² Exemplo desse posicionamento é a decisão no processo nº RE 398.041-6, proferida em 30/11/2006, da relatoria do então Ministro Joaquim Barbosa, e que tem a seguinte ementa: “Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho”.

³ O Grupo Especial de Fiscalização Móvel foi criado com o objetivo de coibir a prática de trabalho escravo, forçado e infantil, por meio da Portaria n. 549, de 14.6.1995, do Ministro do Trabalho, e conta com a participação de outros órgãos e entidades, nas fiscalizações.

⁴ No âmbito do Ministério Público do Trabalho, não obstante o combate ao trabalho escravo seja parte da atuação de todos os membros que desenvolvem a atividade de órgão agente, a coordenação das atividades, como afirmado, cabe à Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo — CONAETE, que foi criada em 12 de setembro de 2002, por meio da Portaria n. 231, do Procurador-Geral do Trabalho.



Esse combate ganhou impulso em 2003, pela alteração do artigo 149 do Código Penal Brasileiro (CPB) pela Lei nº 10.803, de 11/12/2003, que trouxe uma redação analítica, identificando de forma precisa os modos de execução do crime de submeter alguém à condição análoga à de escravo e, como dito, depois da decisão do STF a respeito da competência, pois, ao lado da repressão na esfera trabalhista, iniciou-se outra, também sistemática, na esfera penal, agora pelos Procuradores da República.

E isso motivou até decisões do STF, em razão de denúncias oferecidas pelo Procurador-Geral da República, e que serão referidas no item 3 deste texto, contra parlamentares acusados dessa prática.

Esse impulso gerou, ainda, a criação de diversas outras medidas, sempre com o objetivo de reprimir o trabalho escravo, sendo digna de nota a criação, pela Portaria nº 540, de 15 de outubro de 2004, do Ministério do Trabalho e Emprego, do “Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas à de escravo”, também conhecido como “lista suja”⁵.

Toda essa movimentação gerou um esforço da doutrina em direção à caracterização do fenômeno e sustentação das medidas para o combate ao trabalho escravo, mas, que tomou, principalmente, por base, o disposto no artigo 149 do CPB, e se voltou com mais vigor para a esfera penal, embora sem ignorar que o ilícito nasce em uma relação trabalhista, ainda que maculada pelo cometimento de um crime pelo tomador dos serviços e/ou por seus prepostos⁶.

A proposta deste artigo é discutir, a partir da jurisprudência das altas cortes brasileiras, a caracterização da condição análoga à de escravo e a aplicação da chamada Lista Suja no âmbito das relações de trabalho. Nesse sentido, o problema de pesquisa deve ser assim enunciado: como o Tribunal Superior do Trabalho vem decidindo as questões relativas ao trabalho escravo? Para responder a esse problema, e do ponto de vista metodológico, a pesquisa inicialmente feita ocorreu no sítio do TST, a partir dos seguintes argumentos de pesquisa: “Escravo”; “Trabalho escravo”; “Trabalho análogo ao de escravo”; “Labor

⁵ Em verdade, a Portaria nº 1.234, de 17 de novembro de 2003, do Ministro do Trabalho, já havia estabelecido o envio, para determinados órgãos, de uma relação de tomadores que serviços que tivessem praticado o trabalho escravo, tendo sido revogada pela Portaria nº 540/2004, que aí sim criou o Cadastro.

⁶ São exemplos desse esforço, entre outros, os livros de Brito Filho (2017), Neves (2012) e Mesquita (2016).



assemelhado ao de escravo”; “Trabalho degradante ou escravo”; “Trabalhadores em condições análogas às de escravo”; “Trabalho escravo contemporâneo”; “Submissão de empregados a condições análogas às de escravo”; “Prestação de serviços em condições análogas à de escravo”; “crime de redução à condição análoga à de escravo”; “trabalho escravo moderno”; “Condição de escravo”; “Situação análoga à de escravo”; “Condições análogas às de escravo”; “Mão-de-obra em condições análogas à escrava”; “Trabalhador escravo”; “Hipótese de condição análoga à de escravo”; “Serviço escravo”; “Reduzir alguém a condição análoga à de Escravo”, quando foram encontradas 137 decisões vinculadas aos argumentos apresentados.

Tabeladas essas decisões, passou-se à primeira análise qualitativa, verificando o objeto de cada uma delas, além de um resumo de seu conteúdo. Logo de plano foi possível observar que, como é comum no âmbito do TST, as discussões, especialmente nos recursos de revista e nos agravos de instrumento, são muito mais voltadas à esfera processual do que ao direito discutido.

Isso torna pouco interessante uma análise da maioria das decisões encontradas, pois não interessa para os fins desta específica pesquisa saber se esse ou outro recurso é cabível, nem as questões processuais que foram debatidas. Assim, foi preciso, ao menos nessa primeira análise que fazemos, optar pelo foco em decisões determinadas, com conteúdo suficiente para apresentar uma amostra do pensamento do TST a respeito da caracterização do trabalho escravo para fins trabalhistas e a respeito da “lista suja”. Para isso, selecionamos, para o primeiro fim: caracterização do trabalho escravo, decisões nos processos RR - 178000-13.2003.5.08.0117 e RR 61100-07.2004.5.08.0118, e, para a discussão a respeito do Cadastro, o de número RR 184600.13.2007.5.16.0012.

Feita a escolha, a pesquisa seguirá o seguinte curso: inicialmente, no item 2, faremos a análise dos acórdãos selecionados, verificando o que foi decidido em cada um deles; primeiro os relativos à caracterização, depois o que trata da “lista suja”.

Em seguida, no item 3, analisaremos o que foi decidido pelo TST, em comparação com o que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para, ao final, fazer algumas considerações, à guisa de conclusão.



1 O TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E O TRABALHO ESCRAVO: ANÁLISE DE DECISÕES A RESPEITO

Como dito ao final da introdução, o objetivo deste item é apresentar as decisões do Tribunal Superior do Trabalho que serão objeto de análise, fazendo, desde logo, uma descrição dos aspectos dos acórdãos que interessam para as questões que nos preocupam: a caracterização do trabalho escravo e a visão que o Judiciário tem da “Lista suja”.

Para isso, dividiremos o item em dois. No primeiro subitem trataremos das decisões nos processos RR - 178000-13.2003.5.08.0117 e RR 61100-07.2004.5.08.0118. Já no segundo discutiremos o que foi decidido no processo RR 184600.13.2007.5.16.0012.

1.1 Decisões do TST em que se discute a caracterização do trabalho escravo

1.1.1 RR - 178000-13.2003.5.08.0117

O presente acórdão trata de decisão em recurso de revista interposto por Construtora Lima Araújo LTDA e outros, em face do Ministério Público do Trabalho da 8ª região, com distribuição à 1ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho. O processo foi julgado em 18.08.2010, pelo Ministro Relator Vieira de Mello Filho. O acórdão apresenta a seguinte ementa:

RECURSO DE REVISTA – DANO MORAL COLETIVO – REDUÇÃO DE TRABALHADOR A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO – REINCIDÊNCIA DAS EMPRESAS - VALOR DA REPARAÇÃO. O Tribunal local, com base nos fatos e nas provas da causa, concluiu que as empresas reclamadas mantinham em suas dependências trabalhadores em condições análogas à de escravo e já haviam sido condenadas pelo mesmo motivo em ação coletiva anterior. Com efeito, a reprovável conduta perpetrada pelos recorrentes culmina por atingir e afrontar diretamente a dignidade da pessoa humana e a honra objetiva e subjetiva dos empregados sujeitos a tais condições degradantes de trabalho, bem como, reflexamente, afeta todo o sistema protetivo trabalhista e os valores sociais e morais do trabalho, protegidos pelo art. 1º da Constituição Federal. O valor da reparação moral coletiva deve ser fixado em compatibilidade com a violência moral sofrida pelos empregados, as condições pessoais e econômicas dos envolvidos e a gravidade da lesão aos direitos fundamentais da pessoa humana, da honra e da integridade psicológica e íntima, sempre observando os princípios da razoabilidade e



proporcionalidade. Na hipótese, ante as peculiaridades do caso, a capacidade econômica e a reincidência dos recorrentes, deve ser mantido o quantum indenizatório fixado pela instância ordinária. Intactas as normas legais apontadas. Recurso de revista não conhecido. (BRASIL: TST, 2010a).

Os autos vieram do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 8ª Região que, em julgamento de recurso ordinário, pela 1ª Turma, deu parcial provimento aos pedidos advindos do recurso interposto pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), e negou provimento ao recurso da parte contrária, sendo que a matéria mais relevante tratava-se do pedido de majoração do dano moral coletivo.

Registramos por oportuno que, após a decisão em sede de recurso ordinário, os reclamados interpuseram embargos de declaração, que foram rejeitados.

Em razão do persistente inconformismo dos reclamados, estes opuseram recurso de revista ao TST, afirmando violação expressa de dispositivos constitucionais e da CLT. Em sua petição, apontaram a nulidade do acórdão do Tribunal *a quo*, uma vez que entenderam que o Tribunal local negou prestação jurisdicional, que a multa aplicada por terem sido os embargos de declaração considerados protelatórios era inadequada, que há intempestividade do RO do MPT 8ª, que ocorreu o cerceamento de defesa e a perda do objeto da ação, e, por fim, que o valor fixado aos danos morais coletivos fora desarrazoado.

Nos concentraremos, neste texto, na última questão: da majoração do dano moral coletivo, deferida pela 1ª turma do TRT da 8ª Região, ao dar provimento ao recurso ordinário do MPT, pois é a parte que está relacionada ao objeto central do trabalho.

O relator, na decisão da 1ª turma do TST, realiza uma extensa citação do acórdão do TRT, demonstrando a argumentação que levou este a julgar inevitável a elevação do dano moral. Resumidamente, depreende-se dos autos que foram realizadas cinco fiscalizações na Fazenda Estrela de Maceió, entre 1998 a 2003 e, mesmo com algumas resultando em acordos ou em condenação de R\$-30.000.00, as reclamadas mantiveram o tratamento degradante dispensado aos trabalhadores.

Dentre as irregularidades observadas pelos Grupo de Fiscalização Móvel, durante esse período, é possível mencionar a ausência de registro da CTPS e de controle de ponto, falta de fornecimento de água potável (sem bebedouro no alojamento) e de condições sanitárias, sem a higienização e a segurança impreteríveis no ambiente de trabalho, falta de



assistência médica aos trabalhadores doentes devido à intoxicação, a não concessão do descanso semanal remunerado, a inexistência de equipamentos de proteção individual ou, depois de algumas fiscalizações, a comercialização desse material, trabalhadores menores de 14 anos e o controle da liberdade de utilização do salário acertado, em consequência das inúmeras dívidas contraídas pelos trabalhadores no armazém que comercializava alimentos e vestuário.

Em síntese, no acórdão impugnado restou evidente que o que foi requerido pelas reclamadas de diminuição do *quantum* indenizatório de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) para R\$30.000,00 (trinta mil reais) era inviável, porque as reclamadas já haviam quitado dívida de valor aproximado e ainda assim reincidiram nas práticas mencionadas. Ao mesmo tempo, o TRT8 julgou exacerbada a majoração proposta pelo Ministério Público, alegando excessivo o valor de R\$ 85.056.000,00 (oitenta e cinco milhões e cinquenta e seis mil reais) ou, caso não acolhesse tal valor, que considerasse R\$ 56.000.000,00 (cinquenta e seis milhões de reais). Posta dessa forma a controvérsia entre as partes, optou a relatora Suzy Koury por estabelecer o dano moral coletivo em R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), com o argumento de que o valor deve ser compatível o suficiente para a cessação da prática, porque reiterada, não obstante não aceitar os valores maiores pretendidos pelo MPT, como já afirmado.

O relator do RR, em seu voto, aponta que as reclamadas aduzem que o valor fixado ofende o princípio da razoabilidade e o bom senso, contribuindo para o enriquecimento sem causa da vítima. Seu entendimento perpassa pelos mesmos fundamentos do acórdão impugnado no que se refere ao fato de que se fosse fixado o dano em R\$30.000,00, a empresa reincidiria na submissão de trabalhadores escravos, acrescentando que a imposição do dano moral coletivo não deve ser nem irrisório nem abusivo a ponto de favorecer o enriquecimento ilícito da vítima, embasado no princípio da razoabilidade, da proporcionalidade e da equidade, no sentido de proteger os princípios constitucionais, a dignidade da pessoa humana dos trabalhadores, os valores sociais do trabalho e todo o sistema de proteção ao obreiro, com o devido respeito aos direitos fundamentais.

Com essa fundamentação, o TST deliberou por manter a indenização de R\$5.000.000,00, por considerar proporcional à reiterada lesão aos direitos dos trabalhadores perpetrada pelas reclamadas. Seguindo nesse entendimento, os dispositivos apresentados



pelas recorrentes foram compreendidos como não versando sobre o dano moral coletivo, não havendo relação entre eles e tal matéria e, conseqüentemente, não sendo o caso hipótese de cabimento do RR que, por não se escorar em qualquer das hipóteses de cabimento, não foi conhecido, sendo a decisão unânime.

O julgamento do RR - 178000-13.2003.5.08.0117 mostra-se pertinente por estabelecer parâmetros tanto para a caracterização do trabalho análogo à escravidão, como para a fixação do *quantum* indenizatório de dano moral coletivo em práticas reiteradas desse labor ilícito.

Primeiramente, é relevante notar que o acórdão define precedentes quanto a que práticas podem identificar o trabalho escravo, tendo em vista que ratifica o reconhecimento do dano a partir do que o justificou, segundo o Tribunal Local. Com tal identificação, atitudes como a ausência de registro de CTPS, não fornecimento de água potável, existência de instalações sanitárias precárias e de alojamentos insalubres, sem a adequada atenção à segurança e à higiene do trabalhador, significam condições degradantes de trabalho. Vincula, também, as condições à (violação da) dignidade da pessoa humana.

Em segundo plano, o acórdão também é interessante de ser analisado sob a perspectiva da fixação do dano moral coletivo indenizado. Como as sucessivas fiscalizações, acordo e condenação de R\$ 30.000,00 não serviram de estímulo para a erradicação do trabalho degradante, o Ministro-Relator, Vieira de Mello Filho, não visualizou outra alternativa senão a confirmação da decisão dada pelo TRT8, haja vista que as reclamadas possuíam diversas chances de reverter o cenário de trabalho irregular. Por esse ângulo, o julgado demonstrou um entendimento significativo para o combate do trabalho escravo: sempre que as reclamadas insistirem em manter trabalhadores em condições degradantes e jornadas exaustivas de trabalho, antes já tendo havido condenações ao pagamento de indenização por dano moral coletivo, a fixação de novo dano moral não pode possuir valor inferior ou aproximado ao que já foi quitado pelo tomador dos serviços, considerando que a permanência do valor similar não desestimula ou coíbe os empregadores a sustar trabalho escravo.



1.1.2 RR 61100-07.2004.5.08.0118

Nesse caso, a decisão examinada é um proveniente do julgamento de recurso de revista interposto pelo Ministério Público do Trabalho da 8ª Região, em que o recorrido é João Batista de Jesus Ribeiro, e foi proferida em 15.12.2010 pela 4ª Turma do TST. Ressaltamos que houve o julgamento conjunto do recurso de revista apresentado pelo MPT e do agravo de instrumento de João Batista de Jesus Ribeiro, em razão da negativa de seguimento de seu recurso de revista pelo Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. A relatoria do processo foi do Ministro Barros Levenhagen.

O acórdão tem a ementa abaixo:

RECURSO DE REVISTA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. CARACTERIZAÇÃO DE TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. I - Verifica-se da fundamentação de fls. 1.021/1.022, do acórdão impugnado, ter o relator originário assentado a tese de que, para caracterização do trabalho escravo, não seriam imprescindíveis o concurso da falta de liberdade de ir e vir e condições degradantes de labor (sic). II - Isso porque, doutrinariamente, também o configuraria o trabalho forçado, por ser a modalidade mais perversa do trabalho escravo, presente no caso de trabalho em condições degradantes e em jornadas exaustivas, que alertara era justamente a que se verificara no caso concreto. III - Daí a razão pela qual, na fundamentação de fls. 1.031, da decisão impugnada, Sua Excelência entendera caracterizado o trabalho em condições degradantes e a jornada exaustiva que, a seu ver, já seriam suficientes para configuração da condição análoga a de escravo, tal como tipificado no artigo 149 do Código Penal. IV - A douta maioria da Turma, entretanto, divergiu de Sua Excelência, conforme se constata da fundamentação de fls. 1.034, deduzida no voto condutor da Exma. Desembargadora Elizabete Fátima Martins, pelo qual foram excluídas da sanção jurídica as obrigações relativas à abstenção de se exigir trabalho forçado dos empregados, de aliciar-se trabalhadores, diretamente ou através de terceiros, de um local para outro do território nacional; de coagir e induzir empregados a utilizarem armazém ou serviços mantidos pela fazenda; de impor sanção aos trabalhadores decorrentes de dívidas; de não se utilizar do sistema *truck sistem* e de não pagar salários com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas. V - Em consequência da exclusão desse rol de obrigações que haviam sido impingidas ao recorrido, a maioria resolveu reduzir a indenização por dano moral coletivo de R\$ 760.000,00 para R\$ 76.000,00, desta feita, com base no voto condutor do Exmo. Desembargador Lúcio Vicente Castiglioni, o qual, para tanto, deixou consignado, equivocadamente, na fundamentação de fls. 1.039, que a Turma teria considerado inexistente o trabalho escravo. VI - É que, conforme já



explanado, tanto o relator originário quanto os demais integrantes do Colegiado firmaram entendimento de que a caracterização do trabalho em condições degradantes e de jornadas exaustivas já seriam suficientes para configuração de trabalho em condição análoga à de escravo. VII - Com isso agiganta-se a inocuidade do registro ali lavrado de que a Turma, por sua maioria, considerara inexistente o trabalho escravo, visto que efetivamente o considerara existente, não na modalidade do trabalho forçado e sim na modalidade do trabalho degradante, a partir da qual foram excluídas da sanção jurídica certas obrigações impostas ao recorrido. VIII - Para bem ilustrar o aludido equívoco terminológico nada melhor do que trazer à colação o acórdão proferido pelo relator originário, quando do julgamento dos embargos de declaração, interpostos pelo recorrente, no qual Sua Excelência assentara ter havido reconhecimento, ainda que parcial, da existência de trabalho em condições degradantes, de que compartilhara a maioria da Turma, tanto que, segundo ressaltara, fora mantida a condenação em danos morais coletivos, porém em valor reduzido. IX - A partir dessas singularidades jurídico-factuais do acórdão impugnado, indicativas de ter sido admitido o trabalho escravo na modalidade de trabalho degradante e não na modalidade de trabalho forçado, depara-se com a evidência de os arestos trazidos à colação longe de dissentirem do acórdão impugnado com ele se coadunam. X - É que os compulsando constata-se que todos eles se inclinaram pelo mesmo entendimento do Regional acerca da configuração do trabalho em condição análoga à de escravo, a inviabilizar o conhecimento do recurso pela alínea "a" do artigo 896 da CLT, por ausente o requisito da especificidade da divergência pretoriana. XI - Já no que diz respeito à pretensão de restabelecer a indenização por danos coletivos, fixado pela Vara do Trabalho no valor de R\$ 760.000,00, o recurso se encontra desfundamentado, na medida em que o recorrente não indicou dispositivos de lei e/ou da Constituição que tivessem sido violados, nem trouxe à lume arestos para demonstração de divergência jurisprudencial. Recurso não conhecido. (BRASIL: TST, 2010b).

O recorrente afirma que o RR deve ser conhecido pelo princípio da transcendência e pela existência de divergência jurisprudencial, relativa à caracterização do trabalho escravo. Por meio desses argumentos, requer que seja, portanto, restabelecido o valor da condenação inaugural.

O relator do RR constata em seu voto que no acórdão impugnado o relator do Tribunal Local havia estipulado que não são imprescindíveis a coexistência entre a restrição da liberdade de ir e vir e as condições degradantes de trabalho, ou seja, o desembargador apoiou a corrente doutrinária que corrobora que para a caracterização do trabalho escravo não é necessário, muito menos obrigatória, a configuração de ambos os fatos. Isso significa que basta a presença de condições degradantes e já se aplicam as sanções jurídicas devidas



aos empregadores que submetem obreiros ao trabalho análogo ao de escravo. Dessa forma, no caso em questão, acredita estar configurado o trabalho degradante dos empregados, ou seja, com a identificação de trabalho escravo.

No entanto, a maioria da turma no TRT 8ª divergiu do relator, acompanhando o voto da desembargadora Elizabeth Fátima Martins. O voto da desembargadora afirmou que algumas sanções jurídicas deveriam ser retiradas do réu, uma vez que o que se constatou nos autos é que ficara caracterizado somente o trabalho degradante, e não o trabalho forçado. Essa percepção culminou na redução do dano moral coletivo de R\$ 760.000,00 (setecentos e sessenta mil reais) para R\$ 76.000,00 (setenta e seis mil reais), seguida por maioria pelo voto do desembargador Lúcio Vicente Castiglioni.

A polêmica enfrentada pelo acórdão deveu-se ao fato de o relator do recurso ordinário, no tribunal local, haver afirmado a ausência, no caso *sub judice*, de evidências da ocorrência de trabalho escravo.

O ministro relator do RR argumenta que houve somente equívoco na redação, o que não ensejaria o enquadramento de divergência jurisprudencial, porque se depreende do voto do relator e da decisão dos demais desembargadores que houve sim a caracterização do trabalho escravo, pela modalidade de trabalho degradante, e que a redução da indenização fora pela configuração de somente uma das possibilidades que tipifica o labor irregular, sem a modalidade de trabalho forçado. Nesses termos, o Relator, Ministro Barros Levenhagen, não conheceu do RR e foi acompanhado por unanimidade pelos ministros da 4ª Turma do TST.

Em verdade, parece-nos que não houve equívoco, e sim uma manifestação deliberada da Turma do TRT da 8ª Região, por maioria, que associou trabalho escravo a uma obrigatória restrição à liberdade de locomoção, posição que ainda é encontrada, embora não seja majoritária, como veremos no item a seguir.

Diante da análise do acórdão do RR é possível concluir que ainda há, para alguns, dificuldade de estabelecer parâmetros práticos que configurem as hipóteses previstas de trabalho escravo. O relator do recurso ordinário, no TRT, entendeu que houve trabalho degradante e escravo, já a desembargadora Elizabeth Fátima Martins, que apresentou voto divergente, em conjunto com a maioria dos desembargadores, assinalou a existência somente de trabalho degradante e, portanto, afastou boa parte da reprimenda ao



reclamado. A ampla subjetividade da classificação e do enquadramento de acordo com os fatos produzidos nos autos pode modificar substancialmente a condenação, visto que a retirada do “trabalho escravo”, conseqüentemente, acarretou na redução da indenização. O questionamento é como questão aparentemente compreensível, que é a de que o trabalho em condições degradantes é um dos modos de execução do trabalho escravo, remetem a interpretação distinta e contrária à lei.

É o que se vê, ainda no julgamento do TRT, na manifestação do desembargador Lúcio Vicente Castiglioni ao afirmar que condenava o reclamado ao pagamento de R\$ 76.000,00 por trabalho degradante, mas, ao mesmo tempo, negando a existência do trabalho escravo.

Acreditamos que essa análise imperfeita decorreu da insistente associação entre os termos trabalho escravo e trabalho forçado como sinônimos, fato este que o ministro relator, no julgamento do recurso de revista, acreditou ser um equívoco, quando, em verdade, foi algo deliberado. O trabalho forçado é só um dos modos de execução que caracterizam o trabalho análogo à escravidão, logo, este não se resume àquele. Dessa maneira, é completamente viável a configuração do trabalho escravo na ausência de trabalho forçado, pois, além da modalidade de trabalho forçado existe a submissão a jornadas exaustivas, a condições degradantes e a restrição de liberdade de ir e vir em razão de dívida contraída, todos previstos no art. 149, *caput*, do Código Penal, além das figuras equiparadas, previstas no § 1º do mesmo artigo. E os modos são autônomos, passíveis de ocorrência isolada. No caso em questão, o desacerto residiu no uso incorreto da denominação “trabalho escravo”, haja vista que, como as modalidades podem acontecer de maneira não cumulativa, a confirmação do trabalho degradante por si só qualifica o labor como trabalho análogo à escravidão.

De qualquer sorte, a análise feita no âmbito do TST está correta, salvo por ter considerado que o que houve no TRT foi fruto de mero equívoco.

1.2 “Lista Suja”: a decisão no RR 184600.13.2007.5.16.0012

Para a questão relativa ao cadastro de empregadores, como já informado antes, trabalharemos com somente uma decisão, por ser a que, da pesquisa feita, melhor se apresenta para esse fim.



O acórdão em questão advém de recurso de revista, apresentando como partes a União (recorrente) e Francisco Andrade de Alencar (recorrido), sendo o processo originário do Tribunal Regional do Trabalho de 16ª Região. A relatoria foi do Ministro José Roberto Freire Pimenta, sendo o processo julgado em 23 de agosto de 2017. A ementa do julgado é a seguinte:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. EXCLUSÃO DO NOME DO CADASTRO DE EMPREGADORES QUE MANTENHAM TRABALHADORES EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS A DE ESCRAVOS. PERMANÊNCIA NO CADASTRO PELO PERÍODO DE DOIS ANOS. PORTARIA Nº 540/2004 DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO.

Como parte integrante das estratégias de atuação operacional traçadas pelo Governo Federal no Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, cita-se, pontualmente, a erradicação das formas contemporâneas de escravidão. Nessa linha, o Ministério do Trabalho e Emprego editou a Portaria nº 540/2004, criando o Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas às de escravo, com a finalidade de instituir, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, uma listagem desses empregadores que atuam de forma irregular. Conforme dispõe o artigo 2º da Portaria nº 540/2004, o nome do infrator é incluído no cadastro ou "lista suja" após decisão administrativa final referente ao auto de infração lavrado em procedimento fiscalizatório. Por outro lado, o artigo 4º, caput e § 1º, da Portaria nº 540/2004 delimita prazo de dois anos para a monitoração do citado cadastro e verificação da regularidade das condições de trabalho, a fim de que, em caso de não reincidência, o nome do infrator possa ser retirado da referida lista após a quitação das multas administrativas e dos débitos trabalhistas e previdenciários decorrentes da ação fiscal. A exclusão do nome do infrator, portanto, é condicionada ao pagamento das multas resultantes da ação fiscal e de eventuais débitos trabalhistas e previdenciários, além da regularidade das condições de trabalho e não reincidência do empregador no período de dois anos. São requisitos cumulativos e não excludentes. Dessa maneira, o cumprimento do termo de ajuste de conduta assumido perante o Ministério Público do Trabalho bem como o saneamento das irregularidades, a despeito de representarem o ideal a ser reparado pelo empregador infrator, não têm o condão, por si só, de acarretar a exclusão do nome do empregador infrator do Cadastro de Empregadores, pois é necessário o transcurso do período de "quarentena" previsto na Portaria nº 540/2004. No caso em exame, infere-se da decisão recorrida que o autor foi autuado nove vezes pelos fiscais do Ministério do Trabalho e Emprego, em 2006, por submeter trabalhadores a condições degradantes, tais como: falta de higiene no local das refeições, abrigos inadequados, falta de fornecimento de EPIs, descontos ilegais, prática do truck system e jornada excessiva. O nome do recorrido foi incluído no Cadastro de Empregadores que tenham mantido



trabalhadores em condições análogas a de escravo em julho de 2007 e excluído em junho de 2008, em decorrência da sentença proferida nestes autos. Portanto, o nome do recorrido não permaneceu no cadastro de infratores pelo período de dois anos, conforme exigido no artigo 4º da Portaria 540/2004. Assim, a exclusão da penalidade imposta ao autor pela prática já efetivada nega exigibilidade e eficácia à Portaria nº 540/2004 e aos princípios da dignidade da pessoa humana e valorização social do trabalho, eleitos, pela Constituição Federal, como fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, incisos III e IV). Ressalta-se que a discussão travada neste processo é delicada e envolve graves infrações cometidas pela empresa, a ponto de serem lavrados nove autos de infração em decorrência de prática de adoção da mão de obra em condições análogas a de escravo. A Portaria nº 540/2004 do Ministério do Trabalho e Emprego, tratada nestes autos e vigente à época das infrações cometidas, foi editada com fulcro nos princípios da dignidade da pessoa humana, do trabalho como valor social e da função social da propriedade, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, incisos III e IV, e 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal. Por sua vez, nos termos do artigo 186, incisos III e IV, da Constituição da República, a função social da propriedade rural será cumprida quando observadas as disposições que regulam: 1) as relações de trabalho; e 2) o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL: TST, 2017).

Como dito na introdução, o Ministério do Trabalho e do Emprego, por meio da Portaria 540/2004, instituiu listagem com o nome dos empregadores que submetem seus empregados ao trabalho análogo ao de escravo. Esse cadastro é comumente denominado de “lista suja”. Basta o MTE identificar a presença de trabalhadores escravos e, de acordo com o art. 2º da portaria, após o trâmite administrativo completo, o empregador é adicionado. Segundo o art. 4º desse instrumento normativo, o prazo de permanência na lista suja é de 2 anos. Isso significa que, mesmo que o empregador altere as condições de trabalho e comprove que passou a cumprir com a legislação trabalhista, seu nome só poderá ser removido após transcorrido esse prazo. No entanto, é possível que mesmo após 2 anos o empregador não se adeque aos parâmetros estabelecidos pelo TAC, por exemplo, e decida manter as práticas de labor irregular. Nesse cenário, em razão da reincidência, seu nome permanecerá na lista suja, até que se realizem novas vistorias.

Em síntese, só há a exclusão do nome do empregador por meio da observação cumulativa de alguns critérios: o cumprimento das multas trabalhistas e previdenciárias e demais acordos transacionados, bem como com o decorrer de 2 anos.



No caso em análise, o empregador foi autuado nove vezes no mesmo ano (2006), motivo que o levou a ser inserido na lista em julho de 2007. Todavia, diferentemente do que prevê o dispositivo, ele foi retirado em junho de 2008, o que viola a eficácia normativa da portaria 540/2004.

No processo, de acordo com o acórdão, o TRT 16ª Região decidiu pela confirmação da sentença de primeiro grau, ratificando a tese de que o nome de Francisco Andrade de Alencar poderia ser excluído do cadastro da lista suja de empregadores. A argumentação do Tribunal para confirmar a tese firmada no juízo de primeiro grau foi a de que, mesmo que o recorrido não tenha preenchido o requisito temporal de duração na lista suja, cumpriu as imposições estabelecidas e arcou com as multas advindas de suas práticas.

A União Federal interpôs recurso de revista alegando que não foram preenchidos todos os requisitos obrigatórios para a exclusão do nome do empregador da lista. Afirmou que o Tribunal Local manteve a decisão do juízo de primeiro grau, tendo pleno conhecimento que os requisitos cumulativos não foram cumpridos, haja vista que o empregador foi mantido na lista por período inferior a 2 anos. O ente federativo ratificou a necessidade conjunta de tais requisitos, quais sejam: a permanência do empregador por 2 anos na lista, a não reincidência e a devida quitação de multas e débitos trabalhistas e previdenciários. Acreditou ser cabível o recurso ao Tribunal Superior tendo em vista a expressa violação do ato administrativo, qual seja: a Portaria 540/2004.

O acórdão do TST retoma a discussão das instâncias inferiores: o empregador foi incluído em 2007, após as fiscalizações realizadas na fazenda do recorrido (Fazenda Padre Cícero); na sentença, publicada em 30 de junho de 2008, não haveria ainda os 2 anos de continuidade no cadastro.

Ao examinar o caso, o relator José Roberto Freire Pimenta aduz que o Brasil tem se comprometido para combater a prática do trabalho análogo ao de escravo, com diversas medidas em âmbito nacional, como políticas públicas de reconhecimento dos empregadores com o intuito de desestimular a possibilidade de que sua cadeia produtiva corrobore com o labor escravo e, ao mesmo tempo, proporcionar o conhecimento da sociedade a respeito de quem são os infratores. Nesse diapasão, o Ministério do Trabalho e do Emprego inovou ao criar o cadastro dos empregadores que submetem seus trabalhadores ao trabalho degradante, por via administrativa, com o devido respeito à ampla defesa e ao contraditório.



Destarte, o instrumento normativo fortalece a aplicação dos princípios constitucionais, nos quais se enquadram o de possibilitar uma sociedade livre, justa e solidária, visando erradicar as desigualdades sociais.

O relator analisa a Portaria, mais precisamente os conteúdos dos art. 2º e 4º. No que se refere ao artigo segundo, alega que houve sua execução de forma adequada, haja vista que o recorrido foi incluído na listagem após a inspeção do MTE (9 autuações), em julho de 2007, com o trâmite administrativo concluído na Delegacia Regional do Trabalho. Já no que corresponde à aplicação do art. 4º, caput e §1, da portaria 540/2004, demonstra discordar do entendimento do Tribunal Regional, ponderando ser razoável a permanência do nome do empregador, o que não configuraria punição demasiada, mesmo que ele já tenha quitado seus débitos e não seja lavrado como reincidente. A fim de corroborar seu entendimento, cita precedente do TST sobre o mesmo tema. Em suma, o relator concluiu seu raciocínio declarando que remover o nome em tempo inferior a 2 anos significa negar e afastar a força normativa e a eficácia da Portaria 540, atentando contra os princípios constitucionais que a legitimam (art. 1, III e IV, CF).

Pelo que foi exposto, os ministros da 2ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho decidiram, por maioria conhecer o recurso de revista para, no mérito, dar-lhe provimento, vencido o ministro Renato Lacerda Paiva.

Agora, feita a exposição dos três acórdãos, passaremos, no item seguinte, a verificar sua compatibilidade com a jurisprudência do STF e do STJ.

2 ANÁLISE COMPARATIVA DAS DECISÕES COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ

A primeira questão a analisar diz respeito à caracterização, e é, seguramente, a que maior esforço recebeu dos atores envolvidos nessa discussão, pois é ela que delimita o que é considerado trabalho escravo nessas relações de trabalho que se desenvolvem de forma mais precária, no Brasil — e elas são tantas —, e o que é proibido, mas não configura um ilícito mais grave, capaz de gerar repercussões na esfera penal, além de na esfera trabalhista.

Em relação a ela (a caracterização), verifica-se que as duas decisões do Tribunal Superior do Trabalho que foram analisadas estão de acordo com o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal a respeito, e também com as decisões do Superior Tribunal de Justiça.



O TST, na primeira decisão analisada (RR - 178000-13.2003.5.08.0117), entendeu, entre outras questões, que o trabalho escravo ofende a dignidade da pessoa humana, o que também foi objeto de decisão do STF no Inquérito 3.412 Alagoas, em que foi Relatora Designada a Ministra Rosa Weber, depois de vencido o Relator, Ministro Marco Aurélio, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que os principais bens jurídicos tutelados pelo artigo 149 do Código Penal Brasileiro são a dignidade da pessoa humana e a liberdade, portanto para além da liberdade de ir e vir, alcançando a liberdade pessoal (BRASIL: STF, 2012a), a despeito de votos proferidos no sentido de reconhecer somente a liberdade como bem jurídico tutelado⁷. Nesse sentido, também, a decisão da 5ª Turma do STJ, no REsp 1.223.781 MA, julgado em 2016 (BRASIL: STJ, 2016a).

Já na segunda (RR 61100-07.2004.5.08.0118), a questão principal, e que motivou, no âmbito do TRT da 8ª Região, o incorreto reconhecimento de que trabalho em condições degradantes não configura trabalho escravo, dizia respeito aos modos de execução que configuram esse ilícito. Nesse caso, embora o TST não tenha corrigido, do ponto de vista substancial, o equívoco no julgamento do TRT, ao menos deixou claro que não precisa haver restrições ao direito de ir e vir para a caracterização, sendo o trabalho em condições degradantes meio autônomo e hábil para esse fim.

É, a propósito, o que defende a doutrina. Como afirma Capez: “basta a caracterização de uma dessas situações para que o crime se configure, não sendo necessária a coexistência de todas elas” (2009, p. 346).

O interessante é que o STF, em decisão com as mesmas partes em sentido processual: Ministério Público da União e o proprietário da fazenda onde se verificou o trabalho escravo, decidiu exatamente o oposto do que concluiu o TRT, ou seja, que o trabalho em condições degradantes configura trabalho escravo. Isso ocorreu no Inquérito 2.131 Distrito Federal, em que foi Relatora a Ministra Ellen Gracie, e Relator Designado o Ministro Luiz Fux, após a aposentadoria da Relatora (BRASIL: STF, 2012b). Ainda a respeito dos modos de execução, cabe observar decisão do STJ, 5ª Turma, em decisão no Recurso em Habeas Corpus (RHC) 64.073 PI, em que se reconheceu a possibilidade de haver trabalho escravo em razão de condições degradantes de trabalho (BRASIL: STJ, 2016b).

⁷ Ver discussão a respeito em Brito Filho, Jucá e Duarte (2017, p. 184-185).



Com relação ao acórdão que trata da “lista suja” (RR 184600.13.2007.5.16.0012), a decisão está em consonância com o que vêm decidindo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (STJ), e com a doutrina que já se ocupou da questão⁸. Ambos os tribunais já referendaram a validade do cadastro de empregadores, instrumento que auxilia no combate ao trabalho escravo, ao divulgar aqueles que se utilizam dessa prática, bem como serve para dar início a restrições de crédito, especialmente em entidades ligadas ao Estado.

No STJ, por exemplo, a validade da “lista suja” foi reconhecida no mandado de segurança (MS) n. 14.017/DF, que foi impetrado por empresa incluída no cadastro, tendo havido insucesso. A decisão foi da 1ª Seção do STJ, em 27 de maio de 2009, em acórdão da lavra do Ministro Herman Benjamin, com publicação no DJe de 1º de julho de 2009 (BRASIL: STJ, 2009).

Já no STF a questão foi objeto de discussão por meio da Medida Cautelar na ADI 5.209, da Relatoria da Ministra Cármen Lúcia, e onde o então Ministro Presidente da Corte, no plantão, Ricardo Lewandowski, em 23 de dezembro de 2014, deferiu medida liminar “para suspender a eficácia da Portaria Interministerial MTE/SDH nº 2, de 12 de maio de 2011 e da Portaria MTE nº 540, de 19 de outubro de 2004, até o julgamento definitivo desta ação”.

Ato contínuo, houve a edição da Portaria Interministerial MTE e SDH nº 02, de 31 de março de 2015 (publicada em Diário Oficial da União em 01/04/2015), que revogou a portaria anterior. Essa portaria, todavia, em razão da liminar, não produziu efeitos. Pouco mais de ano depois, editou-se novo instrumento normativo, a Portaria Interministerial MTPS e SDH nº04, de 11 de maio de 2016, publicada no DOU de 13 de maio de 2016.

Finalmente, em 16 de maio de 2016, a ministra Cármen Lúcia, Relatora da ADI 5.209, em despacho, e em razão da revogação da Portaria Interministerial 2/2011, substituída pela de nº 2/2015 e, depois, pela de nº 4/2016, julgou prejudicada a ação, cassando a liminar deferida, tendo a ação baixado ao arquivo do STF em 17 de junho de 2016, deixando, ainda que implícito, o reconhecimento da validade dessa forma de atuação pelo Poder Público, no caso pelo Ministro do Trabalho (BRASIL: STF, 2016).

⁸ Ver, por exemplo, Brito Filho (2017, p. 30-35).



Essa decisão, ressalte-se, não pacificou a questão, que ainda teve desdobramentos, mas, essa discussão não é objeto dessa pesquisa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Feita a análise a respeito de decisões do Tribunal Superior do Trabalho, e uma breve comparação com a jurisprudência do STF e do STJ, especialmente do primeiro, é possível responder ao problema de pesquisa.

Embora seja, aqui e ali, acusado de ser um tribunal conservador, no caso do trabalho em condições análogas à de escravo, essa condição não se aplica ao Tribunal Superior do Trabalho.

Na questão da caracterização, o TST, além de se alinhar à jurisprudência do STF e do STJ, mostra compreender exatamente o que configura o trabalho escravo, que é a violação, principalmente, da dignidade da pessoa humana, pela instrumentalização do trabalhador, pela sua equiparação à condição de coisa, e não de ser humano, além de reconhecer, com acerto, que não é somente o trabalho forçado que configura o trabalho escravo, mas sim todas as situações que se enquadram nos modos de execução definidos no artigo 149, *caput* e § 1º, do Código Penal Brasileiro.

Já na questão do cadastro de empregadores, ou lista suja, há também acerto, não somente em reconhecer sua validade, como em fazer cumprir todas as prescrições normativas que lhe dizem respeito. Isso ficou claramente demonstrado no acórdão analisado, quando se verificou que o TST não só respaldou essa importante medida administrativa de combate ao trabalho escravo, como também decidiu no sentido de que devem ser cumpridas todas as exigências para que o tomador de serviços flagrado praticando o trabalho escravo possa ter o seu nome retirado do cadastro.

Nesse sentido, as decisões, em seu conjunto, mostram que o TST compreende bem o fenômeno do trabalho escravo, e está somado aos demais tribunais superiores na sua repressão, o que, embora não seja capaz de eliminar essa prática, permite antever, pelo menos, que essa prática não será tolerada, o que é um grande avanço.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno. **Inquérito nº 3.412**. Alagoas. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 29 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4209286>>. Acesso em 9 de agosto de 2018.

_____. Pleno. **Inquérito nº 2.131**. Distrito Federal. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Data de julgamento: 23 de dezembro 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226955>>. Acesso em 9 de agosto de 2018.

_____. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.209**. Arquivada em 17 de junho de 2016. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4693021>>. Acesso em 2 de agosto de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança nº 14.017/DF**. Primeira Seção. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento em 27 de maio de 2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200802714966>. Acesso em 9 de agosto de 2018.

_____. **Recurso Especial nº 1.223.781/MA**. Quinta Turma. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em 23 de agosto de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201002012136>. Acesso em 27 de julho de 2017.

_____. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 64.073/PI**. Quinta Turma. Julgamento em 28 de junho de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201502378197&dt_publicacao=03/08/2016>. Acesso em 28 de julho de 2017.



BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista. Dano moral coletivo. Redução de trabalhador a condição análoga à de escravo. Reincidência das empresas. Valor da reparação. **Recurso de Revista nº 178000-13.2003.5.08.0117**. Primeira Turma. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho. Julgamento em 18 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=178000&digitoTst=13&anoTst=2003&orgaoTst=5&tribunalTst=08&varaTst=0117&submit=Consultar>>. Acesso em 8 de janeiro de 2018.

_____. Recurso de revista do Ministério público do trabalho. Caracterização de trabalho em condições análogas a de escravo. Divergência jurisprudencial. Não configuração. **Recurso de Revista nº 61100-07.2004.5.08.0118**. 4ª Turma. Relator: Ministro Barros Levenhagen. Julgamento em 15 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=61100&digitoTst=07&anoTst=2004&orgaoTst=5&tribunalTst=08&varaTst=0118&submit=Consultar>>. Acesso em 11 de janeiro de 2018.

_____. Ação declaratória de nulidade de ato administrativo com pedido de antecipação de tutela. Exclusão do nome do cadastro de empregadores que mantenham trabalhadores em condições análogas a de escravos. Permanência no cadastro pelo período de dois anos. Portaria nº 540/2004 do Ministério do trabalho e emprego. **Recurso de Revista nº 184600.13.2007.5.16.0012**. 2ª turma. Relator: Ministro José Roberto Freire Pimenta. Julgamento em 23 de agosto de 2017. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=184600&digitoTst=13&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=16&varaTst=0012&submit=Consultar>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2018.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de; JUCÁ, Ana Carolina Del Castillo; DUARTE, Beatriz Bergamim. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a caracterização do trabalho em condições análogas à de escravo: repercussões nas relações de trabalho. **Revista da**



Academia Brasileira de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora LTr, ano XXII, nº 22, p. 181-186, 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho escravo:** caracterização jurídica. 2ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte especial. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MESQUITA, Valena Jacob Chaves. **O trabalho análogo ao de escravo:** uma análise jurisprudencial do crime do TRF da 1ª Região. Belo Horizonte: RTM, 2016.

NEVES, Débora Maria Ribeiro. **Trabalho escravo e aliciamento.** São Paulo: LTr, 2012.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).



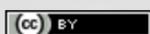


Recebido em: 07.10.2018
Aceito em: 20.11.2018

DOI: <http://doi.org/10.33239/rtdh.v1i1.9>

1 Doutor em Filosofia pela Universidade Federal do Pará (UFPA), professor de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da UNIFESSPA em regime de dedicação exclusiva

<https://orcid.org/0000-0001-5716-3781>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Danos existenciais na Justiça do Trabalho: a contribuição dos clássicos Marx & Engels, Weber e Durkheim

*Existential damages in Labor Law: the contribution of Marx & Engels, Weber
and Durkheim*

*Danos existentes en la Justicia del Trabajo: la contribución de los clásicos Marx
& Engels, Weber y Durkheim*

Heraldo Elias Montarroyos¹

RESUMO

Esse estudo desenvolve uma releitura crítica sobre os conceitos de *alienação*, *desencantamento do mundo* e *anomia* com o objetivo de ampliar a base sociológica do programa de pesquisa dos danos existenciais. Realizando esse procedimento, foram obtidos dois resultados inovadores em relação à tradição intelectual desse tema. Em primeiro lugar, delimitou-se o contexto real ou cotidiano onde ocorrem os danos existenciais; e em segundo lugar, demonstrou-se que o conceito de danos existenciais e os conceitos clássicos da Sociologia do Trabalho propostos por Marx & Engels, Weber e Durkheim resolvem conjuntamente a dicotomia hermenêutica entre a abordagem “oriental” e “ocidental” dos Direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Danos existenciais. Sociologia jurídica. Programa de pesquisa.

ABSTRACT

This study develops a critical re-reading about the concepts of alienation, disenchantment of the world and anomie in order to broaden the sociological basis of the existential damage research program. Performed this procedure, two innovative results were obtained. In the first place, the real or daily content of the existential damages was delimited, valuing the contribution of different ideological matrices; and secondly, the concept of existential damage and the classical concepts of Labor Sociology proposed by Marx & Engels, Weber and Durkheim can jointly solve the hermeneutical dichotomy between the “Eastern” and “Western” approaches to human rights.

KEYWORDS: Existential damages. Juridical sociology. Research program.

RESUMEN

Este estudio desarrolla una relectura crítica sobre los conceptos de alienación, desencadenamiento del mundo y anomia con el objetivo de ampliar la base sociológica del programa de investigación de los daños existenciais. Al realizar este procedimiento, se obtuvieron dos resultados innovadores en relación a la tradición intelectual de este tema. En primer lugar, se delimitó el contexto real o cotidiano donde ocurren los daños existenciais; y en segundo lugar, se demostró que el concepto de daños existenciais y los conceptos clásicos de la Sociología del Trabajo propuestos por Marx & Engels, Weber y Durkheim resuelven conjuntamente la dicotomía hermenéutica entre el enfoque "oriental" y "occidental" de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: Daños existenciais. Sociología jurídica. Programa de investigación.

INTRODUÇÃO

Pretende-se demonstrar através desse estudo que o programa de pesquisa dos danos existenciais tem afinidade com os conceitos de alienação, desencantamento do Mundo e anomia, propostos pelos clássicos Marx & Engels, Weber e Durkheim. A finalidade desse estudo é fazer com que as teorias desses três autores contribuam no progresso do programa de pesquisa dos danos existenciais, contextualizando a relação de poder entre patrão e empregado.

Em nosso modelo, o programa científico de pesquisa apresenta seis categorias do conhecimento: ontologia, metodologia, axiologia, teoria, *práxis* e contexto histórico-social. A ontologia define a filosofia de trabalho que não é refutada por decisão epistemológica do pesquisador. A metodologia reúne métodos e técnicas de pesquisa. A axiologia compreende valores, crenças e ideologias aceitas pelo pesquisador. A teoria traz explicações ou interpretações que racionalizam e abstraem o conhecimento obtido ao longo da investigação. A *práxis*, por sua vez, indica problemas e tentativas de soluções. Por último, o contexto histórico-social delimita o tempo e o espaço onde se manifestam o objeto de estudo e as ideias do pesquisador (MONTARROYOS, 2017).

1 PROGRAMA DE PESQUISA DOS DANOS EXISTENCIAIS

A ontologia desse programa de pesquisa observa dois parâmetros fundamentais: danos à *vida de relações* (afetivas, familiares, etc.) e danos ao projeto de vida, especialmente de natureza profissional e intelectual.

A filosofia dominante nessa categoria programática é representada pela tese de que o trabalhador precisa “estar no Mundo”, portanto, ele tem direito humano de compartilhar valores familiares e de conquistar meios que tragam progresso material e espiritual à sua vida.

Nessa ontologia, é grande a preocupação com a liberdade, a autonomia e com a dignidade do trabalhador que deve idealmente marcar a sua presença construtiva e responsável no Mundo.



O dano existencial afeta inúmeros aspectos, incluindo atividades biológicas, de subsistência, culturais, religiosas, recreativas, familiares, etc. (SOARES, 2007). É uma espécie de dano imaterial que traz para a vítima a impossibilidade de executar, de prosseguir ou de reconstruir o seu projeto de vida, causando também dificuldades - objetiva e subjetiva - para a pessoa recompor a sua vida de relações.

O ser humano normalmente busca extrair o máximo de seu potencial, e realiza escolhas visando à realização do seu projeto de vida. Entretanto, qualquer fato injusto que obstaculize o projeto de vida impede o progresso ou desenvolvimento da personalidade humana, por isso, constitui-se o dano existencial.

No Brasil, o reconhecimento desse tipo de dano fundamenta-se em dois artigos constitucionais:

Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...]

Artigo 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O dano à vida de relações afronta a Constituição, no artigo 226, caput da Constituição Federal, onde se lê que: “a entidade familiar, base da sociedade, tem especial proteção do estado”. Também contribui o artigo 227 da Constituição Federal prevendo que é dever da família, da sociedade e do Estado “assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar”.

Na mesma direção, o Código Civil ampara a indenização do dano existencial, conforme se verifica no disposto do artigo 1 com a seguinte advertência: “Pode-se exigir



que cesse ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”. O artigo 186 do Código Civil destaca, por sua vez, que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. Na mesma direção, o artigo 927 do Código Civil afirma que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Compartilhando essa ontologia, a pesquisadora Ferreira (2016) analisou uma série de fragmentos de sentenças e descobriu que existem novas tendências no Poder Judiciário sobre o conceito de danos existenciais.

Nesse sentido, foi recuperada parte de um acórdão oriundo da 1ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª região que teve como relator o Desembargador José Felipe Ledur, condenando-se uma rede de supermercados no Rio Grande do Sul a indenizar por dano existencial a reclamante que laborou para a empresa por oito anos em jornadas de trabalho extremamente excessivas.

Em seu estudo, Ferreira (2016) resgatou parte do julgado da 1ª Turma do TRT da 3ª Região, que teve a relatoria do Desembargador Paulo Eduardo Queiroz, intitulado: DANO EXISTENCIAL. NEGATIVA DE DIREITO AO LAZER E DESCASO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS DEVIDA.

A pesquisadora encontrou também o julgado da 1ª Turma do TRT da 8ª Região, com a relatoria da Desembargadora Suzy Koury, onde se insurge a reclamada contra o deferimento de indenização por dano existencial, na importância de R\$4.000,00. Nesse caso:

O reclamante não comprovou que, em decorrência do trabalho, fora impossibilitado de usufruir do convívio social e familiar, assim como não indicou nenhum projeto de vida específico, frustrado em razão de ato ilícito da reclamada. Por esse motivo, a sentença decidiu dar provimento ao apelo para excluir da condenação a indenização deferida (FERREIRA, 2016).

Em outro caso, ficamos sabendo que o acórdão da 4ª Turma do TRT da 8ª Região manteve a sentença de primeiro grau que condenou o empregador a indenizar a trabalhadora por “danos morais”, sob o fundamento de que houve ofensa à sua honra objetiva, pela não concessão de férias durante todo o pacto laboral que totalizou 14



anos. Entretanto, em 2º grau, houve a correção da sentença reconhecendo-se, diferentemente, agora, a presença de um dano existencial.

Outro exemplo, disponível no Tribunal Superior do Trabalho, TST, é o julgamento do Recurso de Revista nos autos do processo n. 154-80.2013.5.04.0016 – 4ª Turma, com a relatoria do Ministro João Oreste Dalazen, que teve o seguinte direcionamento: RECURSO DE REVISTA. DANO EXISTENCIAL. PRESSUPOSTOS. SUJEIÇÃO DO EMPREGADO À JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. JORNADAS ALTERNADAS. Nesse julgamento, considerou-se que:

Igualmente não se reconhece dano existencial se não há demonstração de que a jornada de trabalho exigida, de alguma forma, comprometeu irremediavelmente a vida de relações do empregado, aspecto sobremodo importante para tipificar e não banalizar, em casos de jornada excessiva, pois virtualmente pode consultar aos interesses do próprio empregado a dilatação habitual da jornada. Nem sempre é a empresa que exige o trabalho extraordinário. Em situações extremas, há trabalhadores compulsivos, ou seja, viciados em (*workaholic*), quer motivados pela alta competitividade, vaidade, ganância, necessidade de sobrevivência, quer motivados por alguma necessidade pessoal de provar algo a alguém ou a si mesmo. Indivíduos assim geralmente não conseguem desvincular-se do trabalho e, muitas vezes por iniciativa própria, deixam de lado filhos, pais, amigos e família em prol do labor. Daí a exigência de o empregado comprovar que o empregador lhe exigiu labor excessivo e de modo a afetar-lhe a vida de relações (FERREIRA, 2016, s.p.).

A metodologia do programa de pesquisa dos danos existenciais recomenda, portanto, três métodos para se conhecer a realidade dos fatos e dos processos decisórios do juiz: objetivista, intuitivista e integracionista.

O método objetivista se baseia unicamente nas provas materiais, incluindo testemunhas e documentos que registrariam os abusos praticados no local de trabalho e que respingariam objetivamente na vida de relações familiares e no projeto de melhoria de vida profissional da parte reclamante, o trabalhador.

O método intuitivista aplicado pelo juiz acredita, por sua vez, na presunção do dano existencial, visualizando uma realidade paralela e oculta que não precisaria necessariamente de provas materiais, a não ser da comprovação da jornada ilegal ou



excessiva de trabalho; nesse método, subtende-se, então, que o isolamento no ambiente de trabalho atrapalha obviamente a convivência com a família e impede o desenvolvimento de projetos que visem à melhoria profissional do trabalhador no futuro.

Como terceiro método de observação empírica, o juiz pode optar pela integração dessas duas possibilidades, acreditando que as provas materiais precisam se equilibrar com a intuição e a sensibilidade pessoal. Concretamente, nesse tipo de metodologia, além do nexos causal, o juiz procura esclarecer o nexos virtual entre os fatos do passado, do presente e até do futuro, descobrindo implicitamente através desse procedimento quais foram, quais são e quais serão as oportunidades perdidas pela vítima.

Nessa direção, Oliveira & Montarroyos (2017) desenvolveram uma descrição densa de seis sentenças da Justiça do Trabalho, 8ª Região, sede Marabá, ficando demonstrada - empiricamente - a aplicação de diferentes metodologias hermenêuticas no processo decisório do juiz.

A primeira metodologia, subjetivista, foi baseada na presunção dos danos e na visualização intuitiva das oportunidades perdidas no passado, presente e futuro; a segunda, objetivista, foi sustentada pelas provas materiais dos prejuízos sofridos pela vítima; a terceira, integracionista, realizou o equilíbrio ou síntese entre os nexos causal e virtual.

Concluindo a pesquisa, os autores descobriram a convergência substancial entre as sentenças analisadas na Justiça do Trabalho da 8ª região, utilizando todas elas a filosofia existencialista do Direito.

Do ponto de vista axiológico, o programa de pesquisa dos danos existenciais contempla valores humanistas que são considerados superiores aos valores econômicos, gerando, portanto, um debate principiológico intenso acerca da responsabilidade humana do patrão, da saúde do empregado, da eficiência da empresa e da dignidade humana.

Segundo Frota & Bião (2010; 2011), a situação existencial da pessoa, ou seja, o conjunto de relações nas quais o ente humano se encontra no Mundo e com os outros, exige o mínimo existencial (direito à existência digna); por essa razão, deve-se conciliar



as necessidades materiais com as aspirações transcendentais, pois o ser humano precisa transcender-se, projetar-se para fora de si mesmo para poder encontrar seu próprio significado. Para os mesmos autores, a pessoa humana se defronta com duas alternativas. Na primeira alternativa, a pessoa pode fazer escolhas com a tomada de decisões autênticas que incluem atos geradores de crescimento do ser, fontes de amadurecimento pessoal, desenvolvimento de suas potencialidades dormentes e autorrealização do indivíduo. Nesse caso, a pessoa compreende as perdas e ganhos resultantes de suas atitudes. Na segunda alternativa, a pessoa leva uma vida inautêntica, a fim de se desvencilhar do ônus de decidir, por meio da má-fé de delegar a outrem o encargo de lhe apontar a escolha a ser feita. Acima de tudo, Frota & Bião (2010; 2011) afirmaram que o projeto de vida e existencial se concretiza por intermédio de escolhas realizadas ao longo da existência do indivíduo.

Na sequência epistemológica do programa de pesquisa, encontra-se a teoria de base que estabelece como pedra fundamental a distinção entre dano moral e existencial. O dano moral se caracteriza pela deflagração da ofensa ou da violação dos bens de ordem moral de uma pessoa que prejudica a sua liberdade, honra, imagem e saúde (mental ou física). Por outro lado, de acordo com Carvalho & Knoerr (2015) configura-se o dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal.

Conforme destacaram Frota & Bião (2010), os sujeitos têm suas existências modificadas diariamente por fenômenos que esgarçam ou aniquilam a sua vida de relações e o seu projeto de vida. Especificamente, o dano existencial constitui espécie de “dano não patrimonial” ou “extrapatrimonial” que impõe sobre a pessoa humana a renúncia compulsória e indesejada de atividades cotidianas e lícitas; e cuja abstinência forçada prejudica a liberdade de escolha da vítima.

Os danos morais dizem respeito à questão subjetiva do sofrimento psicológico, enquanto o dano existencial se localiza na dimensão objetiva da condição humana, por isso, ele se reporta a um tipo de sofrimento sociológico, com a restrição da liberdade do



indivíduo de exercer alguma atividade relevante à sua satisfação pessoal no Mundo (FROTA & BIÃO, 2011).

Na categoria da *práxis* do programa de pesquisa dos danos existenciais são encontrados, agora, os problemas e as tentativas de soluções correspondentes, destacando-se empiricamente o critério da proporcionalidade no momento da definição do valor da indenização. Por se tratar de um procedimento que não segue nenhuma tabela monetária oficial, espera-se através da proporcionalidade que a decisão do bom senso do juiz não enriqueça a parte reclamante, nem leve à pobreza a reclamada. Deve existir moderação, observando-se o limite do capital da empresa e o patrimônio do patrão condenado. Entretanto, na prática, é mais frequente a desproporcionalidade, com o juiz determinando indenizações extremamente brandas ou severas, o que coloca em xeque a justiça da sentença. Nesse caso, a expectativa é que a indenização tenha caráter pedagógico, desestimulando pela via monetária a repetição do ilícito.

Finalmente, na categoria espacial-temporal do programa de pesquisa dos danos existenciais delimita-se o ambiente onde o pesquisador localiza a ocorrência do fato e da sentença do juiz. Nessa categoria programática, subentende-se que o sujeito em condições ideais aprende e internaliza experiências que propiciarão sentido à sua existência. Na prática, entretanto, vários fatores (econômicos, familiares, políticos, sociais, educacionais, psicológicos e culturais) podem interferir no bem-estar da pessoa, afetando a sua vida de relações.

2 APLICAÇÃO TEÓRICA

Os três conceitos clássicos da Sociologia do Trabalho atendem à necessidade contemporânea de se integrar a abordagem “oriental” com a “ocidental” dos Direitos humanos, juntando-se a análise comunitarista com a individualista, os direitos sociais com os individuais.

Na hermenêutica “ocidental”, os direitos humanos são direitos de liberdade individual aos quais todos os seres humanos fazem jus; e como cada indivíduo é portador desses direitos, configuram-se como direitos individuais. Apesar de ser



extremista essa abordagem, não se pode negar a sua contribuição no progresso do ideal da dignidade da pessoa humana (BIELEFELDT, 2000, p. 183).

De outro modo, na hermenêutica “oriental”, exemplarmente muçulmana, são focalizadas as aspirações preponderantemente comunitárias dos valores e das tradições. Nessa tipologia hermenêutica, da mesma forma, existe uma abordagem extremista, mas contribui no debate humanista priorizando especificamente a dignidade da sociedade humana.

Como terceira via hermenêutica, compartilham os especialistas, atualmente, a ideia de que “a reflexão filosófica sobre a reivindicação normativa dos direitos humanos - sua fundamentação e limites - pode contribuir na superação da falsa dicotomia que, por vezes, bloqueia o entendimento” (BIELEFELDT, 2000, p. 248).

De acordo com Bielefeldt (2000), muitas vezes, os direitos humanos foram considerados expressão do ser humano individualista, contrapondo-se aos interesses da convivência social, da sociedade ou do Estado. Exemplo recente desse fato encontramos na evocação de um antagonismo entre o individualismo (com a visão do mundo ocidental) e as aspirações preponderantemente comunitárias dos valores asiáticos.

Como tentativa de escapar dessa dicotomia, Bielefeldt (2000, p. 205) afirmou que “Direitos civis e políticos não possuem [...] outra finalidade normativa do que os direitos econômicos e sociais que por seu lado são sempre direitos liberais, visto que devem garantir as reais condições para a existência dentro de uma moderna sociedade econômica”.

Apesar de os direitos civis e políticos e sociais terem gerado interpretações diversas ao longo da História e também representarem garantia política e jurídica diversificada, eles não deixam de ser direitos humanos, procurando garantir a ordem de liberdade solidária igual para todos.

Indo mais além, explicou o professor alemão que somente considerando essa comunhão dentro da liberdade social, confere-se sentido ao termo “indissolubilidade” com referência aos direitos humanos.

Bielefeldt avalia que os direitos humanos formam um conjunto indissolúvel porque, por princípio, reportam-se uns aos outros como liberdades sociais



fundamentais e se complementam mutuamente na concretização de uma constituição social libertária, orientada pela dignidade humana. Desse modo, “aquele que joga direitos humanos liberais contra sociais, ou interpreta sua indissolubilidade através da manipulação do seu equilíbrio, perverte o valor dos direitos humanos” (BIELEFELDT, 2000, p. 206).

Segundo Bielefeldt (2000, p. 21) é necessário assegurar criticamente as ideias geradoras de consenso e extrair delas o embasamento e os limites para as demandas filosóficas de maneira a dar suporte à complexidade alcançada. Nesse caso, especificamente, o autor destacou que o pluralismo cultural é um “aspecto essencial no novo emaranhado do debate acerca dos direitos humanos”. De acordo com o mesmo autor (BIELEFELDT, 2000, p. 25), “existem vozes que querem omitir-se sobre um posicionamento alternativo, buscando nesse sentido uma mediação entre o universalismo e o pluralismo cultural”, e assim o autor reafirmou que “em função da universalidade dos direitos humanos, o debate intercultural é inevitável” (BIELEFELDT, 2000, p. 32.)

Para Bielefeldt (2000, p. 51) a dignidade humana entendida como sujeito de responsabilidades moral na autonomia, encontra reconhecimento político e jurídico no direito geral por liberdade, que cabe igualmente a todos, e que por isso mesmo é um direito de igualdade.

Sendo otimista, o mesmo autor considerou que com o crescente reconhecimento da autonomia como ponto central da lei e da política, o pluralismo não se apresenta mais como ameaça ao consenso jurídico, mas pode se tornar motivo para assegurar o reconhecimento mútuo de liberdade igual (BIELEFELDT, 2000, p. 52). Esse consenso de reconhecimento mútuo de liberdade igual constitui o centro normativo da política e da lei, do qual emana tanto a legitimação como a limitação obrigatória para a reivindicação por poder do Estado moderno, de maneira que possam ser bloqueados os perigos complementares de guerra civil e de repressão do Estado.

Segundo Bielefeldt (2000, p. 58) o debate sobre o relacionamento entre direitos humanos universais e o pluralismo cultural não deve perder de vista a cidadania e a economia modernas (2000, p 59-58). Nesse sentido, o mesmo autor apontou uma série



de extremismos que tomam conta da Modernidade e que uma vez confrontados com os modernos direitos humanos apontam para uma ambiguidade da própria era da Modernidade.

O racionalismo tendo a máxima weberiana do “desencantamento do Mundo”, esclarece a total perda da crença ético-religiosa. Como tentativa de escapar desse extremo, o autor propõe “uma reflexiva autocrítica da razão, da qual se definem possibilidades e limites não só da racionalidade cientificista e instrumental, mas também da reivindicação por responsabilidade racional e equilibrada” (BIELEFELDT, 2000, p. 43).

O individualismo também faz parte do extremismo da Modernidade, não só influenciado pelo Iluminismo, “mas na quase indômita dinâmica do capitalismo moderno que arrasou tradicionais unidades econômicas e sociais para crises que muitas vezes as destruíram irremediavelmente” (BIELEFELDT, 2000, p. 43).

Entende-se geralmente que “a individualização pode levar a uma crescente fragmentação, ou atomização da sociedade”. Com o desaparecimento das estruturas e dos papéis tradicionais e atrofiamento das tradicionais fontes de solidariedade comunitária. Por outro lado, o individualismo é fruto de conquistas históricas que asseguram a cada indivíduo a sua integridade pessoal independentemente de seu papel na sociedade.

Como solução ao impasse, o autor disse que “uma política que procurasse alcançar a sociabilização sem reconhecimento da moderna liberdade individual correria o risco de nunca alcançar o objetivo de um comunitarismo orgânico, mas sim, pelo contrário, descambar num coletivismo cujo caráter de coerção seria o signo de seu artificialismo e de sua inutilidade” (BIELEFELDT, 2000, p. 43).

A secularização também faz parte da ambivalência da Modernidade, que ao mesmo tempo propõe o ideal dos direitos humanos como saída civilizacional. A secularização “já chegou a ser descrita como o desterramento metafísico do ser humano, desterramento este que talvez seja o cerne do mal-estar com relação ao tempo moderno.

Diante desses extremos, o autor afirmou que não serão os direitos humanos a solução, mas eles apontam “condições elementares de vida digna nessa era, do ponto



de vista político e jurídico”. Isso ocorre de um lado como reação a situações concretas de injustiça e de ameaça à humanidade, especialmente aquelas advindas como consequências da crise da sociedade moderna.

A resposta aos problemas atuais através dos direitos humanos também é especificamente moderna, porque assume a incumbência ética como genuína chance de liberdade, dando-lhe validade política e jurídica, pelo bem da dignidade humana. Em sentido duplo, portanto, os direitos humanos são um desafio da era moderna, considerando as ameaças atuais à vida humana, e formulam simultaneamente um novo *ethos* de liberdade que, pela crise dessa era, tornaram-se possíveis e, ao mesmo tempo, imprescindíveis (BIELEFELDT, 2000, p. 47).

Conclui o especialista a sua argumentação dizendo que todos os direitos humanos são sociais e já que a ordem social deve ser decididamente voltada para a liberdade, também todos esses direitos serão liberais.

Contribuindo no progresso hermenêutico dos direitos humanos, o conceito de *danos existenciais* reúne as duas abordagens extremas (“ocidental” e “oriental”), projetando um espaço crítico para se buscar o equilíbrio ou convergência entre a dignidade da pessoa e da sociedade humana. Ao mesmo tempo, os três conceitos clássicos desse estudo reforçam a mesma preocupação metodológica de reconciliação hermenêutica, pois se admite que o trabalhador é vítima direta dos abusos cometidos pelo patrão, sofrendo restrições em seu direito individual de “estar no Mundo” e de cuidar de seus projetos pessoais e profissionais voltados para uma vida futura melhor. Entretanto, subentende-se também que a Sociedade perde a sua dignidade quando domina a lógica econômica do Mercado, desmotivando e impedindo a prática de valores humanistas e sociais dentro e fora da empresa. A integração das hermenêuticas “oriental” e “ocidental” faz parte do conceito de danos existenciais, buscando garantir a dignidade da pessoa do trabalhador e da sociedade que lhe diz respeito diretamente, conforme se verifica, por exemplo, no seguinte comentário:

[...] a tutela da família não pode prescindir das normas que impõe ao tomador dos serviços o sacrifício de reconhecer ao trabalhador direitos cujo exercício pressupõe que ele saia do trabalho com tempo e energia para se dedicar ao seio de sua família. Em outras palavras,



a ideia de proteção da família passa pela conciliação entre interesse do empregador de usar o trabalhador da forma que lhe for mais profícua e o interesse do trabalhador a satisfazer as exigências de sua vida privada e familiar (ALVARENGA & BOUCINHAS FILHO, 2013, p. 247).

2.1 Desencantamento do mundo

Weber (2004) demonstrou em sua obra “Ética protestante e o espírito do capitalismo” que a Religião não foi o ópio do povo americano, ao contrário da tese apresentada por Marx sobre a Religião na Alemanha.

As diversas denominações protestantes da época colonial americana reforçaram um *ethos* ou visão de Mundo que se contrapôs à tradição medieval católica que sustentava a crença de que a elevação espiritual apenas seria possível no ambiente do ócio, contemplando-se a Sabedoria e a Fé dentro de mosteiros e igrejas.

Os dados históricos revelaram para Weber que com a Reforma Protestante criou-se uma cultura que negou o ócio e valorizou o trabalho braçal e intelectual como caminho de transcendência espiritual.

Em sua análise histórica, Weber notou que a ética protestante consolidou no cotidiano um tipo ideal de empreendedor cristão que passou a ser objeto de desejo e de consumo entre os membros da comunidade.

Weber (2004) avaliou que as diversas denominações protestantes na América trouxeram um primeiro desencantamento histórico do Mundo, pois além rejeitarem o misticismo, deflagrou-se a racionalização da fé e a simplificação da comunicação entre Homem e Deus, sem intermediários sobrenaturais, santos, heróis e entidades animistas. O segundo desencantamento ocorreria mais adiante com a hegemonia do Mercado e o consequente divórcio com o Mundo sagrado.

O protestante médio da época (incluindo metodistas, calvinistas, puritanos, anabatistas, etc.) cultivou uma série de valores e atitudes racionais. Em geral, os reformistas ou protestantes passaram a realizar uma contabilidade espiritual, focalizando débitos e créditos com Deus; reavaliaram também a atividade laboral, biblicamente, como algo positivo, limpo, sagrado, e com poder de elevação espiritual;



ressaltaram além disso a importância da vocação profissional como marca distintiva do trabalhador cristão que deveria se aproximar de Deus através das suas obras humanas; e por último, incrementaram a responsabilidade social do empresário, que não deveria ser idealmente um gastador irracional, mas um poupador e gerenciador de suas finanças pessoais, tendo em vista que o dinheiro era sagrado e deveria ser usado racionalmente para “honra e glória do Senhor”.

Weber considerou que a Religião não determinou o surgimento do Capitalismo na América, mas o influenciou significativamente, oferecendo pré-condições morais para o seu progresso, ao lado de outros fatores, históricos, científicos, filosóficos, contratuais e tecnológicos da era moderna.

Especificamente, o Calvinismo foi a primeira ética cristã que atribuiu ao trabalho moderno um *status* religioso. Essa versão evangélica considerava que trabalhar era uma missão espiritual construtiva que agradava à Vontade de Deus (FERREIRA, 2000).

Weber lembrou que o cristão para viver de modo digno deveria desenvolver exemplarmente as suas virtudes morais através da vocação profissional; nesse caso, a vocação não ficaria fora do Mundo do trabalho e do capital, mas exatamente dentro desse Mundo.

Por esse motivo, Weber concluiu que o capitalismo não encontrou barreiras ideológicas, nem culturais para se desenvolver na América; mas com o passar do tempo houve um divórcio entre o Mercado e a Religião, representado pela máxima “Tempo é dinheiro!”, de Benjamin Franklin, no final do século XVIII. Por trás dessa máxima, ficou subtendido que o ócio é uma perda econômica grave; que o dinheiro deve estar a serviço da acumulação progressiva; que trabalhar mais horas deve ser a regra dominante e obsessiva no sentido de acumular mais dinheiro; e, por último, que os rendimentos obtidos com esforço do trabalho não devem ser gastos com supérfluos, lazer e divertimentos abusivos, mas direcionados ao progresso financeiro cada um (FERREIRA, 2000).

De acordo com o mesmo analista (FERREIRA, 2000, s.p.), na “[...] interpretação weberiana [sobre a sociedade capitalista e moderna] as virtudes cardeais são a frugalidade, a laboriosidade, a pontualidade nos pagamentos e a fidelidade nos acordos;



todas as quais aumentam o crédito e habilitam a se fazer uso do dinheiro dos outros”.

Portanto:

A peculiaridade dessa filosofia da avareza parece ser o ideal de um homem honesto, de crédito reconhecido e acima de tudo, a ideia do dever do indivíduo com relação ao aumento do seu capital, que é tomado como um fim em si mesmo. Nas palavras de Weber, na verdade, o que é aqui pregado não é uma simples técnica de vida, mas sim uma ética peculiar, cuja infração não é tratada como uma tolice, mas como um reconhecimento do dever. Esta é essência do problema. O que é aqui preconizado não é mero bom senso comercial, mas sim um *ethos* (FERREIRA, 2000, s.p.).

Passando o dinheiro a ser um instrumento puramente utilitarista e sem finalidade religiosa, desencantado espiritualmente, Weber registrou que no século XIX existia uma *jaula* ou *gaiola* da racionalidade capitalista que aprisionava o ser humano no materialismo ateu da Modernidade; além disso, encontrou uma racionalidade dominante na burocracia estatal e no saber iluminista da Ciência que *desencantava o Mundo* ao impor valores tecnicistas e maquínicos. Nesse sentido, conforme destacou o analista Thiry-Cherques (2009, s.p.):

A racionalização formal-instrumental do Estado, da economia, das organizações e das decisões privadas, vai desembocar no “espírito coagulado” do capitalismo monetarizado, na “jaula de ferro” da vida juridificada em que estamos contidos e nessa “escura noite polar” quantitativizada que a humanidade atravessa. Significa a submissão da individualidade às regras legais e burocráticas. Uma lógica centrada nos meios, não nos fins. Não se trata de uma escolha consciente, nem de uma forma deliberada de dotar as instituições de maior eficiência, mas uma característica inerente a determinadas instituições. Um dos mais importantes aspectos do processo de racionalização é a substituição impensada do costume antigo; a adaptação deliberada do trabalho e da vida em termos dos interesses imediatos. Outras características são a racionalização consciente dos valores últimos, dos costumes, dos valores afetivos e o ceticismo moral. O termo racionalização em Weber está referido a ações sociais racionalmente orientadas. É o processo de introdução de racionalidades, ou do que, em diferentes épocas e lugares, julgamos ser racional. Corresponde às racionalidades prática, formal, teórica e substantiva.



2.2 Alienação

Marx & Engels (1997) reconheceram na obra “Ideologia alemã” que no processo histórico de evolução do Capitalismo a relação entre Capital, Trabalho, Política e Natureza sofreu mudanças radicais.

Nos primeiros momentos da História, o trabalhador da economia doméstica interagia com a Natureza de forma submissa e condicionada às estações naturais. O tempo ainda era da Natureza. Porém, a invenção de novas tecnologias ampliou a produção, motivando o aparecimento de duas classes produtivas com interesses econômicos divergentes: a dos trabalhadores, incluindo braçais e intelectuais; e a dos detentores de tecnologias, capitais e propriedades privadas, os denominados capitalistas. Surgiram, portanto, duas classes antagônicas no modelo marxiano. Agravando esse quadro histórico, constituiu-se uma massa de trabalhadores desempregados, compondo a imagem assustadora de um exército de reserva de mão de obra, que reforçaria na consciência do trabalhador o medo de perder o seu emprego.

No modelo marxiano, existem duas práticas de exploração do trabalho: a mais valia absoluta e a mais valia relativa. A mais valia absoluta acontece quando o patrão aumenta a carga horária do trabalhador e sua produção material vai além do trabalho socialmente necessário. Com esse procedimento, o empregado que trabalhou horas excessivas recebe um salário que tende a ficar mais insignificante quando comparado com o lucro obtido pelo capitalista, mais adiante, em suas transações de Mercado. A mais valia relativa, por sua vez, ocorre quando o patrão aumenta a produtividade da empresa com a ajuda de novas tecnologias, transformando a mão-de-obra disponível em apêndice das máquinas. Diminui-se, portanto, a quantidade de horas de trabalho para se produzir o mesmo produto de antigamente. Um par de sapato que antes podia custar sete dias de trabalho para ficar pronto artesanalmente, agora, no processo da mais valia relativa gasta apenas alguns minutos com o auxílio de novas tecnologias de produção. Entretanto, para surpresa histórica, mesmo sendo otimizado o processo produtivo com a introdução de novas tecnologias eficientes, o patrão continuou



umentando a carga horária do empregado, produzindo maior quantidade de mercadorias a fim de atender ao grande mercado de consumidores. Diante dessa realidade:

[...] Marx passaria a filosofar sobre a retomada da alienação, sobre as possibilidades de o homem retomar a plenitude consciente de sua própria vida, despertando do seu estranhamento: libertar-se, enfim. A desalienação do trabalhador – a dissolução daquele estranhamento que, nas sociedades modernas e industrializadas, havia se tornado a raiz de todos os estranhamentos – corresponde ao momento em que o trabalhador percebe, finalmente, que o Mundo inteiro é produzido por ele. Este tema seguirá adiante na obra madura de Marx, constituindo uma ponte entre suas análises posteriores e as primeiras obras do jovem Marx (BORGES, 2011, s. p.).

O estudo mais conhecido e mais citado de Marx acerca do problema da alienação é o pequeno texto intitulado “O trabalho alienado”, de 1844, onde aparecem quatro dimensões inter-relacionadas desse fenômeno (SERRA, 2008).

Na alienação do trabalhador em relação ao produto do seu trabalho (a chamada “alienação da coisa”), verifica-se que o trabalho produz um objeto-mercadoria com existência externa que foge ao controle do seu produtor. Ou seja, o trabalhador cria produtos e objetos que se tornam hostis e antagônicos contra si próprio, e não tem mais acesso ao destino e lucro final da mercadoria que ele mesmo criou.

Na alienação do trabalhador em relação à essência da espécie, a capacidade de transformar o real, de criar coisas, o verdadeiro fim da espécie humana, aquilo que verdadeiramente distingue o Homem de todos os outros animais, transforma-se na sociedade capitalista em mero meio individual de satisfação das necessidades de subsistência.

Na alienação do trabalhador em relação ao seu trabalho, entende-se, por sua vez, que o trabalho se torna “forçado” servindo apenas como meio de realização das necessidades vitais em troca de uma renda mínima, e não possibilita, portanto, uma vida digna e mais ampla de prazer no Mundo. Daí o comportamento recorrente de trabalhador fugir do trabalho como o *diabo da cruz* (SERRA, 2008).



Finalmente, *na alienação do Homem em relação ao Homem*, o trabalho alienado não é “natural” e “eterno”, mas é fruto da relação de produção capitalista, centrada na exploração do trabalho de uns Homens por outros. Portanto, se o produto do trabalho não pertence ao trabalhador, se a ele se contrapõe como um poder estranho, isto somente será possível de acontecer uma vez que o produto do trabalho pertence a outro Homem distinto do trabalhador. Ou seja, se a atividade laboral constitui para o trabalhador um tormento, será fonte de gozo e de prazer para outro indivíduo, o capitalista.

Em sua teoria, Marx atribui à propriedade privada dos meios de produção um papel essencial: ela é, por um lado, o produto do trabalho alienado e, por outro lado, é o meio através do qual o trabalho se aliena. Como solução, a emancipação da sociedade implicaria a abolição da propriedade privada que só pode ser feita pelos trabalhadores organizados (SERRA, 2008).

2.3 Anomia

Na visão do sociólogo Durkheim, a ausência do sentimento de pertencimento social gera graves consequências para a ordem pública e à própria personalidade do trabalhador, acarretando doenças físicas e distúrbios mentais, fato esse demonstrado estatisticamente através do suicídio anômico, na Europa do século XIX, causado em parte pelas crises econômicas e pela conduta privatista dos capitalistas que desprezam a convivência com o todo social.

Durkheim afirmou que “é fato conhecido que as crises econômicas têm uma influência agravante na propensão ao suicídio” (DURKHEIM, 2000, p. 303). Ele notou nesse sentido que o número de suicídios entre os ricos de empresas falidas era crescente, enquanto entre os pobres, apesar da carestia dos alimentos básicos e da miséria em geral, diminuía ou mantinham-se as taxas de suicídio abaixo dos números envolvendo os empresários. “Tanto não é o crescimento da miséria que provoca o crescimento do suicídio, que também crises favoráveis, cujo efeito é aumentar



bruscamente a prosperidade de um país, agem sobre o suicídio do mesmo modo que desastres econômicos” (DURKHEIM, 2000, p. 306).

Durkheim (2000, p. 322) destacou que a pobreza protege a pessoa contra o suicídio, porque lhe serve de freio. E justificou essa opinião argumentando que:

[...] quanto menos possuímos, menos somos levados a ampliar sem limites o círculo de nossas necessidades. A impotência, obrigando-nos à moderação, habitua-nos a ela [...] a riqueza, ao contrário, pelos poderes que confere, nos dá a ilusão de que só dependemos de nós mesmos. Diminuindo a resistência que as coisas nos opõem, nos induz a acreditar que podem ser vencidas indefinidamente. [A pobreza] é a melhor das escolas para ensinar o Homem a se conter. Obrigando-nos a exercer sobre nós mesmos uma disciplina constante, prepara-nos para aceitar docilmente a disciplina coletiva, ao passo que a riqueza, exaltando o indivíduo corre sempre o risco de despertar o espírito de rebelião, que é a própria fonte da imoralidade. Sem dúvida, isso não é razão para impedir a humanidade de melhorar a sua condição material. Mas embora o perigo moral acarretado por todo aumento da abastança não seja irremediável, não se deve perdê-lo de vista (DURKHEIM, 2000, p. 322).

Durkheim diferenciou que os animais ficam satisfeitos espontaneamente com a realização de suas necessidades materiais, entretanto, o ser humano, como ser social, depende da Sociedade que lhe impõem prêmios e punições, influenciando a forma como ele pretende atingir o seu bem-estar material. A Sociedade impõe limites máximo e mínimos para cada indivíduo e classe atingirem a sua felicidade. “Assim, não é verdade que a atividade humana possa ser libertada de todos os freios” (DURKHEIM, 2000, p. 320). “O que o Homem tem de característico é que o freio ao qual está submetido não é físico, mas moral, ou seja, social. Ele recebe a lei não de um meio material que se lhe impõe brutalmente, mas de uma consciência superior à sua e cuja superioridade ele sente (DURKHEIM, 2000, p. 320). Consequentemente, Durkheim concluiu que “quando o Homem vive um estado de desregramento, e suas paixões ficam menos disciplinadas, verifica-se a anomia como grande mal social que deve ser debelado pelo Estado e pela sociedade” (DURKHEIM, 2000, p. 322).

Além do fator econômico, Durkheim encontrou mais outra fonte de suicídio que é a viuvez, causadora de anomia doméstica, com a “desorganização da família, cuja



influência é sofrida pelo sobrevivente. [Nessa situação], o homem não está adaptado à nova situação e por isso, mata-se facilmente” (DURKHEIM, 2000, p.330).

Ampliando a sua abordagem crítica sobre o Capitalismo liberal, Durkheim (1999) em seu livro “Da divisão do trabalho social” observou que quanto mais a sociedade evolui, e as especializações produtivas se multiplicam na Modernidade, mais os indivíduos deixam de reconhecer o seu próprio valor como sujeito e a sua função social na sociedade.

Em geral, no Capitalismo liberal as pessoas estão perdendo a noção de que fazem parte de uma sociedade, ou de um todo orgânico, e se esquecem das responsabilidades sociais, desenvolvendo o lado egoísta de sua personalidade em detrimento da solidariedade, dentro e fora do ambiente laboral.

O isolamento individualista cria, segundo Durkheim, um sentimento de estranhamento entre os parceiros do trabalho que desenvolvem inclusive as mesmas funções produtivas.

3 DISCUSSÃO

Na linha de pensamento weberiana, atualmente, o tipo ideal de trabalhador da Modernidade é aquele sacrifica seus prazeres e necessidades sócio afetivas e religiosas, inclusive o prazer do ócio, e procura a salvação material-financeira da empresa onde trabalha, desencantando conseqüentemente a sua vida de relações e os projetos de vida que poderiam ser praticados fora do ambiente laboral.

Explicou o analista Bielefeldt (2000, p.42-52) que “uma das tendências da era moderna é a tendência à racionalização de todos os setores da vida – não apenas na ciência e tecnologia, mas também na economia, no direito e na política”.

Bielefeldt ressaltou que o sociólogo Weber já havia notado a profunda ambivalência do processo histórico da Modernidade ao descrever o desencantamento do mundo como consequência do monoteísmo judaico-cristão, pela crença na transcendência de Deus, liberando o Mundo como local desdemonizado.



Conforme descreveu o próprio Weber, “o capitalismo e a moderna burocracia devoram as fontes ético-espirituais, por serem formas institucionalizadas do processo ocidental de racionalização” (BIELEFELDT, op. cit., p. 43). Essas fontes, na avaliação do crítico Bielefeldt (op. cit.), podem ser dissolvidas, mas no final resta somente “endurecida e mecanizada a sociedade num Mundo administrado por aparelhos desalmados”.

O que Weber descreveu como possível desenvolvimento da era moderna aparece também em Adorno como “fatídica realidade”, ou seja, “a auto decomposição do Iluminismo que retira a base metafísica de todas as ideias ético-normativas através da liberação ilimitada da racionalidade instrumental; o que acaba [finalmente] se desviando em mitologia positivista” (BIELEFELDT, op. cit., p. 43).

Segundo Bielefeldt (2000, p. 45), a secularização é mais outro problema da era moderna, com “o questionamento cada vez maior do papel da religião na vida do indivíduo e da sociedade”.

Na perspectiva weberiana, Bielefeldt (op. cit., p. 45) admitiu que “mesmo tendo a secularização vencido a resistência das grandes comunidades religiosas, ela pode ser vista como consequência do desencantamento do Mundo, que é o reverso da crença transcendental do radicalismo religioso”. Diante dessa realidade, Bielefeldt (op. cit., p. 43) concluiu que:

Os inegáveis perigos de uma incontida racionalização só podem ser ultrapassados com mais esclarecimento e razão, e nunca com menos, ou seja, por reflexiva autocrítica da razão, na qual se definem possibilidades e limites não só da racionalidade cientificista e instrumental, mas também da reivindicação por responsabilidade racional e equilibrada.

O conceito de anomia complementa, por sua vez, o debate dos danos existenciais considerando que “o descanso do trabalhador auxilia na reintegração do mesmo à sociedade, pois as atividades profissionais o afastam do convívio social, pois o excesso de trabalho segrega o ser humano do lazer, forçando-o a uma vida degradante”. (CARVALHO & KNOERR, 2015, 597-98). Pontualmente, a abordagem dos constitucionalistas admite que:



[...] o estresse pode ser provocado por qualquer situação ou sensação que faz o ser humano se sentir frustrado, irritado ou ansioso, sendo diferenciado entre as pessoas, podendo ser combinado com os fatores genéticos e biológicos. Já a ansiedade é uma sensação de apreensão, nervosismo ou medo, onde a origem desse sentimento é desconhecida, o que aumenta a angústia, capaz de prejudicar a autoestima e a saúde do ser humano. O estresse pode provocar problemas de saúde, assim como doenças físicas e psicológicas, como a depressão, onde uma situação de frustração, irritação ou ansiedade contínua desencadeia comportamentos prejudiciais à saúde do ser humano (CARVALHO & KNOERR, 2015, p. 597-98).

Na obra “Da divisão do trabalho social”, Durkheim lembrou que “o estado de anomia é impossível onde quer que os órgãos solidários se encontrem em contato permanente e suficientemente prolongado” (DURKHEIM, 1999, p. 385). Por isso, a divisão do trabalho classificada como normal não seria um empecilho ao progresso da Sociedade e nem do Capitalismo porque nesse caso existiria uma consciência viva entre os trabalhadores a respeito de sua finalidade. “Assim, por mais especial, por mais uniforme que possa ser sua atividade, ela será a atividade de um ser inteligente, pois terá um sentido, e ele o sabe”. A divisão do trabalho normal “supõe que o trabalhador, longe de permanecer debruçado sobre sua tarefa, não perca de vista os seus colaboradores, aja sobre eles e sofra sua ação”. Por isso, no contexto da normalidade, o trabalhador “não é uma máquina que repete movimentos cuja direção não percebe, mas sabe que tendem a algum lugar, a uma finalidade que ele concebe mais ou menos distintamente. Ele sente servir a algo (DURKHEIM, 1999, p.330).

A divisão do trabalho normal produz solidariedade, entretanto, o que ela põe em evidência no cotidiano não são indivíduos, mas funções sociais, responsabilidades sociais, e interesses sociais; por conseguinte, a divisão moderna “nos pede apenas que sejamos ternos com nossos semelhantes e que sejamos justos, que cumpramos nossa tarefa, trabalhemos para que cada um seja convocado para a função que pode desempenhar melhor e receba o justo preço de seus esforços (DURKHEIM, 1999, p. 430).

Infelizmente, segundo Durkheim, a Modernidade tem seguido outra direção, por isso:



É necessário fazer cessar essa anomia; encontrar os meios para fazer esses órgãos que ainda se chocam em movimentos discordantes concorrerem harmoniosamente; e introduzir em suas relações mais justiça, atenuando cada vez mais essas desigualdades externas que são as fontes do mal [...].

Nas últimas linhas de sua obra, Durkheim lembrou que o nosso primeiro dever é criar uma moral transformadora que vai surgir “pouco a pouco, das condições internas que a tornam necessária” (DURKHEIM, 1999, p.432).

Da outra forma, contribui o conceito de alienação especialmente quando se leva em consideração que:

O trabalho em jornada excessiva atenta contra a dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, uma das graves formas de violação dos direitos humanos. Dessa forma [...] o trabalhador envolvido nessa situação é privado da sua condição de ser humano, deixa de ser destinatário dos bens e produtos por ele produzidos para assumir a condição de instrumento de trabalho. Perde sua dignidade, sua imagem e, não raramente, sua própria identidade, uma vez que se vê desprovido até de laços de família e dos valores de cidadania. Seu trabalho perde o valor social e humano estampado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco, sendo o acesso e o gozo de seus Direitos Sociais (saúde, lazer, família) a base da dignidade humana, estando intimamente relacionada com a concepção do pleno emprego e a dignidade da pessoa humana. Submeter o trabalhador empregado a jornada abusiva surge como a negação absoluta do valor da dignidade humana, da autonomia e da liberdade (CARVALHO & KNOERR, 2015, p 592).

O conceito de alienação critica a separação entre a dignidade da pessoa e da sociedade humana, causada pelo Mercado, desumano e socialmente excludente. Esse conceito admite por isso a ocorrência dos danos existenciais, considerando que o trabalhador deixa de ter consciência de sua integralidade humana e social, afastando-se da Natureza e da Família principalmente quando impera a mais valia absoluta no ambiente de trabalho.

Contra o individualismo, Marx em seu texto “Questão judaica”, de 1843, criticou a Declaração dos Direitos do Homem, da Revolução Francesa, dizendo que nesse documento a liberdade dos seres humanos ficava isolada como “mônadas reclusas”; ou



seja, naquele momento Marx percebeu que: “o direito humano à liberdade [baseava-se] não sobre a relação de pessoa para pessoa, mas muito mais na segregação de pessoas” (apud BIELEFELDT, op. cit., p. 46).

Ainda segundo Marx, na Declaração francesa o centro da liberdade baseada em direitos humanos é a propriedade privada de maneira que os direitos do ser humano coincidem com os interesses econômico-individualistas do burguês. Para Marx, diferentemente, a aplicação prática do Direito humano envolve uma crítica radical sobre a liberdade e o direito à propriedade privada. Em seu modelo revolucionário, Marx defendeu finalmente a “cessação dos direitos individuais dentro de uma sociedade humanitária sem classes” (BIELEFELDT, 2000, p. 184).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conceito de desencantamento do Mundo afirma que o excesso de racionalidade e de tecnicismo da vida Moderna gera danos existenciais à pessoa. Nesse sentido, a jornada abusiva de trabalho e a ética capitalista centrada na máxima de que “tempo é dinheiro” danificam a natureza espiritual, religiosa e social do trabalhador, causando-lhe frustração e perda de sentido transcendental da Vida.

No contexto apresentado por Weber existiriam, portanto, dois tipos de danos: existenciais e espirituais, sendo que nesse último caso, além da vivência da pessoa, é prejudicado o projeto de pós vida, profanando-se, por exemplo, os dias da semana sagrados, como domingo, sábado ou feriado religioso através do excesso de carga horária verificada gravemente na situação do “trabalho análogo à escravidão”.

Significa principalmente, que não há forças misteriosas incalculáveis, mas que podemos, em princípio, dominar todas as coisas pelo cálculo. Isto significa que o mundo foi desencantado. Já não precisamos recorrer aos meios mágicos para dominar ou implorar aos espíritos, como fazia o selvagem, para quem esses poderes misteriosos existiam. Os meios técnicos e os cálculos realizam o serviço (WEBER, 1982, p. 165).



O conceito de alienação descrito por Marx & Engels (1987) enfatiza, por outro lado, que a rotina do sistema capitalista se baseia na exploração do Homem sobre o Homem. Nesse contexto, o desejo de obtenção do lucro induz o patrão a sobrecarregar a jornada de trabalho do empregado; e se puder, ele paga menos do que a Lei estipula pelo serviço prestado. Também nesse contexto, a imagem do exército de reserva de mão de obra fragiliza a autoestima e a segurança psicológica do empregado, fazendo com que ele aceite pacificamente o “convite” do patrão para trabalhar horas extras além do que é permitido pelo contrato original de trabalho. Essa atitude submissa do trabalhador aos imperativos do patrão gera danos existenciais, pois o indivíduo deixa de conviver com seus parentes e amigos, ficando alienado em relação aos acontecimentos afetivos e comunitários que acontecem fora do ambiente laboral, sacrificando, inclusive, os seus projetos pessoais de melhoria de vida futura, por exemplo, cursando uma Faculdade. Essa situação pode ser explicada pelo conceito de alienação. Segundo Marx, existe a alienação política, ou seja, a separação do indivíduo em relação aos próprios interesses de classe. Também no cotidiano do Capitalismo verifica-se o problema da reificação, ou seja, a transformação do indivíduo em mero objeto do sistema. Ainda mais, a alienação pode se manifestar com a separação do trabalhador em relação ao produto do seu trabalho, onde a pessoa não se percebe mais como sujeito produtor e consumidor daquilo que ela mesmo produziu. Também a alienação da atividade produtora causa a fragmentação da consciência a respeito da dignidade do trabalho individual e social. Da mesma maneira, a alienação do Homem em relação aos outros Homens provoca o isolamento crescente do trabalhador que se desconecta das relações sociais e comunitárias extra laborais. Indo mais além, a alienação do Homem em relação à sua natureza provoca outra consequência negativa, que é a “desnaturalização” da pessoa. Finalmente, a alienação religiosa causa dano político, segundo a concepção negativista de Marx sobre o tema da Religião, pois ela afasta o indivíduo do Mundo real.

Finalmente, o conceito de anomia proposto por Durkheim descreve a natureza social do ser humano que deve estar no Mundo desenvolvendo sua vida de relações e realizando seus projetos de vida. Esse conceito considera que o indivíduo precisa obter reconhecimento entre seus pares e desenvolver livremente a sua vida de relações fora



do ambiente laboral. Sendo, portanto, o Homem um ser social, negar o direito natural de estar no Mundo gera consequências maléficas à saúde e bem-estar, acarretando estresse físico e mental ao trabalhador, e até possibilidade de suicídio, que se projetam devido à ausência de valores comunitários que deveriam ser praticados regularmente dentro e fora do ambiente laboral.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rubia Zanotelli & BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o Direito do trabalho. **Rev. TST**, Brasília, vol. 79, no 2, abr/jun 2013. Disponível em: <https://pesquisa-eaesp.fgv.br/sites/gvpesquisa.fgv.br/files/arquivos/boucinhas_-_o_dano_existencial_e_o_direito_do.pdf>. Acesso em: 16 set. 2018.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos direitos humanos**. Trad. Dankwart Bersmuller. São Leopoldo: UNISINOS, 2000.

BORGES, José D'Assunção Barros. O conceito de alienação no jovem Marx. **Revista Tempo social**, Revista de Sociologia da USP, vol. 23, n.1, junho 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v23n1/v23n1a11.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. **Código civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Senado, 2002. disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 set. 2018.



CARVALHO, Robert Carlon De; KNOERR, Viviane Coêlho de Séllos. Sobre jornada: um olhar a partir do dano moral em razão de doenças psicolaborais. In: **Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Luiz Fernando Bellinetti, Sérgio Mendes Botrel Coutinho. Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em:
<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/6eh993o0/072y4qe8oq5cfzm7.pdf>>
> . Acesso em: 28 maio 2018.

DURKHEIM. É. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **O suicídio**: estudo de Sociologia. Trad. Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA, Franklin. 2000. **Uma introdução a Max Weber e à obra “Ética protestante e o espírito do capitalismo”**. Disponível em:
<http://www.mackenzie.br/fileadmin/Mantenedora/CPAJ/revista/VOLUME_V__2000__2/Franklin.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

FERREIRA, Vanessa Rocha. O dano existencial nas relações de trabalho e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas. **RBSD – Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 3., n. 1, p. 97-116, jan./abr. 2016.

FROTA, Hindemberg; BIÃO, Fernanda Leite. A dimensão existencial da pessoa humana, o dano existencial e o dano ao projeto de vida: reflexões à luz do direito comparado. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, 13: 129-163 vol.1, 2010.



_____. O fundamento filosófico do dano existencial. **Repertório IOB de Jurisprudência**. São Paulo, v. 25, n. 20, cd. 3, 2ª quinz./out. 2011, p. 711-717.
Disponível em: <<https://tematicasjuridicas.wordpress.com/2011/11/02/dano-existencial-fundamento-filosofico/>> . Acesso em: 06 out. 2018.

MARX, M & ENGELS, F. **A ideologia alemã**. Trad. José Carlos Bruni e Marco Aurélio Nogueira. 6.ed. São Paulo: HUCITEC, 1987.

MONTARROYOS, Heraldo. **Pesquisa jurídica: como se faz**. Rio de Janeiro: PUBLIT, 2017.

OLIVEIRA, Adriano Guimarães de; MONTARROYOS, Heraldo Elias. O existencialismo jurídico na Justiça do Trabalho da 8ª Região: investigando o modo como os juízes desenvolvem o conceito de danos existenciais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5100, 18 jun. 2017.

SERRA, Joaquim Mateus Paulo. **Alienação**. Universidade da Beira Interior: Covilhã, 2008.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Dano existencial: uma leitura da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais sob a ótica da proteção humana**. Porto Alegre (RS): PUC, Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Mestrado, 2007. Disponível em:
< <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4004/1/399477.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2018.

THIRY-CHERQUES, Hermano Roberto. Max Weber: o processo de racionalização e o desencantamento do trabalho nas organizações contemporâneas. **RAP — Revista de administração pública** – Rio Janeiro, 43(4):897-918, jul./ago. 2009. Disponível em:
<<http://www.scielo.br/pdf/rap/v43n4/v43n4a07.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018.



WEBER, M. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. José Marcos Mariani Macedo. 1.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. A ciência como vocação: In: **Ensaio de sociologia**. 5 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 154-183.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).





Recebido em: 21.08.2018
 Aceito em: 26.10.2018

DOI: <http://doi.org/10.33239/rt dh.v1i1.4>

1 Professor titular de Direito do Trabalho na Universidade de Cagliari, na Itália

<https://orcid.org/0000-0002-6170-5421>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Licenciamento, direito del lavoro e ideologia

Demissão, direito do trabalho e ideologia

Dismissal, labor law and ideology

Gianni Loy¹

RIASSUNTO:

In distinte fasi storiche, almeno tre, il Diritto del lavoro si è interrogato sulla disciplina da applicare al licenziamento, o al recesso. Una breve rilettura di queste tre fasi consente di mettere in evidenza le relazioni intercorrenti tra la norma e l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, cioè le "costruzioni giuridiche" che hanno accompagnato la sua evoluzione. Prenderò in considerazione la fase delle origini, quella post-costituzionale e ovviamente la fase attuale. Lo farò cercando di cogliere il nesso con le ideologie del tempo per arrivare alla conclusione che, in definitiva, il problema di fondo, che è quello scegliere il modello preferibile, è sempre lo stesso ed è incentrato sul riconoscimento della asimmetria della parti nel rapporto di lavoro, ed in particolare nel momento del recesso. Si potrà osservare come il Diritto del lavoro, in questa materia, risulti fortemente tributario dal predominio di ideologie esterne ad esso.

PAROLE CHIAVE: Diritto del Lavoro. Rapporto di Lavoro. Licenziamento. Asimmetria. Ideologia.

RESUMO

Em distintas fases históricas, pelo menos três, o Direito do Trabalho foi interrogado sobre a disciplina a ser aplicada à demissão ou ao recesso. Uma breve leitura dessas três fases consente de colocar em evidência as relações intercorrentes entre a norma e a elaboração doutrinária e jurisprudencial, isto é as "construções jurídicas" que acompanharam a sua evolução. Tomarei em consideração as fase das origens, a fase pós-constitucional e obviamente a fase atual. Eu o farei procurando colher o nexo com as ideologias do tempo para alcançar a conclusão que, fundamentalmente, o problema de fundo, que é o de escolher o modelo preferido, é sempre o mesmo e é focalizado no reconhecimento da assimetria das partes na relação de trabalho, e em particular no momento da demissão. Poder-se-á observar como o Direito do Trabalho, nesta matéria, resulta densamente tributário do predomínio de ideologias externas a ele.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Relação de Trabalho. Demissão. Assimetria. Ideologia.

ABSTRACT

In distinct historical phases, at least in three of them, Labor Law has been questioned about which discipline to apply to the dismissal or to the withdrawal. A brief reading of these three phases intends to evidence the intercurrent relations between the norm and doctrinal and jurisprudential elaborations, that is, the "legal constructions" that have accompanied their evolution. I will take into consideration the origins phase, the post-constitutional phase and obviously the current phase. I will seek to grasp the link between the ideologies of the time in order to reach the conclusion that fundamentally the key issue, which is the choice for the preferred model, is always the same and focuses itself on the recognition of asymmetry between the parties in a labor relation, particularly in the moment of withdrawal. It will be possible to observe how Labor Law, in this matter, is strongly tributary to the predominance of ideologies external to it.

KEYWORDS: Labor law. Work Relations. Dismissal. Asymmetry. Ideology.

INTRODUZIONE: ALLE ORIGINI DELLA SIMMETRIA NEL CONTRATTO DI LAVORO. UNA OPZIONE IDEOLOGICA

Il tema può essere aperto ricordando il grido di dolore lanciato da Mario Napoli all'indomani dello "sfregio" subito dalla stabilità reale a partire dalla riforma Fornero (NAPOLI, 2014, p. XI ss).

Si è trattato di una denuncia severa e rigorosa da parte di un appassionato studioso che, come egli stesso proclama, ha "passato una vita per chiarire la portata del sistema di stabilità reale" (NAPOLI, 2014, p. XII). Tuttavia, sia per l'affetto che in molti abbiamo sempre nutrito per lui, sia per la coincidenza del declino dell'istituto della stabilità reale con quello della vita terrena di Mario, molti hanno preferito cogliere, in quel suo testamento, il vigore della passione piuttosto che l'energia della razionalità.

Quasi che quella denuncia nascesse dalla sofferenza di veder crollare il proprio castello, piuttosto che dalla preoccupazione che una "delegittimazione culturale e politica del Diritto del lavoro" (NAPOLI, 2014, p. XI) conduca, fatalmente, ad un arretramento delle condizioni di vita e della livello di civiltà di cui le società occidentali si fanno vanto, sino a costituire un rischio per lo stesso equilibrio democratico della Repubblica (RUSCIANO, 2016, p. 953 ss.).

La disciplina del licenziamento ha costituito, da sempre, la cartina di tornasole della vitalità, dei tormenti, ed anche delle ambiguità del Diritto del lavoro. Il potere di recedere unilateralmente costituisce la modalità suprema di affermazione del predominio di una delle due parti del contratto. Il potere di recesso unilaterale, infatti, può mettere a tacere, in maniera definitiva, ogni altro reclamo avanzato dalla parte debole. Tale potere, paventando l'estinzione del rapporto, ha la forza di imporre la rinuncia ad altri diritti e l'acquiescenza all'abuso.

Il contratto d'opera, in prima battuta, è stato ascritto, indistintamente, al novero degli altri contratti privati. Si pretendeva che la garanzia offerta dalla libertà di contratto fosse in grado di assicurare i diritti e le aspettative derivanti dal contratto stesso, senza necessità che lo Stato si immischiasse. Ma è stato presto evidente che così non era!



L'asimmetria, prontamente constatata e stigmatizzata a livello sociale, è stata subito presa in considerazione, anche a livello giuridico, proprio sotto il profilo della libertà di recesso, o se si vuole del potere unilaterale di licenziare *ad nutum*, all'interno del diritto comune dei contratti sinallagmatici, cioè di un diritto ispirato, in principio, alla più rigida simmetria. Le soluzioni proposte dalla dottrina prevalente per giustificare il potere di recesso *ad nutum*, e che poi si sono affermate, sono incentrate su motivazioni squisitamente giuridiche. Barassi ha giustificato tale potere, con particolare riferimento alla *locatio operarum* a tempo determinato, con la natura fiduciaria del rapporto, Carnelutti, da parte sua, è ricorso all'analogia con la locazione delle cose, schivando l'obiezione di una possibile "ripugnanza morale a parificare l'uomo alle cose" (CARNELUTTI, 1911, p. 397). Ciò che più mi preme porre in evidenza, al riguardo, è il fatto che quel dibattito prenda le mosse da constatazioni di ordine economico e sociale, etico.

Il dibattito, infatti, è originato dalla presa di coscienza della profonda diseguaglianza tra le parti del contratto, derivante da una attenta osservazione del mercato del lavoro, dei fenomeni economici e sociali e dai riflessi dell'atto giuridico sulla condizione esistenziale delle persone. Si tratta di una analisi attenta, soprattutto da parte di alcuni, perché si spinge sino a dettagliare la misura del rischio che il lavoratore deve sopportare, a seconda della attività lavorativa svolta. Perché "il domestico, anche se licenziato, trova facilmente un nuovo servizio perché il numero delle persone che si danno al servizio domestico va ogni giorno diminuendo ... mentre ... le difficoltà sono ben maggiori pei commessi. Il loro numero va aumentando a misura che l'istruzione si diffonde e se sono licenziati dal loro padrone riesce loro tanto più difficile il collocarsi" (LAURENT, 1900, p. 431-432). Anticipazioni della moderna analisi economica del diritto?

Sia la dottrina del nascente Diritto del lavoro che la giurisprudenza, a questo punto, si dividono. Si affaccia una articolazione di posizioni tra chi nega il diritto del libero recesso da parte del padrone (LAURENT, 1900, p. 431-432), chi ritiene di temperare il danno subito dalla parte debole riconoscendo al lavoratore licenziato il diritto al preavviso o ad una indennità, come fa una parte della giurisprudenza, o chi, come si è detto, riconosce la libertà di recesso all'interno del rapporto a tempo determinato (BARASSI, 1901, p. 830 ss.).



In questa sede non interessa tanto descrivere la tematica, peraltro minuziosamente approfondita da Mario Napoli. Preme, piuttosto, sottolineare gli aspetti relativi al superamento, sulla base del ricorso a principi generali, dell'apparente simmetria tra padrone e domestico introdotta dall'art. 1628 del codice civile sulla scia dell'art. 1870 del codice napoleonico. Posto che la direttiva di ordine pubblico di cui all'art. 1628, come ricorda Mario Napoli, era dettata in funzione della libertà del lavoratore (NAPOLI, 1980, p. 64), il fatto che il padrone possa obbligarsi a mantenere in servizio i domestici per tutta la vita non si pone in contrasto con tale norma.

La simmetria, in realtà, è soltanto apparente; perché, “nel primo caso il domestico aliena la sua libertà, perché è lui che serve, nel secondo caso il padrone non aliena la sua libertà, perché non è lui che serve” e, di conseguenza, l'art. 1628 non fonda alcun divieto, per il padrone, di obbligarsi a tenere dei domestici per tutta la vita (NAPOLI, 1980, p. 64). L'asimmetria verrà successivamente ribadita, in termini sostanzialmente analoghi, dalla dottrina successiva. Giorgio Ghezzi rileva che mentre il lavoratore soffre “una compressione della libertà personale”, per il datore di lavoro si tratta, invece, di una “limitazione della libertà di iniziativa economica” (GHEZZI, p. 338). Federico Mancini, dal canto suo, ritiene inammissibile la simmetria in quanto vengono messi a repentaglio “da un lato la persona e dall'altro il patrimonio” (MANCINI, 1962, p. 338).

Quella parte della dottrina e della giurisprudenza che spingono lo sguardo oltre il formale equilibrio disegnato dalla norma, lo fanno prendendo atto, dichiarandolo, del contesto socio economico. L'opportunità, o la necessità, di guardare all'economia, evidentemente, non sono acquisizioni recenti, esse sono insite nel DNA del Diritto del lavoro.

La presa di coscienza dei fenomeni economici, dei loro risvolti sociali, nonché dell'iniziale indifferenza del legislatore, tuttavia, non suggeriscono una risposta univoca. E' sufficiente riflettere sulle motivazioni, almeno in parte sicuramente metagiuridiche, che giustificano le teorie avanzate dai principali interpreti dell'epoca.

Barassi prende atto, e se ne duole, della triste condizione dell'operaio, sia per quanto attiene alla (mancata) stabilità del rapporto di lavoro, ma anche per la penosità ed il rischio che esso comporta. Ma dichiara, *malgré soi*, di non poter infrangere le rigide regole imposte dal diritto privato. Non essendo insensibile al problema, tuttavia, auspica che alla sicurezza, in



tutti i sensi, del lavoratore, possa provvedere lo Stato, adottando misure da confinare, almeno prevalentemente, nel diritto pubblico. Pur non potendo ignorare che le riforme, “de iure condendo”, potrebbero anche riguardare il diritto comune, egli, “da buon conservatore”, come lo definisce Mario Napoli (1980. p. 70), scongiura tale ipotesi. Si possono intravedere, in questa chiave di lettura, non poche similitudini con le ragioni di chi, oggi, invoca una maggior flessibilità in tema di licenziamento auspicando, allo stesso tempo, che il lavoratore possa soddisfare “altrove”, nel mercato del lavoro o mediante altri strumenti di carattere previdenziale o assistenziale, la propria aspirazione alla sicurezza.

Non meno positivista appare l’approccio di un altro dei principali fautori della libertà di licenziamento *ad nutum*, Carnelutti. Per lui, come si è detto, l’unica ragione ostativa al ricorso all’analogia con la locazione potrebbe essere rappresentata dalla ripugnanza morale a parificare l’uomo alle cose. Ma la ritiene una “*pruderie eccessiva*” (CARNELUTTI, 1911, p. 397). Egli, con l’aggiunta di una nota di pragmatismo, fa il seguente ragionamento: siccome, nei fatti, tutti finiscono per arrivare allo stesso risultato per vie traverse, accettare il ricorso all’analogia con la regola dell’art. 1609 del codice civile, non solo è la soluzione più sincera, ma anche la più efficace. Si tratta di un ragionamento che, ancor oggi, risulta per alcuni affascinante.

Di segno diametralmente opposto il ragionamento di Laurent, un precursore di quanti ritengono che il bisogno di sicurezza del lavoratore non sia venuto meno (LOI, 2001). Egli sulla base del presupposto costituito dalla disparità sociale ed economica delle parti, riteneva giustificato il ricorso ai principi di equità e di giustizia, o il ricorso alla categoria dell’abuso del diritto, al fine di compensare, almeno parzialmente, lo svantaggio della parte debole del rapporto di lavoro.

1 PRIMO TEMPO: IL LEGISLATORE CANCELLA L’ASIMMETRIA, MA QUESTA SI RIAFFERMA NEL DIRITTO AL LAVORO SANCITO DALLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA

Il codice civile del 1942 formalizza le acquisizioni della dottrina favorevole al riconoscimento del diritto di licenziamento *ad nutum* e le consacra in una norma che, disciplinando unitariamente il recesso, riconosce perfetta simmetria di posizione tra



l'imprenditore ed il lavoratore subordinato. Si tratta di una formulazione che registra i rapporti di forza che si erano consolidati nel paese e gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che meglio li avevano rappresentati. Una norma formalmente equidistante ma che, in realtà, favorisce il padronato che, da un'interpretazione favorevole alla piena disponibilità del potere di licenziamento *ad nutum*, poteva trarre indubbi vantaggi (BALLESTRERO, 1974, p. 23; MANCINI, 1937, p. 05).

L'apparente simmetria contenuta nella formulazione degli art. 2118 e 2119, che penalizza gli appartenenti alla classe lavoratrice, è ben presto messa in crisi dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

La formulazione del codice civile in materia di recesso rimarrà ancora a lungo invariata, ma comincerà a farsi strada, seppur faticosamente, l'idea che la proclamazione del Diritto al lavoro rappresenti una pietra angolare, destinata a portare frutti sia sotto il profilo dell'interpretazione della legislazione ordinaria, costituzionalmente orientata, sia quale punto di riferimento per quei nuovi "costruttori" che, in ossequio all'impegno derivante dall'art. 3 Cost., sono chiamati a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (LOY, 2009, p. 197 ss.).

La mancata protezione contro il licenziamento illegittimo costituisce sicuramente un ostacolo alla concretizzazione del Diritto al lavoro. Eppure, al momento, è venuta meno persino quella nozione di licenziamento giustificato che aveva cominciato a fare la sua comparsa nel primo scorcio del secolo.

Le ragioni che hanno portato alla formulazione della norma Costituzionale con l'occhio rivolto all'interesse della classe lavoratrice e, conseguentemente, alla limitazione delle prerogative imprenditoriali a favore di questi ultimi (di cui l'art. 35 costituisce il punto di riferimento e l'art. 41 indica la misura), sono evidentemente ispirate, ad una scelta ideale, ad un programma, o ad un'utopia, che è quella di ritenere che sia giunto il tempo di promuovere le condizioni per far sì che le classi più svantaggiate possano essere affrancate sino al raggiungimento della piena, vera, uguaglianza.

Obiiettivo, questo, incompatibile con il permanere del principio codicistico della simmetria delle parti nel recesso, espresso con la sprezzante formula del diritto di licenziare *ad nutum*,



con un il semplice cenno del capo, che non si arresta neppure difronte al motivo discriminatorio.

La maturazione di una nuova coscienza giuridica si intreccia con la maturazione della coscienza comune ed è accelerata dai fatti e dai conflitti. Il licenziamento di Santihia nel 1951, dovuto a motivi esplicitamente discriminatori, non troverà, sul piano giuridico, una risposta in grado di rimediare all'evidente *vulnus* di un principio che si va radicando nelle coscienze, ma provoca indignazione e fa maturare l'esigenza di incominciare a dare attuazione al principio del Diritto al lavoro (e non solo ad esso) mediante una legislazione che impedisca almeno le forme più odiose del licenziamento discriminatorio. Il primo banco di prova sarà la legge che sancisce la nullità del licenziamento intimato per ragioni di matrimonio.

Il principio costituzionale del Diritto al lavoro, per quanto riguarda la limitazione della libertà di licenziamento, si afferma per effetto dell'evoluzione della coscienza sociale e per effetto del conflitto, anch'esso ormai costituzionalmente garantito. E' l'autonomia collettiva, infatti, a concordare i primi limiti al potere di licenziamento nella grande impresa privata. In tal modo riprende a vivere, a dispetto della imparziale formulazione degli art. 2018 e 2119, quella asimmetria tra licenziamento e dimissioni di cui già si ragionava all'inizio del secolo.

Oggi, è facile cogliere l'inconciliabilità tra il principio contenuto nell'art. 4 Cost. e l'indiscriminata libertà di recesso sancita dal codice civile; eppure la strada della lettura costituzionalmente orientata di quelle norme, nonostante l'autorevolezza di chi la predicava, non è stata facile.

Vi era chi, come Natoli, intendeva l'art. 4, come "diritto alla conservazione del posto" (NATOLI, 1955, p. 57). L'art. 4, secondo un orientamento di politica del diritto autorevolmente rappresentato anche da Mortati e da Smuraglia riteneva che l'art. 4 della Costituzione non solo prescrivesse al legislatore adozione di provvedimenti attuativi di quel principio ma contenesse anche un divieto per i privati di adottare provvedimenti che negassero o compromettessero lo scopo indicato nella norma costituzionale (MORTATI, 1953, p. 79; SMURAGLIA, 1958, p. 143).

Evidentemente, per il clima dell'epoca, non era facile "aggirare" la libertà di licenziamento con la sola utilizzazione di strumenti interpretativi "anche tecnicamente validi" (BALLESTRERO, 1974, p. 44). Lo stesso Federico Mancini, all'epoca, riteneva che l'art. 4 della



Costituzione fosse non tanto in contraddizione quanto “eterogeneo” rispetto alla disciplina del recesso disegnata dagli art. 2118 e 2119 del codice civile. Pertanto, concludeva che se anche “il legislatore modificasse l’art. 2118, le norme relative non potrebbero trovare nel secondo (cioè nell’art. 4 Cost.) la legittimazione costituzionale” (MANCINI, 1962, p. 362).

Ovviamente, il dissenso di Mancini rispetto a tale linea di politica del diritto riguardava la tecnica interpretativa e non la finalità. Egli stesso, infatti, in relazione a due delle ipotesi sul tappeto (introdurre un controllo sui motivi, oppure temperare l’assoluta libertà di recesso con la previsione di un correttivo patrimoniale) optava decisamente per la prima, ritenendo che tale scelta potesse costituire “una premessa per ulteriori sviluppi sulla strada della stabilità reale” (MANCINI, 1962, p. 346).

La corrente “costituzionalista”, pertanto, non riuscì ad imporsi. Assai più proficuo fu l’altro filone, quello che, attraverso il conflitto ed i conseguenti accordi collettivi, costruì il modello che sarebbe stato poi recepito dal legislatore del 1966.

Poiché, in questa sede, ciò che interessa è il rapporto tra Diritto al lavoro e disciplina del licenziamento, è opportuno sottolineare che la derivazione costituzionale della disciplina limitativa del libero recesso fa riferimento, e presuppone, accanto al richiamo ad altri valori, una precisa visione dell’economia di mercato. Visione che, per Mortati, “presuppone la convinzione che l’equilibrio nel mercato del lavoro non si possa attendere dallo spontaneo giuoco dei fattori che operano a determinarlo” (MORTATI, 1972, p. 252) ed implica (anche in considerazione della professione religiosa dell’autore) una critica alla teoria liberista coerente ed ispirata agli orientamenti già presenti, e destinati a consolidarsi, nella dottrina sociale della chiesa. Il dibattito giuridico, in altri termini, si sviluppava, più o meno, secondo le tecniche proprie della disciplina, ma era fortemente condizionato dal *pre-giudizio* degli autori. Essi proiettavano nelle rispettive argomentazioni giuridiche, con maggiore o minore intensità, le proprie convinzioni ideologiche e le proprie passioni ideali.

Richiamo ciò, per smentire gli ammonimenti di chi, da qualche tempo, non cessa di invitare i giuslavoristi a non ignorare l’economia, dimenticando che, proprio al contrario, il Diritto del lavoro è nato ed è cresciuto all’interno delle acque, spesso turbolente, dell’economia; solo che il più delle volte, ben lungi dall’asseccarle, si è contrapposto alle



pretese di quelle teorie economiche che avrebbero voluto concedere briglia sciolta alle ai pretesi meccanismi spontanei del mercato.

A dimostrazione di ciò, visto che ho fatto prevalente riferimento ad una dottrina “progressista”, mi sembra interessante richiamare anche talune delle argomentazioni, anch’esse ispirate alle teorie economiche, di chi, invece, riteneva che l’art. 4 della Costituzione, pur consacrando il “diritto al lavoro” quale principio, non postulasse alcun intervento da parte dello Stato.

Mazziotti, ad esempio, riprendendo un ben più vecchia idea ereditata dal tempo del primo capitalismo¹ non esitava ad affermare che il più coerente strumento di attuazione del diritto al lavoro fosse il totale abbandono dell’economia alla libertà di mercato; di un mercato che, spontaneamente e virtuosamente, avrebbe conseguito l’obiettivo costituzionale del “diritto al lavoro”².

Non può non vedersi come l’interpretazione del giurista, in entrambi i casi, postuli un’opzione ideologia e suggerisca l’applicazione di una differente teoria economica, dall’inoperosa contemplazione dei virtuosi effetti delle regole del mercato, alla necessità di un interventismo statale volti a correggere gli effetti non coerenti con il programma indicato dall’art. 4 Cost.

Il richiamo all’art. 4 Cost è corroborato, e trova un fondamento tecnico, nell’art. 41 Cost. Tale norma, dopo aver affermato la libertà di iniziativa economia, ne tratteggia i limiti. Essa “non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. Si tratta solo di stabilire se il potere di recesso ingiustificato, così come disciplinato dall’art. 2118 possa “offendere” uno o più dei limiti indicati dalla norma costituzionale. L’indiscriminata libertà di licenziamento, secondo un orientamento sostenuto soprattutto da autorevoli costituzionalisti, contrasterebbe con il diritto del lavoratore alla sicurezza. Il termine sicurezza riferito al lavoratore, infatti, dev’essere inteso come sicurezza della propria esistenza. Essa consiste nella “garanzia di

¹ “El capital, abandonado a su libre y espontánea acción se invierte forzosamente en dar trabajo y pago de salarios” (FERRAN 1882, p. 91).

² MAZZIOTTI, 1956 p. 59 e 69. In senso analogo: D’EUFEMIA, 1958, p. 25 ss. “Se la Repubblica dovesse attuare il diritto al lavoro di tutti i cittadini solo moltiplicando posti di lavoro dipendente lo Stato finirebbe...per divenire uno stato collettivistico, non molto diverso da quello sovietico, il che certo non corrisponde ai principi della costituzione” (MAZZIOTTI, 1973, p. 338 ss).



potere in ogni tempo disporre dei mezzi necessari per la propria esistenza e quella della propria famiglia”; il lavoratore licenziato senza giustificazione si troverebbe nelle condizioni di non poter tutelare, nei modi costituzionalmente garantiti la propria personalità (BALDASSARRE, p. 602). Pertanto, si può sostenere che nel diritto al lavoro“ rientri anche il diritto alla conservazione del posto di lavoro per coloro che l’occupazione l’abbiano in precedenza ottenuta”(CRISAFULLI, 1952, p. 145)³ e che l’interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro rappresenti “un interesse costituzionalmente protetto”(CRISAFULLI, 1952, p. 145).

La prima giurisprudenza costituzionale non ha accolto l’idea che il combinato degli art. 4 e 41 Cost. possano avere efficacia immediata ai sensi dell’art. 1374 del codice civile, che obbliga le parti anche alle conseguenze che dal contratto derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità. La Corte costituzionale, tuttavia, nel 1965, pur confermando che al lavoratore non è riconosciuto un diritto soggettivo, immediatamente azionabile, alla conservazione del posto, ha invitato il legislatore ad “adeguare la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del posto di lavoro” e di circondare di “doverose garanzie” e di “opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti” (CORT COST, 1965, p. 661). La sentenza precede di poco la stagione dell’interventismo legislativo che, nel 1966, spezzerà la simmetria tra licenziamento e dimissioni imposta codice civile del 1942.

Successivamente all’introduzione della legislazione limitativa dei licenziamenti individuali, la teoria della derivazione costituzionale del diritto alla conservazione del posto di lavoro trova nuovi adepti. Tutti hanno ben chiara la distinzione tra il diritto ad ottenere un posto di lavoro ed il diritto a conservarlo. Nel secondo caso, “il diritto a non essere arbitrariamente privato del proprio posto di lavoro è perfettamente concepibile”, come dirà più tardi D’Antona (1979, p. 110), perché sarebbe in contrasto con l’interesse alla “sicurezza” tutelato proprio dall’art. 41 Cost.

Non tutti, ovviamente, seguono tale impostazione. Giuseppe Pera, invertendo i due poli della disposizione costituzionale, anziché partire dalla libertà dell’impresa per poi

³ Secondo cui l’interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro rappresenta “un interesse costituzionalmente protetto”(CRISAFULLI, 1952, p. 161).



individuare i limiti indicati dal capoverso, parte invece da questi ultimi per affermare che “questo interesse del lavoratore non può essere tutelato oltre il limite superato il quale verrebbero in gioco o in questione quelle scelte rispetto alle quali vale la garanzia costituzionale di libertà” (PERA, 2007, p. 199). Vorrebbe far credere, cioè, che esista un livello di garanzia costituzionale, immutabile, a favore della libertà di impresa e che l’interesse del lavoratore alla tutela della sua dignità e della sua sicurezza trovi un limite nella libertà d’impresa. Ma non è così: ad essere “flessibili” non sono il diritto alla dignità o alla sicurezza del lavoratore, che vengono indicati quali limiti, bensì l’ampiezza della libertà di impresa che tali limiti non può travalicare.

Se si presta attenzione alla “matrice più generale della tutela delle libertà e dignità del lavoratore contenute nell’art. 41, 2° comma Cost.” è evidente che “il potenziale elemento lesivo di tali beni, da assoggettare a limiti, è individuato nell’iniziativa privata *tout court*, cioè direttamente nel potere dell’imprenditore, a prescindere dalle forme giuridiche in cui si esplichino” (TREU, 1974, p. 43 ss.).

L’art. 41 Cost., nel riconoscere la libertà d’iniziativa privata, fonda, evidentemente, anche il potere di licenziamento da parte del datore di lavoro, solo che vi sarebbe un “limite interno al suo esercizio, connaturato alla funzione stessa per la quale i relativi poteri sono giuridicamente riconosciuti” (GAROFALO, 2008-2009). In realtà, è riduttivo affermare che il diritto del lavoratore alla sicurezza, o alla dignità (le locuzioni del cpv dell’art. 41 Cost. esprimono un valore complessivo nel loro insieme) costituisca un limite interno all’esercizio del potere del datore di lavoro. Neppure il riferimento alla tecnica del bilanciamento (D’ANTONA, 1979, p. 70; NOGLER, 200)⁴, in questo caso, sembra convincente. Il bilanciamento presuppone che gli interessi da comparare siano collocati allo stesso livello nella gerarchia dei principi. Ma in questo caso così non è. Nonostante il diverso avviso di una autorevole dottrina, la libertà di impresa non si trova sullo stesso piano dei diritti assoluti della persona richiamati dal cpv dell’art. 41 Cost.. E’ vero che non si tratta di diritti intangibili, perché anche “i diritti fondamentali sono sempre intrinsecamente limitati, anche quelli enunciati nella carta costituzionale” (MENGONI, 1998, p. 8). Ma è altrettanto vero che la formulazione della norma

⁴ Contra, DI MAJO, 1970, p. 523. Nonché PROTO PISANI, 2006, p. 147.



afferma, inequivocabilmente, che la sicurezza, la libertà e la dignità umana “limitano” la libertà d’iniziativa privata, o le modalità del suo esercizio, al pari della “utilità sociale”.

La tecnica del bilanciamento tra i principi, nella teoria di Alexis, costituisce il punto di arrivo di un percorso che presuppone una valutazione dell’idoneità e della necessità dell’adozione di una misura, nonché la mancanza di strumenti alternativi idonei a conseguire l’effetto desiderato. Solo in ultima analisi, cioè quando la realizzazione di un principio può essere realizzato solo a spese dell’altro, occorre procedere ad un bilanciamento, ispirato sostanzialmente al principio di proporzionalità e retto dalla regola per cui «quanto più intenso si presenta un intervento in un diritto fondamentale più devono pesare i motivi giustificativi» (ALEXY, 2002, p. 42). Ma non va dimenticato, come ricorda Mengoni, che il processo di bilanciamento tra due principi, non necessariamente determina un “contemperamento dell’uno con l’altro”, esso può anche concludersi con l’affermare “la prevalenza dell’uno o dell’altro” (MENGONI, 1998, p. 8).

In questo caso, a mio avviso, l’operazione ermeneutica non richiede una comparazione. Occorre, semmai, delimitare il contenuto del precetto contenuto nel cpv. Per far ciò, occorre individuare e circoscrivere i diritti che integrano il concetto di “sicurezza”, di “dignità” o di utilità sociale”. Se si ritiene che la formula costituzionale comprenda il diritto a non essere licenziati arbitrariamente, cioè che il licenziamento arbitrario offende la dignità della persona, è evidente che una norma che consentisse il licenziamento arbitrario sarebbe in contrasto con il dettato costituzionale. Non ci sarebbero principi da bilanciare per il semplice motivo che il legislatore costituzionale ha già, inequivocabilmente, stabilito la prevalenza del diritto alla sicurezza ed alla dignità, rispetto a quello della libertà di impresa. Nessun dubbio, quindi, sul fatto che il licenziamento arbitrario non possa trovare legittimazione all’interno dei principi costituzionali per contrasto con gli art. 4 e 41. Cost.

Altro discorso merita il diritto dell’imprenditore, costituzionalmente garantito dall’art. 41 Cost, a recedere dal contratto in presenza di una giustificazione legata, ad esempio, all’impossibilità, all’inadempimento della controparte, all’organizzazione dell’impresa, etc. Tale diritto, infatti, non soccombe di fronte al diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro che, come si è visto, è insuperabile solo in riferimento al licenziamento arbitrario, ma neppure prevale. L’art. 18, come ricordava D’Antona, “ha tradotto nel



linguaggio del diritto ... l'idea che esiste e deve essere difeso, un diritto del lavoratore alla conservazione del suo concreto posto di lavoro"⁵, ha riaffermato, in altri termini, il principio per cui il diritto al lavoro di derivazione costituzionale è, essenzialmente, un diritto alla stabilità.

Da ciò consegue, innanzitutto, che la vera, ed unica, tutela contro il licenziamento illegittimo, come asserisce Mario Napoli, è quella che garantisce la conservazione del posto del lavoro, cioè la stabilità reale. I sistemi che consentono gli effetti estintivi del licenziamento illegittimo, accompagnati da un risarcimento, svolgono una semplice funzione dissuasoria ma non tutelano affatto il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro e, tantomeno, possono essere considerati strumenti attuativi dei principi costituzionali di cui si è detto. Tali sistemi, per alcuni versi, si pongono persino in contrasto con i principi generali dei contratti, configurandosi quale legge speciale. Non vi è niente di più razionale, come ha fortemente sostenuto Mario Napoli anche nei suoi ultimi scritti, dell'impedire che un atto illegittimo possa produrre effetti. Non è un caso che l'effetto estintivo dell'atto illegittimo si ponga come legge speciale e trovi fondamento, paradossalmente, nella sentenza con la quale il giudice, proprio mentre constata l'illegittimità dell'atto, consente che esso produca effetti.

In secondo luogo, a fronte del diritto alla stabilità di cui si è detto, il contrapposto diritto di recesso garantito dall'art. 41 dovrà essere giustificato alla luce dei principi generali della ragionevolezza e della proporzionalità. Principi che comportano differenti strumenti interpretativi a seconda delle ragioni che giustificano il licenziamento. Non è la stessa cosa, ad esempio, valutare la gravità dell'inadempimento o le ragioni dell'impresa, ed altra cosa ancora stabilire fattispecie astratte che, nel rispetto dei principi generali, escludano in ogni caso la tutela reintegratoria.

Ineludibile, in ogni caso, è il riferimento all'importanza del bene tutelato. Posto che la disciplina limitativa dei licenziamenti illegittimi è espressione del diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost., il legislatore ha il compito di indicare i criteri per la giustificazione del licenziamento ed il giudice di valutare, nel concreto, la fattispecie.

⁵ Recentemente richiamato da Carlo Smuraglia, *Art. 18, storia di battaglie per i diritti*, in <<http://www.anpi.it/articoli/1254/art-18-storia-di-battaglie-per-i-diritti>>.



Il diritto alla conservazione del posto del lavoro, in un diverso contesto storico, proprio sotto il profilo della tutela della stabilità reale, è stato esaltato, poi difeso, ed oggi persino esecrato. In realtà, l'opzione ideologica che lo ha sostenuto, difeso, e che oggi lo avversa, è quella che, volta per volta, ha prevalso. Le recenti riforme legislative, quelle che Mario Napoli avverte come uno sfregio, non sono l'esito di un temporale estivo, bensì l'esito di una pluridecennale opposizione allo Statuto dei lavoratori e, soprattutto, al suo art. 18. Opposizione che oggi, dopo una lunga serie di sconfitte sui diversi piani nei quali si è articolato il confronto, non si dimentichi il referendum del 2000, finalmente ha trionfato.

2 SECONDO TEMPO: IL LEGISLATORE DI NUOVO ALL'ATTACCO: A) LA RISPOSTA "INTERNA" CON GLI STRUMENTI DEL DIRITTO.

MI piace introdurre questa seconda parte, la più attuale, con una affermazione che, ad un certo punto del ragionamento, compare nella monografia di Mario Napoli del 1980. Si tratta di una frase, pronunciata molti anni prima da J.H. von Kirchmann (1938), che Mario Napoli così interpreta: "Se è vero che tre parole del legislatore possono distruggere intere costruzioni giuridiche (ed è questo il rischio professionale del giurista non coperto da assicurazione) può essere altresì vero che le costruzioni giuridiche consolidate finiscano per distruggere le tre parole" (NAPOLI, 1980, p. 56).

Uno scontro tra poteri dello Stato, in definitiva. E se l'obiettivo è quello di "distruggere" una costruzione giuridica o una norma legale, è evidente che il risultato potrebbe non ammettere mediazioni. Non si tratta di una novità, "quando si discute di questioni che hanno un qualche valenza ideologica – ammoniva Mengoni (1998, p. 428), – si crea tensione tra i giudici". Negli ultimi tempi, tuttavia, lo scontro ha superato il livello della normale dialettica ed ha assunto i toni di un vero e proprio braccio di ferro tra il potere legislativo ed il potere giudiziario, rappresentato da una giurisprudenza che, "nell'effettuare una operazione di riequilibrio correttivo", esercitando "il potere di modificare o integrare il contratto per garantire l'equo temperamento delle parti o per prevenire e reprimere l'abuso del diritto" (LOI, 2016, p. 198) ha finito per mettersi in contrasto con l'opzione ideologica espressa dal legislatore di turno.



Di qui la reazione del legislatore che, almeno a partire dal 2010, ha cercato in tutti i modi di limitare il potere discrezionale del giudice: per un verso, limitando il suo potere di accertare il presupposto di legittimità dell'atto e, quindi, impedendogli di entrare nel merito delle valutazioni tecniche organizzative e produttive e, per altro verso, imponendogli di attenersi alla tipizzazione delle cause di licenziamento contenute nei contratti collettivi applicabili o nei contratti individuali "certificati"⁶.

Sono le tre parole del legislatore che intendono distruggere, unitamente alla norma del 1970, anche una costruzione giuridica. La costruzione giuridica, tuttavia, può a sua volta reagire, grazie al richiamo dei principi generali dell'ordinamento che il legislatore del 2010, evidentemente, non può omettere. Così accade che una parte della giurisprudenza potrebbe vanificare l'intento del legislatore quanto afferma, ad esempio, che per "insussistenza del fatto contestato" si debba intendere non già l'insussistenza materiale, bensì l'insussistenza giuridica. Per la verità, la riforma del licenziamento introdotta nel 2012 con la c.d. Legge Fornero segna un momentaneo arretramento nella acclarata strategia di riduzione della discrezionalità del giudice in materia di licenziamento, sino al punto di stabilire che, nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in caso di "manifesta insussistenza del fatto", il giudice "può" disporre, in luogo della tutela risarcitoria, la reintegrazione nel posto di lavoro, seppure nella sua variante "debole" che fissa un limite massimo di 12 mensilità dell'indennità risarcitoria dovuta al lavoratore. La dottrina più apprezzabile, e con essa lo stesso Mario Napoli, ritiene che la locuzione "può" debba essere "funzionalmente equiparata al *deve*" (NAPOLI, 2014, p. XIII). Si è trattato, in ogni caso, di un arretramento transitorio, dovuto essenzialmente al fatto che quella provvisoria restituzione di discrezionalità al giudice era, in quel momento, indispensabile per il raggiungimento della mediazione tra le parti sociali senza della quale l'approvazione della Riforma sarebbe stata incerta.

Ma una volta inferto il primo colpo all'art. 18, e dopo aver preso atto della possibile resistenza della giurisprudenza, il legislatore, con altre tre parole, ha a sua volta ridimensionato il potere (o se si vuole il contro-potere) della giurisprudenza. In primo luogo, ha tolto ai giudici il potere di stabilire l'entità del risarcimento nell'ambito dei limiti massimi indicati dal legislatore. In secondo luogo, ha precluso ai giudici l'esercizio di prerogative che,

⁶ L. n. 183, 2010, art. 30.



tradizionalmente, hanno fatto parte del suo bagaglio professionale. Con la nuova riforma, il c.d. Jobs Act, entrata in vigore nel marzo 2015 nel licenziamento privo di giustificato motivo o di giusta causa, la reintegrazione è ammessa solo nel caso che “sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore”. La formulazione è simile a quella già contenuta nella Legge Fornero ma, al fine di evitare ogni malinteso interpretativo, il legislatore, con una formula particolarmente brutale, esplicitamente afferma che “resta estranea ogni valutazione circa la *sproporzione* del licenziamento”. Non è mio compito entrare nello specifico del tema. Mi preme solo evidenziarne il significato: il giudice, anche se rileva che il licenziamento sia assolutamente sproporzionato rispetto al fatto materiale addebitato al lavoratore, deve, in ogni caso, “dichiarare estinto il rapporto di lavoro dalla data del licenziamento”.

Mario Napoli, ignaro delle ulteriori, e più recenti, tre parole del legislatore, immagina che ai fautori di una più intensa (e possibilmente reale) tutela del licenziamento ingiustificato, rimangano due strade da percorrere: una interna, ovvero la “costruzione giuridica” incentrata soprattutto sull’interpretazione, e l’altra esterna, da giocarsi a viso aperto sul terreno dello scontro tra le ideologie che suggeriscono differenziate tecniche di intervento (o di non intervento) in presenza di un licenziamento illegittimo.

Una parte della dottrina, probabilmente confidando proprio nella tradizione che riconosce al giudice un potere di “riequilibrio correttivo”, finalizzato “all’equo contemperamento delle parti” (LOI, 2016, p. 198), si è sentita garantita dal richiamo esplicito (o implicito) ai principi generali ed ha forse sottovalutato gli effetti della più recente disciplina in materia di licenziamento. Si tratta di una autorevole dottrina, impegnata a valorizzare strumenti di contrasto alla tendenza liquidatoria delle tutele dei lavoratori, che rivaluta proprio le norme a contenuto variabile, quelle che consentono alla giurisprudenza di essere una vera e propria fonte di diritto, siano esse principi, o clausole elastiche, la “buona fede”, l’abuso del diritto, la proporzionalità, la ragionevolezza..., cioè le “costruzioni giuridiche” cui faceva e, concretamene, continua a far riferimento Mario Napoli. Proprio muovendosi all’interno di questo terreno egli afferma che il legislatore “viola il principio di ragionevolezza, non rispettando la coerenza interna della disciplina e la coerenza del sistema sul quale incidono le nuove disposizioni (il riferimento, ovviamente, è alla legge Fornero) violando gli



art. 3, comma 1, 24 e 35, comma 1 Cost” (NAPOLI, 2014, p. XII). Nello specifico, ribadisce che “la restituzione del posto significa far rivivere il rapporto di lavoro interrotto ingiustificatamente” e si chiede: “cosa c’è di più razionale?” (NAPOLI, 2014, p. XII). E non ha tutti i torti, se è vero che, come si è detto, che l’estinzione del rapporto viene dichiarata dal giudice proprio nel momento in cui accerta che il licenziamento non è giustificato.

Si è affermato che il principio di ragionevolezza e proporzionalità, in fase di espansione, sia diventato, anche nel Diritto del lavoro, “il fondamentale strumento da utilizzare nella risoluzione dei conflitti” (LOI, 2016, p. 2), al fine di “orientare il giudice quando debba determinare il contenuto di una nozione variabile del diritto” (LOI, 2016, p. 3).

Alcune norme contenute nella riforma del licenziamento, tuttavia, dimostrano l’insofferenza del potere legislativo proprio nei confronti di quel giudice che, traendo linfa dai principi generali, godrebbe di una “ampia misura di discrezionalità nella scelta dei significati possibili della norma” da interpretare (GENTILI, 2010, p. XVII).

Nel primo caso, il legislatore fa riferimento proprio all’ipotesi in cui le norme da interpretare “contengano clausole generali”⁷. Si tratta di un terreno scivoloso che ostacola l’avvento del modello giudiziario vagheggiato dal legislatore, cioè di un modello che, operando secondo il sistema binario dell’informatica, produca il minimo di complicazioni per l’efficienza del sistema o, se si vuole, per far sì che il diritto concreto, quello delle sentenze, corrisponda fedelmente all’intento del legislatore (nel senso dell’ideologia che lo ispira) senza il rischio che venga manipolato, o stravolto, dall’opera dell’interprete. Il legislatore, come si è visto, non ha formalmente intaccato il potere (sarebbe meglio dire *il diritto*) del giudice di far riferimento ai principi generali, ma il messaggio è chiaro.

Nella strategia generale sottesa al dominio l’importanza del possesso di palla è evidente. Un potere giudiziario che riesca a ritagliarsi uno spazio nel processo di creazione del diritto diventa un ostacolo sia alle pretese di governo assoluto del principe, preoccupazione

⁷ Legge 183/2010, art. 30. In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente.



dell'origine, che alle pretese monopolistiche di interessi economici, preoccupazione odierna. E poiché le clausole generali, le norme elastiche, i principi generali e quant'altro di indeterminato sia alla portata del potere giudicante, si configura quale tecnica ed allo stesso tempo quale legittimazione di un potere non più soltanto dichiarativo, ecco che tali strumenti finiscono per acquistare un rilievo di straordinaria importanza nelle strategie di evoluzione del sistema.

Il secondo esempio è certamente più imbarazzante. In relazione all'accertamento del fatto posto a base del licenziamento, il legislatore preclude, tassativamente, al giudice la possibilità di far ricorso al criterio della proporzionalità nella valutazione del caso concreto. Ora, si da il caso che la proporzionalità, normalmente associata alla ragionevolezza (ragionevolezza e proporzionalità) e che secondo la dottrina, altro non è che "una declinazione della ragionevolezza" (LOI, 2016, p. 3), costituisce un principio generale dell'ordinamento. Anzi, un "principio costituzionale globale e ... tratto caratterizzante dei moderni sistemi costituzionali" (LOI, 2016, p. 4).

Verrebbe meno, quindi, una delle costruzioni giuridiche che ispirano il giudizio di costituzionalità delle leggi e che, nell'ambito del Diritto del lavoro, garantiscono il principio di uguaglianza e consentono la correzione dello squilibrio tra le parti.

Detto ciò, si prospettano solo due possibili soluzioni: o la norma che (nell'ambito del licenziamento per giustificato motivo soggettivo) pretende di cancellare il principio di ragionevolezza e proporzionalità è incostituzionale oppure, se non lo fosse, d'ora in avanti dovremmo abituarci all'idea che, almeno nell'ambito del licenziamento disciplinare, non operano i principi generali.

Precludere al giudice il controllo di proporzionalità, tuttavia, significa ripristinare un regime di licenziamento arbitrario. Fatte salve le ipotesi di nullità, di discriminazione o di mancanza della forma scritta, infatti, la reintegrazione sarebbe esclusa sulla base della mera sussistenza di un fatto materiale che potrebbe essere totalmente privo di sussistenza sul piano giuridico. Si tratta di un fatto materiale che il giudice può e deve prendere in considerazione per stabilire, in base al criterio di proporzionalità, la sussistenza di un giustificato motivo di licenziamento ma la cui gravità, subito dopo, diventerebbe totalmente irrilevante al fine della decisione sulla sanzione applicabile.



Il principio di proporzionalità, oltreché esplicitamente negato nell'ambito del licenziamento per giustificato motivo soggettivo, viene di fatto eroso, sotto il profilo sia della qualità che della quantità, anche nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il giudice, anche in presenza di un motivo assolutamente pretestuoso, non potrà far altro che condannare al pagamento di una sanzione economica, peraltro prestabilita. In sostanza, potremo trovarci di fronte ad un licenziamento, sostanzialmente arbitrario, dove al giudice sia riconosciuto solo il limitato potere di esonerare dal pagamento della tariffa prefissata i datori di lavoro che dimostrino l'effettiva sussistenza di ragioni giustificatrici. Tutto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha caratterizzato ultimo mezzo secolo può andare in archivio, la costruzione della teoria della "*extrema ratio*" verrebbe prima rovesciata e, quindi, resa inutile. Rovesciata alla luce della Riforma Fornero, che consente ad una parte della dottrina di affermare che "*extrema ratio*" non sarebbe più il licenziamento, bensì la reintegrazione, che potrà essere imposta solo come estremo rimedio in caso di totale mancanza di alternative (VALLEBONA, 2012). Resa inutile, ovviamene, con l'introduzione del contratto a tutele crescenti che cancella ogni possibile ipotesi di reintegrazione in caso di licenziamento economico.

Ce n'è abbastanza perché una costruzione giuridica ispirata ai principi dell'ordinamento prosegua il suo impegno, sul filo della migliore tradizione, alla ricerca di strumenti idonei a distruggere le ultime tre parole del legislatore⁸.

CONCLUSIONE. TERZO TEMPO: ALLA RICERCA DI UNA SOLUZIONE FINALE?

La riforma del licenziamento possiede un innegabile valore simbolico. Dopo un assedio durato quasi mezzo secolo, gli oppositori hanno espugnato il fortino che, ostinatamente ed orgogliosamente, issava il vessillo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Fortino che ha resistito a tanti altri assalti, ma non all'ultimo.

La guerra, in realtà, era già stata persa. L'ideologia liberista si era, si è, già imposta, modificando, a poco a poco, il sistema ereditato dal secolo scorso. Paradossalmente, o meglio,

⁸ Si vedano per tutti, i contributi comparsi in Autonomia e subordinazione del diritto del lavoro. Per i 30 anni di Lavoro e diritto In **Lavoro e Diritto**, 2016, n. 4, pp. 567 ss.



con una certa dose di ipocrisia, abbiamo preteso di modificare il contenuto delle norme senza modificarne la rubrica. Le diseguaglianze prosperano, le tutele regrediscono, i lavoratori ritornano alla mercé del padrone, le nuove tecnologie accentuano la subordinazione reale, si lavora di più e si guadagna di meno. Ma, allo stesso tempo, pretendiamo di poterci ancora definire (se mai davvero lo siamo stati) uno Stato sociale ispirato ai valori dell'uguaglianza e della solidarietà ed intitoliamo le riforme alla "modernità" ed alla "crescita delle tutele".

Nel novecento, il Diritto del lavoro aveva contribuito ad una più equa (o per lo meno ritenuta tale) ripartizione del rischio tra padrone, lavoratore e Stato; è stato raggiunto un discreto livello di sicurezza, rapportato sia allo *status* di lavoratore che a quello di cittadino⁹. Contrariamente all'odierna pretesa (o promessa), quella sicurezza è stata il frutto di un'evoluzione legislativa che ha interessato sia il rapporto di lavoro che il mercato del lavoro e, più in generale, le riforme sociali dello Stato del benessere (*welfare*).

La tutela contro il licenziamento illegittimo, nel senso del diritto alla reintegrazione, costituisce una forma simbolica, paradigmatica, di quell'epoca. Ha spesso costituito la chiave di accesso ai diritti di cittadinanza che il legislatore ha voluto riconoscere al cittadino, alla persona, anche all'interno del rapporto di subordinazione mediante il quale accetta, o è costretto ad accettare, il dominio della controparte.

Il Diritto del lavoro, alla fine dei conti, altro non è che il complesso di regole che disciplina, a livello sia individuale che collettivo, i rapporti che traggono origine dal fenomeno, essenzialmente (ma non solo) economico, dello scambio che ne costituisce il presupposto.

Regole che, per lungo tempo, sono state caratterizzate da un intento progressista, o riformatore, nell'accezione storica che tali termini possedevano sino al recente passato. Trattandosi pur sempre di una tecnica, tuttavia, non dubito, assieme a Bavaro ed a tanti altri, del fatto che sia Diritto del lavoro anche quello, che si va affermando, di stampo neo-liberale (BAVARO, 2016, p. 707 ss.). Ma non può negarsi che il Diritto del lavoro abbia anche una storia, che abbia un'anima. Non si può negare che sia nato per un perché e con una finalità, e che questa nobile finalità abbia suscitato, nel corso del tempo, passioni e conflitti. C'è stato, anzi,

⁹ "Nel nostro ordinamento, il giudice deve sottoporre il licenziamento per gmo ad un controllo di ragionevolezza e proporzionalità e deve, in presenza di criteri dettati dalla legge, quanto mai vaghi e imprecisi, calcolare, il costo assicurativo del rischio del licenziamento, distribuendone il carico parzialmente al datore di lavoro e al lavoratore e, seppur indirettamente, alla collettività. (LOI, 2013, p. 481 ss).



un momento nel quale il Diritto al lavoro si è configurato proprio come un Diritto al conflitto, ad un conflitto capace di far progredire la democrazia. La Costituzione repubblicana, ad esempio con il riconoscimento del diritto di sciopero ne conserva gli indizi.

Ora, siccome tutto scorre, tutto questo non c'è più. Qualcuno può dolersene, qualcun altro esultare. Non si può fingere, tuttavia, che si tratti, che sia trattato, di un'evoluzione naturale. Tantomeno si può pretendere che i nuovi principi ispiratori possano cancellare due secoli di storia. La spiegazione della recente evoluzione del Diritto del lavoro non può essere ricercata esclusivamente all'interno del sistema stesso, proprio perché non si è trattato, se non in misura limitata, di una evoluzione naturale, bensì di una colonizzazione. E' stata imposta, dall'esterno, l'adozione di regole che non confliggano più con interessi, oggi ritenuti prevalenti, di altri soggetti che, con diverse aspettative e con differenti ruoli, partecipano alla *Comédie humaine* che non smettiamo di rappresentare.

Le regole che il Diritto del lavoro, sino a qualche decennio orsono, era ancora in grado di imporre, erano regole e manifestazioni collettive che i suoi cultori ascrivevano a valori di civiltà; regole che da altri, tuttavia, erano considerate limitazioni dei diritti o delle libertà rivendicate nei confronti dello Stato. Numerosi economisti, a quel tempo, le ascrivevano al novero dei "lacci e laccioli", delle trappole che, a loro dire, imbavagliavano l'economia, impedivano la crescita economica e, con essa, il benessere collettivo.

Cosa c'è di strano se quei signori, una volta acquisito il potere di influenzare i decisori politici, e quindi il legislatore, hanno imposto la cancellazione di regole che consideravano contrarie ai loro interessi?

Stentiamo a prendere atto, una volte per tutte, del fatto che son cambiati i punti di riferimento, che altra stella cavalca lo *zenith* del cielo, che altri principi governano la società. Ma non si tratta, come si cerca di far credere, in maniera quasi caricaturale, che il cambiamento sia dovuto alle esigenze dell'economia. Si tratta di una semplificazione che camuffa la realtà. L'economia, non esiste! Così come non esiste il lavoro - secondo quell'insegnamento di Mengoni (2004, p. 9), tanto caro a Mario Napoli, - bensì esistono gli uomini che lavorano, è altrettanto vero che non esiste l'economia: esistono le teorie economiche.



Recentemente, un giuslavorista appassionato dell'economia, ha così sintetizzato il ruolo dell'economista: "gli economisti non fanno riferimento a un insieme di valori: si limitano a studiare quali valori una società decide di promuovere e quali strumenti sono adatti a conseguirli (nel senso di minimizzare i costi in relazione a ciascun risultato conseguito) (ICHINO, 2017). Mi sembra un bel passo avanti rispetto alla visione di una economia senz'anima e senza cuore che mira semplicemente alla massimizzazione del profitto. La parte più significativa dell'affermazione di Ichino non riguarda tanto la seconda parte dell'enunciato, cioè l'individuazione degli strumenti adatti a conseguire l'obiettivo, che appartiene alla tecnica della disciplina, quanto la premessa, e cioè la scelta di quali valori "una società decide di promuovere". Tale scelta non appartiene né all'armentario degli economisti, né a quello dei giuslavoristi. Si tratta di un patrimonio, pre-giuridico e pre-economico, costituito da un insieme di valori e di idee finalizzato ad orientare i comportamenti sociali, economici o politici degli individui, in definitiva da un'ideologia.

Il fatto che l'ideologia, in quanto ispirata al sentimento ed alla fede, secondo l'insegnamento Pareto, sia una teoria non scientifica, è del tutto irrilevante. Il vero problema, in una fase storica che vede vacillare i principi che hanno ispirato i modelli politici e giuridici sopravvissuti al cambio del secolo, è proprio quello di ridefinire il quadro di valori che ispirano gli artefici del complesso di norme destinate a regolare i rapporti sociali e, per quanto ci riguarda, i rapporti di lavoro. La disciplina del licenziamento introdotta nel 1970 con l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, non è affatto un accidente della storia, è la traduzione normativa, frutto di una complessa elaborazione dell'idea, allora vincente, che l'interesse del lavoratore alla stabilità dovesse prevalere sull'interesse del datore di lavoro a disporre liberamente dei mezzi di produzione. C'entravano il sentimento e la fede? Può darsi. Credo sì. Il ministro socialista Brodolini, mentre era impegnato nella elaborazione della legge, durante un'assemblea di lavoratori in una fabbrica occupata, poco prima di morire, affermò che di fronte al conflitto tra padrone ed operai si sarebbe schierato, senza tentennamenti, dalla parte dei lavoratori. Ed il ministro del lavoro democristiano Donat Cattin, impegnato a difesa dei valori sociali cristiani, portò a termine, con convinzione, il lavoro avviato da Brodolini, dichiarando di ispirarsi proprio a quei valori.



Quando quel patrimonio di valori non appartiene più alla maggioranza, o a chi esercita il potere, quando altri interessi prevalgono, il sistema normativo prodotto da quei valori incomincia a soffrire, si indebolisce, muore.

Ciò non impedisce che intellettuali che avevano sostenuto quel sistema, ivi compresa la stabilità reale (a meno che, nel frattempo, non siano evoluti i loro riferimenti ideali), continuino a sostenerlo e si rammarichino del fatto che la storia del Diritto del lavoro abbia imboccato un altro cammino.

E' normale che ciò comporti la critica delle teorie che pretendono di portare a termine, al più presto, lo smantellamento del sistema giuridico che limitava i poteri datoriali in funzione della tutela dei lavoratori. Soprattutto che comporti la critica degli interessi e delle ideologie che sostengono tali teorie.

Tutto ciò, con la polemica innescata da Ichino nei confronti di quei lavoristi che, a suo dire, ignorano l'economia del lavoro e denunciano la subordinazione del Diritto del lavoro all'economia di mercato o al pensiero economico, non c'entra proprio niente. Peraltro, basterebbe rileggere alcune delle pagine della monografia che Maria Vittoria Ballestrero (una delle principali imputate) dedicata al licenziamento, per darsi conto dell'attenzione prestata, e non da oggi, proprio alla "discussione sul rapporto tra economia, sociologia e diritto" ed alla ricerca di "risposte alle proprie domande per altre direzioni d'indagine, al di fuori di una scienza giuridica che tradizionalmente definisce il diritto 'come tale', ... al di fuori di ogni verifica, ed esaurisce la conoscenza nel culto del dato normativo, isolato dal contesto economico-sociale e, quindi, da altre dimensioni della conoscenza" (BALLESTRERO, 1964, p. 11).

Insomma, la perpetua cantilena secondo la quale i giuslavoristi non possono ignorare l'economia, è priva di senso. La verità è che, volenti o nolenti, non l'hanno mai ignorata e che non possono ignorarla. Si prenda atto, una volta per tutte, che siamo in presenza di una sorta di metonimia: quanto si utilizza il termine "economia" o "economisti", si vuole intendere, evidentemente, l'idea dominante che impone i cambiamenti cui assistiamo, i rapporti di potere che li impongono, non certo i colleghi che, come ricorda Ichino, "si limitano a studiare quali valori una società decide di promuovere". Non vi è alcuna sottovalutazione e tantomeno alcun disprezzo né nei confronti della scienza economica, né nei confronti dei suoi cultori.



A molti, tuttavia, interessa proprio comprendere *quali siano i valori che una società decide di promuovere*, cioè se debba prevalere l'interesse alla sicurezza del lavoratore o la libertà di impresa, se il rischio debba essere ripartito solo tra Stato e lavoratore o debba essere esteso, e in che misura, anche all'impresa. Se le politiche degli Stati debbano essere improntate alla solidarietà o alla competizione. Come possa essere garantita la dignità del lavoro. A molti, piace prendere partito, passeggiare sulla *rive glauques*, non limitarsi a mettere in scena copioni altrui ma esporre i propri auspici, nella speranza che il Diritto del lavoro che verrà possa incorporare anche qualcuno dei valori che ciascuno di noi, per sentimento o per fede, porta con sé.

Si tratta di temi che si snodano, prevalentemente, al di fuori dell'ambito scientifico propriamente detto, appartenenti ad una categoria in disuso e guardata con sospetto: l'ideologia. Temi rispetto ai quali hanno diritto di parola tutti, non soltanto gli addetti ai lavori, inclusi coloro che si ispirano al sentimento ed alla fede: ad una fede. Temi che dovrebbero trovare ispirazione nei principi disseminati nella Carta costituzionale.

Per quanto riguarda la polemica in corso, due aspetti mi paiono meritevoli di attenzione.

Il primo riguarda la tendenza, subdola e suadente, a modificare l'oggetto della disciplina, così da trasformare, surrettiziamente, il Diritto del lavoro in diritto del mercato del lavoro, che è altra cosa. La piena occupazione è certamente una finalità idonea a concretizzare il diritto al lavoro di cui all'art. 4 della Cost., ma i diritti fondamentali dei lavoratori, quelli che offrono concretezza alla dignità, a partire da un salario minimo che consenta una vita libera e dignitosa, non possono venir sacrificati sull'altare della piena occupazione. Una società dove tutti siano occupati, ma con condizioni di lavoro miserevoli, per quanto affascinante, non appartiene alla mia visione di società. Credo non trovi posto neppure nell'orizzonte costituzionale.

Il secondo aspetto, a sua volta debitore del primo, è costituito dall'enfasi, davvero eccessiva, con al quale si guarda all'efficienza del mercato del lavoro. Si afferma che il concetto di "efficienza del mercato del lavoro" è riferito ad un obiettivo che incorpora i valori costituzionali cui facciamo riferimento in ambito lavoristico. E sin qui si potrebbe anche convenire, se significa che uno strumento efficiente è più idoneo al conseguimento del risultato rispetto ad uno meno efficiente. Ma poi si esagera, quando si afferma che nessuno



dei valori costituzionali “potrebbe essere raggiunto con successo in un mercato del lavoro inefficiente”, o quando si afferma che sia “impossibile difendere la dignità del lavoratore, la sua libertà effettiva, il suo diritto al lavoro, in un mercato caratterizzato da alta disoccupazione o da grave difficoltà di incontro tra domanda ed offerta” (ICHINO, 2017). Sarà anche suggestivo, ma non corrisponde a verità. Perché il Diritto, e mi dispiace se qualche economista non apprezzi la sottigliezza, conosce altri strumenti, assolutamente indipendenti dall’efficienza del mercato del lavoro, idonei a tutelare il diritto. Peraltro, l’efficienza del mercato del lavoro rimane, pur sempre, un elemento strumentale rispetto ai valori. La presenza di un elevato tasso di occupazione o un efficiente sistema di incontro tra domanda ed offerta del lavoro, infatti, non garantiscono affatto la realizzazione del disegno costituzionale, cioè che a tutti i lavoratori siano realmente riconosciuti, per qualità e quantità, i diritti auspicati dal legislatore costituzionale.

Mi preoccupa, pertanto, che un elemento strumentale, l’efficienza, priva di esistenza autonoma, poiché può essere apprezzata solo se rapportata ad una finalità, possa affrancarsi dai suoi tratti genetici, trasformarsi ed incominciare a vivere di vita propria, come il robot, che si emancipa. Sarei cauto nel riconoscere all’efficienza del mercato del lavoro la qualità di “valore” che “risponde anche ad un essenziale valore lavorista quale il diritto al lavoro sancito dall’art. 4 cost” (DEL PUNTA, 2016, p. 654). Non vorrei che il termine valore sia impiegato nella stessa accezione immediatamente attribuita al diritto al lavoro e che possa concorrere sullo stesso piano con i “valori”, nel senso di principi e di diritti, così da poterne limitare la loro espansione. Il richiamo all’efficienza, del resto, non è affatto nuovo per i giuslavoristi. Nel corso del dibattito precedente all’emanazione della legge sul divieto di licenziamento per matrimonio, Giuseppe Pera, non potendo negare l’ispirazione del provvedimento ai principi costituzionali, trovò il modo di criticare la soluzione prospettata dal proprio sulla base della sua efficienza. A sostegno della propria tesi contraria all’introduzione di un divieto legale di licenziamento per motivi di matrimonio sanzionato con la nullità, scriveva che “le leggi migliori, sono quelle che in qualche modo si coordinano con la naturale spinta egoistica dei soggetti; per converso, meglio si assicura l’effettività di un comportamento conforme a certi principi, quando in senso contrario non operano altre spinte economicamente rilevanti” (PERA, 2007, p. 83). Il ragionamento, è esplicitamente ispirato alla “identificazione della spinta



economica determinante ... che spinge i datori di lavoro “alla estromissione delle lavoratrici coniugate”¹⁰. La soluzione alternativa a quella adottata dal legislatore, sempre ispirata al ragionamento economico, sarebbe quella di “disporre la integrale mutualizzazione di quegli oneri”. Ciò, secondo l’ipotesi di Pera, avrebbe potuto provocare “una sostanziale scomparsa del deprecato fenomeno come fenomeno di massa” senza necessità di sancire legislativamente la nullità delle clausole di nubilito e la illiceità dei licenziamenti per matrimonio. La differenza di prospettiva rispetto a quanti, invece, invocavano la necessità di sancire legislativamente l’illiceità di quei licenziamenti perché “contrastano con i principi fondamentali dell’ordinamento giuridico che assicurano a tutti i cittadini il diritto alla formazione della famiglia e, in particolare, garantiscono alla donna lavoratrice l’adempimento della sua essenziale funzione familiare”¹¹ è evidente ed anticipa un delle discrepanze di fondo dell’attuale dibattito.

La verità è che quando parliamo di Diritto del lavoro, e la disciplina del licenziamento ne costituisce una delle sue peculiari espressioni, dobbiamo aver sempre ben presente il suo profondo impatto con i valori sociali nel loro complesso. Come noi guardiamo al di fuori della nostra materia, altri, da altro versante, guardano alla nostra Costituzione ed alla nostra disciplina, «Perché quando non si lavora, o si lavora male, si lavora poco o si lavora troppo, è la democrazia che entra in crisi» (PAPA FRANCESCO, 2017). E’ il Papa ad affermarlo, facendo esplicito riferimento all’art. 1 della Costituzione, perchè “togliere il lavoro alla gente o sfruttare la gente con lavoro indegno o malpagato o come sia, è anticostituzionale”. Da qui l’invito a “guardare senza paura, ma con responsabilità, alle trasformazioni tecnologiche dell’economia e della vita” e a “non rassegnarsi all’ideologia che sta prendendo piede ovunque” (PAPA FRANCESCO, 2017).

¹⁰ Cioè agli “oneri non trascurabili” consistenti nel trattamento economico spettante alla lavoratrice nel periodo di sospensione che, specialmente nel settori impiegatizio, gravano sul datore di lavoro. (PERA, 2007, p. 81).

¹¹ Come ribadito dal parere del CNEL n. 44-28 del 24 maggio 1962.



RIFERIMENTI

ALEXY, R. Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali. In: La Torre M., Spadaro A., (a cura di), **La ragionevolezza nel diritto**. Torino: Giappichelli. 2002.

BALDASSARRE, A. *Iniziativa economica privata*. In **Enciclopedia del diritto**, vol. XXI. Milano: Giuffré.

BALLESTRERO, M.V. **I licenziamenti**. Angeli: Milano, 1974.

BARASSI, L. **Il contratto di lavoro**. Milano: 1901.

BAVARO, V. Appunti su scienza e politica sul diritto del lavoro. In **Lavoro e diritto**, n. 4/2016, pp. 707 ss.

CARNELUTTI, F. Del licenziamento nelle locazioni d'opera a tempo indeterminato. In **Riv. Dir. Comm.**, 1911.

CORTE COSTITUZIONALE, 26 maggio 1965, n. 45. In **GC**, 1965.

CRISAFULLI, V. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

D'ANTONA, M. Reintegrazione nel posto di lavoro, **Cedam**. Padova: 1979.

D'EUFEMIA, G. **Le situazioni soggettive de lavoratore dipendente**. Milano: 1958.

DE FERRAN, I. M. **Cartas a un arrepentido de la Internacional. El comunismo, el derecho al trabajo, la libertad del trabajo**. Madrid: Gutemberg, 1882.



DEL PUNTA, R; CARUSO, B. Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta. In **Lavoro e diritto**, n. 4/2016.

DI MAJO, A. Sindacato di legittimità o sindacato di merito sui licenziamenti cd. tecnologici? In **GM**, 1970.

Ichino P. Perché i giuslavoristi non possono ignorare l'economia del lavoro. in **Pietro Ichino.it**, 27 mais 2017.

GAROFALO, R. **Recesso dal rapporto e tutela del lavoratore, la specialità del Diritto del lavoro**. Tesi di dottorato di ricerca, 2008-2009.

GENTILI, A. Prefazione. In Velluzzi V. **Le clausole generali**. Semantica e politica del diritto. Giuffrè, 2010, XVII.

GHEZZI, G. **Il recesso**, I.

LAURENT, F. **Principi di diritto civile**. Milano: 1900.

LOI, P. **La sicurezza, diritto e fondamento dei diritti nel rapporto di lavoro**. Torino: Giappichelli, 2001.

LOI, P. Rischio e sicurezza nel rapporto di lavoro. In **Rivista Giuridica del lavoro e della Previdenza sociale**, 2013, n. 3.

LOI P. **Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro**. Torino: Giappichelli, 2016.

LOY, G. Una repubblica fondata sul lavoro. In **Dir.lav.rel.ind.**, 2009, p. 197 ss.



MANCINI, F. **Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro**. Torino: Giappicchelli, 2016.

_____. **Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro**. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. **Il recesso unilaterale nel contratto di lavoro, in Giusta causa e giustificati motivi nel licenziamento individuale**. Milano: Giuffrè, 1967.

MAZZIOTTI, M. **Il diritto al lavoro**. Milano: 1956.

_____. Lavoro (diritto costituzionale), in **Enciclopedia del diritto**, vol. XXIII. Milano: Giuffrè, 1973.

MENGONI, L. **Il contratto di lavoro**, (a cura di Napoli M.). Milano: Vita e Pensiero, 2004.

_____. **Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà, in Costituzione, lavoro, pluralismo sociale** (a cura di Mario Napoli). Milano: 1998, p. 8.

MORTATI, C. Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica (Natura giuridica, efficacia, garanzie). In **Atti della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione, Roma, 1953**, vol. IV, t. I.

_____. Il lavoro nella Costituzione. In **Dir. lav.**, 1954, I, 149 ssgg., ora in Raccolta di scritti. Milano: Giuffrè, 1972.

NAPOLI, M. **Il diritto del lavoro tra sfregio della stabilità e attesa dello sviluppo, in Napoli M., Diritto del lavoro in trasformazione**. Torino: Giappicchelli, 2014.

_____. La stabilità reale del rapporto di lavoro. Milano: Angeli, 1980.



NATOLI, U. **Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro**: Introduzione. Milano: Giuffrè, 1955.

NOGLER, L. La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i <<principi>> costituzionali. In **Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro**. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Venezia, 26-26 maggio 2007, Giuffrè, 2008, 14.

PAPA FRANCESCO. **Discorso ai lavoratori**. Genova, 27 maggio 2017.

PERA, G. Divieto di licenziamento delle lavoratrici a causa di matrimonio, in *Diritto del lavoro*, 1962, p. 353. Ora in: **Scritti di Giuseppe Pera**. Milano: Giuffrè, 2007.

_____. Il licenziamento nell'interesse dell'impresa. Relazione alle Giornate di studio Aidlass, Firenze 27-28 aprile 1968. Ora in **Scritti di Giuseppe Pera**, Giuffrè, 2007.

Rusciano M., Legificare la contrattazione per delegificare e semplificare il diritto del lavoro. In **"Lavoro e Diritto"**, n. 4/2016, p. 953 ss.

PISANI, A. Le ragioni di un distacco. In **FI**, 2006.

SMURAGLIA C. **La costituzione ed il sistema del Diritto del lavoro**. Milano: 1958.

TREU, T. **Condotta antisindacale e atti discriminatori**. Milano: 1974, p. 43 ss.

UNIVERSITÀ DI BOLOGNA. **Autonomia e subordinazione del diritto del lavoro**. Per i 30 anni di Lavoro e diritto, in *Lavoro e Diritto*, 2016, n. 4, pp. 567 ss.

VALLEBONA, A. **La riforma del lavoro 2012**. Torino: Giappichelli, 2012.



VON KIRCHMANN, J.H. **La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza** (Die Werthlosigkeit der jurisprudenz als Wissenschaft). Stutgarnewd, Kohlhammer, 1938, trad.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

